



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL**

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

**LA REGULACIÓN INTERNACIONAL E INTERNA DE LOS
DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA,
ECUADOR Y MÉXICO.**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR:
Israel Sandoval Jiménez**

**BAJO LA DIRECCIÓN DE:
Prof. Dr. JUAN MANUEL BAUTISTA JIMÉNEZ**

Salamanca, 2022

TESIS DOCTORAL

**LA REGULACIÓN INTERNACIONAL E INTERNA DE LOS
DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA,
ECUADOR Y MÉXICO.**

Presentada por:
Israel Sandoval Jiménez

Bajo la dirección de:
Prof. Dr. Juan Manuel Bautista Jiménez

Universidad de Salamanca
Facultad de Derecho Público General
Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global

Salamanca, 2022

DEDICATORIA

A mis padres, Belén e Israel por su amor inmensurable.

A Alejandra, no hay palabra para resumir tu amor, paciencia y amistad en cada minuto.

A mis hermanos, Jair y Mildred por ser mi apoyo constante.

A mis Abuelas, Juana y Tete por disculpar mis ausencias.

A mi tío Raymundo por su apoyo de siempre.

A mi abuelo, Ray +, a quien recuerdo cada día que transcurre sin su presencia.

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Raúl Contreras Bustamante, a quien conocí en una aula de nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en el 2009 y que con el paso de los años se convirtió en un ejemplo a seguir, gracias por su apoyo.

Al Dr. Juan Manuel Bautista Jiménez, a quien tuve la fortuna de conocer en la vida académica, quien me ayudo a pulir las averías metodológicas, gracias por estos 4 años.

Al próximo Dr. Ricardo Rojas Arévalo, por su amistad y por las enseñanzas de vida.

A mis amigos de aventuras Diego Armando Guerrero, Rodrigo Guerrero y Elías Hurtado.

A mis amigos Norma de la Luz y Ricardo Peralta, quienes me brindaron su amistad y apoyo para concluir este proyecto, pero, sobre todo por las horas que les robe para leer las diversas versiones de este proyecto, miles de gracias.

ÍNDICE

<i>DEDICATORIA</i>	III
<i>AGRADECIMIENTOS</i>	IV
<i>ABREVIATURAS</i>	XII
<i>INTRODUCCIÓN</i>	1

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

<i>1. INTRODUCCIÓN</i>	12
1.1. LO INDÍGENA COMO RESULTADO DE LOS PROCESOS DE DOMINACIÓN Y COLONIZACIÓN EN EL MUNDO	14
1.2. LA RELEVANCIA DE LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO	16
<i>2. LA INICIAL AUSENCIA DE LA CUESTIÓN INDÍGENA EN NACIONES UNIDAS</i>	18
2.1. AUSENCIA DE REFERENCIAS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS	18
2.1.1. <i>La Carta de las Naciones Unidas</i>	20
2.1.2. <i>La Declaración Universal de los Derechos Humanos</i>	21
2.1.3. <i>Pactos Internacionales</i>	23
2.2. LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS	25
<i>3. LA LABOR DE LA OIT</i>	28
3.1. UNA CONCEPCIÓN ASIMILADORA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONVENIO SOBRE POBLACIONES INDIAS Y TRIBALES, NÚMERO 107	28
3.2. EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL CONVENIO N° 169 DE UNA CONVENCION “REGIONAL LATINOAMERICANA”	30

3.2.1. <i>La supervisión de informes estatales</i>	35
3.2.2. <i>El mecanismo de reclamaciones del artículo 24 la Constitución de la OIT</i>	36
4. LAS NACIONES UNIDAS ABORDAN LA CUESTIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	39
4.1. LA DISTINCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS	39
4.2. LA CREACIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS POBLACIONES INDÍGENAS.....	49
4.3. LA CREACIÓN DEL RELATOR ESPECIAL DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. EL “EFECTO” STAVENHAGEN	52
4.4. LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	54
5. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	59
5.1. LA AUSENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CATÁLOGO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE	62
5.2. LA JURISPRUDENCIA A FAVOR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	65
5.3. LA DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	68
5.4. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA.....	72
5.4.1. <i>La Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	73
5.4.2. <i>La Corte Interamericana y los pueblos indígenas de Colombia</i>	79
5.5. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ECUADOR.....	80
5.5.1. <i>Caso emblemático sobre consulta indígena ante el Sistema Interamericano</i> .	82
5.6. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO	86
6. LAS NACIONES MULTICULTURALES	96
6.1. MULTICULTURALISMO, PLURALISMO	101
6.2. EL TÉRMINO PUEBLO O COMUNIDAD INDÍGENA EN EL ÁMBITO NACIONAL	108

7. LA AUTOIDENTIFICACIÓN DEL INDÍGENA COMO CRITERIO SUBJETIVO	114
7.1. LA AUTOIDENTIFICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	117
8. LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	122
8.1. EL SISTEMA DE CARGOS	127
8.2. LOS USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS	134
8.3. LOS USOS Y COSTUMBRES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	137
9. SISTEMA NORMATIVO INDÍGENA	139
9.1. ALGUNAS GENERALIDADES DEL SISTEMA NORMATIVO INDÍGENA	142
9.2. PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	144
10. DERECHOS COLECTIVOS	151
10.1. MÉXICO	156
10.2. COLOMBIA	159
10.3. ECUADOR	160
10.4. LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	160
10.5. DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA	163
10.6. LA PROPIEDAD INDÍGENA Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS	171
10.6.1. <i>Derecho al Medio Ambiente Sano</i>	172
10.6.2. <i>Alimentación</i>	174
10.6.3. <i>Medicina tradicional</i>	174
10.6.4. <i>Vida cultural</i>	175
10.7. UNA BREVE REFLEXIÓN DE LA PROPIEDAD COLECTIVA VISTA DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT	175
10.8. LA CONSULTA INDÍGENA	178
10.8.1. <i>Derecho de participación</i>	178
10.8.2. <i>Derecho a la información en los asuntos ambientales</i>	181
10.8.3. <i>El derecho a la consulta</i>	182
10.8.4. <i>Diferencia entre consulta y consentimiento</i>	186
10.8.5. <i>Sujetos que intervienen en la consulta</i>	187
10.8.6. <i>Características de la Consulta</i>	188

10.8.7. <i>La consulta en Colombia</i>	191
10.8.8. <i>La consulta en Ecuador</i>	193
10.8.9. <i>La consulta en México</i>	196

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

1. INTRODUCCIÓN	198
2. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO	201
3. NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES A COLOMBIA	207
4. LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA	217
5. JURISDICCIÓN INDÍGENA	227
5.1. PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	235
5.1.1. <i>Principio de etnicidad o identidad indígena</i>	235
5.1.2. <i>Principio de diversidad étnica y cultural</i>	237
5.1.3. <i>Principio de maximización de la autonomía indígena</i>	238
6. TEMAS RELEVANTES DE LA JURISDICCIÓN	240
6.1. COMPETENCIA	240
6.2. DEBIDO PROCESO	241
6.3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	242
7. RESGUARDOS INDÍGENAS	243
7.1. RESGUARDO INDÍGENA EMBERA-CHAMÍ - CASO EMBLEMÁTICO	246
7.2. EL RETORNO	258
8. DECISIONES IMPORTANTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	262
8.1. ACCIÓN DE TUTELA	263
8.2. SENTENCIA T-496/1996	268

9. SENTENCIAS EMBLEMÁTICAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.....	273
9.1. LA SENTENCIA T-254 DE 1994.....	274
9.2. JURISDICCIÓN INDÍGENA, DEBIDO PROCESO Y SANCIÓN CORPORAL.....	277
9.3. DEBIDO PROCESO Y JURISDICCIÓN INDÍGENA	280

CAPÍTULO III

LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ECUADOR

1. INTRODUCCIÓN	284
2. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO	286
2.1. MOVIMIENTOS INDÍGENAS	291
3. NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES A ECUADOR.....	301
4. LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ECUADOR.....	302
4.1. PLURINACIONALIDAD EN ECUADOR.....	315
5. JURISDICCIÓN INDÍGENA.....	318
5.1. PRINCIPIOS	323
5.1.1. Principio de plurinacionalidad	324
5.1.2. Principio de interculturalidad.....	325
5.1.3. Principio de mayor autonomía indígena.....	329
5.1.4. Principio in dubio pro justicia indígena.....	330
5.1.5. Principio de no doble juzgamiento.....	330
5.2. TEMAS RELEVANTES DE LA JURISDICCIÓN.....	331
5.2.1. Competencia.....	333
5.2.2. Debido proceso.....	335
6. DECISIONES IMPORTANTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR.....	339

6.1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECISIONES JURISDICCIONALES INDÍGENAS	340
6.2. ACCIONES EXTRAORDINARIAS	341
6.2.1. <i>La Cocha - Caso emblemático.....</i>	345
6.2.2. <i>Sentencia N° 113-14-SEP-CC.....</i>	354
6.3. SENTENCIAS EMBLEMÁTICAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR SOBRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.....	358
6.3.1. <i>Sentencia No. 001-10-SIN-C</i>	359
6.3.2. <i>Sentencia No. 0008-09-SAN-CC.....</i>	367
6.3.3. <i>Sentencia No. 004-14-SCN-CC.....</i>	373
6.3.4. <i>Sentencia No. 001-17-PJO-CC.....</i>	378
6.3.5. <i>Sentencia No. 141-14-SEP-CC.....</i>	382

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

1. INTRODUCCIÓN	389
2. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO	391
3. NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES A MÉXICO	405
4. LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO	411
4.1. PLURALISMO EN MÉXICO	428
5. JURISDICCIÓN INDÍGENA.....	432
5.1. PRINCIPIOS	441
5.1.1. <i>Principio de autoadscripción</i>	441
5.1.2. <i>Principio de juzgar con perspectiva intercultural.....</i>	444
5.1.3. <i>Principio de igualdad y no discriminación</i>	446
5.1.4. <i>Principio de maximización de la autonomía</i>	447
5.1.5. <i>Principio de acceso a la justicia.....</i>	448

5.1.6. Principio especial a sus territorios y recursos naturales.....	449
5.1.7. Principio de participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte	450
5.1.8. Principio de pena inusitada o trascendental.....	450
5.2. AMPARO COMO PROTECCIÓN PARA LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	452
6. DECISIONES IMPORTANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	456
6.1. CASOS EMBLEMÁTICOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	458
6.1.1. Amparo Directo 6/2018.....	458
6.2. JUICIO DE DERECHO INDÍGENA	460
6.2.1. Amparo Directo en Revisión 28/2007	474
6.2.2. Amparo Directo en Revisión 5465/2014	481
CONCLUSIONES	488
BIBLIOGRAFÍA	513

ABREVIATURAS

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ADCL	Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
AICO	Autoridades Indígenas de Colombia
AMDI	Anuario Mexicano de Derecho Internacional
BMDC	Boletín Mexicano de Derecho Comparado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Carta de la OEA	Carta de la Organización de los Estados Americanos
Carta de la ONU	Carta de las Naciones Unidas
CCC	Corte Constitucional de Colombia
CCC	Corte Constitucional de Colombia
CCPR	Comité de Derechos Humanos
CEDAW (por sus siglas en inglés)	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Convención Interamericana de Derechos Humanos
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
CoIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CONAIE	Confederación de Nacionalidades Indígenas
CONAIE	Confederación de Nacionalidades Indígenas
CONFENIAE	Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana
Convenio 107 de la OIT	Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes.
Convenio 169 de la OIT	Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales
CORELCA	Corporación Eléctrica de Costa Atlántica
CPC	Constitución Política de Colombia
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPPDEC	Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales
CPSDG	Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
CRIC	Consejo Regional Indígena del Cauca
DADDH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DADPI	Declaración Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
DDPI	Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos

ECOSOC	Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas
FEI	Federación Ecuatoriana de Indios
FEI	Confederación de Pueblos y Organizaciones Indígenas Campesinas del Ecuador
FEINE	Organizaciones Indígenas Evangélicas del Ecuador
FENACLE	Federación Nacional de Trabajadores Agroindustriales, Campesinos e Indígenas libres del Ecuador
FENOCIN	Confederación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras
ICERD (por sus siglas en inglés)	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
III	Instituto Indigenista Interamericano
INCORA	Instituto Colombiano de la Reforma Agraria
INDERENA	Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente
INREDH	Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos
KAS	Konrad Adenauer Stiftung
MICC	Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONIC	Organización Nacional Indígena de Colombia
ONU	Organización de las Naciones Unidas

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
REDPI	Relatoría Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas
Revista IIDH	Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Revista OSAL	Revista del Observatorio Social de América Latina
RMDE	Revista Mexicana del Derecho Electoral
RPC	Revista Polo del Conocimiento
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SPPDH	Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNPFII (por sus siglas en inglés)	Foro Permanente para las cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas
WGIP (por sus siglas en inglés)	Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas

INTRODUCCIÓN

Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas se encuentran reconocidos y protegidos por instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; por su parte, en el ámbito latinoamericano encontramos la Convención Americana de Derechos Humanos, que si bien, no representa una novedad jurídica que amplíe los derechos de los pueblos indígenas, se une al andamiaje jurídico construido para la protección de los mismos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con jurisdicción aplicable a la República de Colombia, Ecuador y México. La elección de estos tres países es fundamental, ya que se encuentran en el mismo continente, sus Constituciones son similares y contemplan el pluralismo jurídico dentro de sus articulados, con ello pasan a ser parte de lo que se conoce como el nuevo constitucionalismo latinoamericano, que implica el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en las Constituciones de los Estados. Reconocimiento que devino en primer lugar, desde el ámbito internacional y posteriormente logró permear en los países latinoamericanos, aunque esto, no necesariamente se haya dado por la buena voluntad de los Estados o porque las autoridades hayan decidido ser promoventes de los mismos. Más bien ese reconocimiento de derechos en las constituciones de la mayoría de los países de Latinoamérica se debió a la lucha incesante de los pueblos indígenas en cada uno de los Estados.

Antes de entrar a mayores detalles sobre la investigación, me permitiré hacer algunas precisiones. Primero, en torno a la metodología empleada para el desarrollo de este trabajo de investigación que consistió principalmente en la aplicación del método de derecho comparado, no obstante, al tratarse de un estudio de frontera se recurrió de igual forma a los métodos analítico, inductivo, deductivo, sintético e histórico. El uso primordial del método de derecho comparado, se debió a que desde un inicio en que me planteé estudiar el tema de la jurisdicción indígena en la República de Colombia, en la República de Ecuador, así como en los Estados Unidos Mexicanos surgió la necesidad de encontrar un rasgo en común que

los encapsulara en una misma situación jurídica o en una misma omisión jurídica. Es así que, para poder hablar del tema de la jurisdicción indígena, es necesario entender cómo están protegidos en la norma suprema del país, si cuentan con garantías que puedan ejercer en las instancias ordinarias, si se les reconoce a sus autoridades, sus usos y costumbres y en este mismo sentido, si los fallos que ellos emiten tienen el alcance jurídico para ser considerados como cosa juzgada. Es decir, se debe iniciar por el estudio de los conceptos básicos de derecho indígena para después poder entender el tema de coordinación de jurisdicciones que, desde mi punto de vista, en múltiples ocasiones dichos temas quedan mejor explicados cuando se analizan los casos en concreto.

Por lo que corresponde a Colombia, encontramos el caso del resguardo Embera-Chami del que puede apreciarse el rescate que se hace de las autoridades ancestrales, así como una nueva división de delitos para que pueda determinarse que jurisdicción es competente para conocer de dichos ilícitos.

En el caso de Ecuador, encontramos el caso emblemático conocido como la Cocha, del que se desprende el debate doctrinario sobre si la sanción impuesta a determinados miembros de la comunidad por parte de sus autoridades indígenas se pone en tela de juicio o carece de valor vinculante cuando las autoridades ordinarias no reconocen la competencia de las autoridades indígenas. De esta forma, fue que la Corte Constitucional de Colombia tuvo que determinar bajo determinados principios y razonamientos lógico-jurídicos en que momento es aplicable cada una de las jurisdicciones.

Por último, en el caso del Estado mexicano encontramos la sentencia que recientemente emitió la Suprema Corte de Justicia en el año de 2019. Esta resolución resulta emblemática porque se encarga de convalidar los actos de autoridad de las autoridades ancestrales pese a que un miembro de la comunidad argumente que la sanción impuesta carece de fundamento y motivación para que la jurisdicción indígena prevalezca sobre la jurisdicción ordinaria. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo que analizar los principios aplicados por las otras dos Cortes Constitucionales para poder determinar que jurisdicción es la que debe prevalecer.

El segundo tema que logre identificar fue que ninguno de los tres Estados cuenta con una ley de coordinación de jurisdicciones, problema que ha tenido que ser resuelto por medio de las decisiones que han emitido sus respectivos órganos judiciales, en ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia es la que ha dictado las sentencias más relevantes en materia de jurisdicción indígena, así como los principios que rigen a la misma. Estas sentencias han servido a la Corte Constitucional de Ecuador para poder emitir resoluciones que coadyuven en la suplencia de los vacíos legales que existen al momento en que se tiene que decidir qué jurisdicción es la competente. Al realizar un análisis sobre el impacto, influencia y funcionalidad que han tenido las sentencias de estas dos Cortes desde la década de los noventa encontraremos que han servido como parámetros para resolver en aquellos casos en los que se presentan conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Podríamos decir que ambos países han podido encontrar una solución a la carencia de una ley de coordinación de jurisdicciones por medio de las sentencias que han emitido sus respectivos poderes judiciales. Asimismo, podría señalarse que estos países al encontrarse ambos en la región sudamericana guardan ese dialogo jurisdiccional, elemento que también han mantenido con la Suprema Corte de Justicia de la Nación del Estado mexicano, que sobretodo ha retomado los criterios de la Corte Constitucional Colombiana por ser la más clara en la materia y tener mayor experiencia en la emisión de criterios sobre el tema en comento.

Es importante mencionar que en gran parte del continente americano se ha mantenido una larga historia de luchas y movimientos indígenas en varios países como Guatemala, Honduras, Chile, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Brasil, Bolivia y Perú¹, que valdrían la pena ser estudiados por etapas y analizar sus similitudes para poder realizar un estudio comparativo en un trabajo más extenso por la dimensión de sus contenidos. Por lo que

¹ Si vemos la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas en dichos Estados valdría la pena analizar la Constitución de Guatemala de 1985, la de Nicaragua de 1987 y la de Brasil de 1988, las cuales son las primeras en reconocer la conformación multicultural del Estado, el derecho a la identidad y nuevos derechos indígenas. Por otro lado, si se trata del reconocimiento indígena de la jurisdicción, sus normas y autoridades la Constitución de Colombia es la que lo inaugura en 1991; le sigue Perú en 1993 y Bolivia entre 1994-2003. IRIGOYEN, R., "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", en BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto/ Instituto de Derechos Humanos, 2006, pp. 537-568.

respecta al tema específico de la jurisdicción indígena, también valdría la pena hacer un estudio de dos grandes países como son Bolivia y Perú, quienes tienen una larga historia de lucha de sus pueblos indígenas y que poco a poco han tenido la fortuna de que sus derechos se vayan incorporando a las Constituciones o dentro de cuerpos normativos específicos. Sin embargo, para lograr un estudio adecuado tendría que modificarse el objeto de estudio respecto del que se definió para analizar a los Estados de Colombia, Ecuador y México, ya que estos no poseen una ley de coordinación de jurisdicciones. Caso contrario ocurre con Perú y Bolivia, ya que ambos países poseen un amplio desarrollo en materia de derecho indígena e incluso se ha manejado el tema de la jurisdicción indígena en la Constitución de Perú desde 1993, además de contar con una ley de coordinación a la que hace referencia el artículo 149 de dicho ordenamiento fundamental. Sucede lo mismo en el caso de Bolivia que posee una Constitución de reciente promulgación en 2009 y que sus artículos 179, 190, 191, 192, hacen referencia al tema de la jurisdicción indígena, así como a la ley 073 de deslinde jurisdiccional que aborda el tema de coordinación entre ambas jurisdicciones.

Una vez explicado lo anterior, me permitiré exponer el contenido de cada capítulo de esta investigación, en este orden de ideas, en el primer capítulo que se titula *la Protección Internacional de los Derechos generales del Derecho Indígena*, comienza con temas específicos del ámbito internacional, ya que, como lo dije en líneas anteriores, el comienzo del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se gestó desde la tribuna internacional, además de ser un tema poco desarrollado y estudiado dentro de la comunidad académica, ya que a partir de la labor que ha desarrollado la Organización de Naciones Unidas, los pueblos indígenas han encontrado un espacio para buscar el reconocimiento y protección de sus derechos.

El presente trabajo de investigación no se podría explicar sin enunciar la importancia que tuvo el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre poblaciones indígenas y tribales que marcó el devenir de los derechos de los pueblos indígenas, pese a las críticas que se le pueden hacer en torno a la asimilación que se planteó en el tratado en lugar de proponer una verdadera inclusión en la vida interna de los países, que más tarde daría como resultado la ratificación por parte de varios Estados de lo que vendría a ser el

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, que fue fundamental para que pudiera darse el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el mundo, puesto que sin él no se hubiera dado la apertura de estos derechos, tema que se conjuga perfectamente con el tema regional, me refiero al Sistema Interamericano y la relevancia que ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al emitir las sentencias con apego a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la amplia interpretación evolutiva que ha dado a favor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Posteriormente, encontraremos el desarrollo de algunos conceptos que son de gran importancia para la comprensión del tema de investigación, como es la explicación de las nacionales multiculturales que más tarden devendrían en lo que se conoce como Estados pluriculturales y la aplicabilidad del pluralismo jurídico, conceptos que son de gran relevancia en las Constituciones democráticas de Latinoamérica, aspectos jurídicos que guardan una íntima relación con la inacabada discusión añeja que hay sobre los temas de minoría étnica, pueblo indígena o comunidad indígena y pueblo tribal, así como las graves complicaciones jurídicas que se presentan cuando una persona se autoadscribe como persona perteneciente a un pueblo indígena o tribal.

Hasta este momento hemos abordado los temas generales del derecho indígena y del individuo en su comunidad o pueblo, pero, para entender el tema de la jurisdicción indígena se deben abordar más temas, y es por ello, que en las páginas subsecuentes abordo la importancia de los sistemas de cargos, vistos desde la concepción religiosa hasta la parte civil; aquí es muy importante señalar al lector que las autoridades de cada pueblo en cada Estado van a ser diferentes, debido a la mezcla que hay entre autoridades religiosas con las autoridades civiles, las cuales se suelen relacionar con las autoridades agrarias, mismas que llevan diversos nombres en cada posición geográfica.

Dichas autoridades no podrían funcionar sin los usos y costumbres que tienen cada pueblo indígena y que guardan una diferencia conceptual de lo que pueden entender los juristas en el mundo occidental, mientras ellos buscan aplicar su derecho indígena para preservar la

integridad y supervivencia de sus comunidades, nosotros entendemos esos usos y costumbres como normas imperativas, en ese sentido buscare dar algunas generalidades de lo que se podría entenderse como sistema normativo indígena para entender la concepción que se tiene de derecho indígena como derecho consuetudinario.

Para ir cerrando este primer capítulo considero necesario advertir que el tema de la propiedad privada no es una concepción que aplique a las comunidades o pueblos indígenas, ya que para ellos el tema de propiedad es entendida como un derecho colectivo que tienen los pueblos indígenas y que han encontrado una protección en el Convenio 169 de la OIT; en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, elemento que será de gran importancia para establecer el ámbito de aplicación del derecho indígena en el ámbito internacional y nacional.

Asimismo el tema de propiedad colectiva y el de consulta previa, libre e informada, es uno de los temas que se están ventilando concurrentemente en la Corte Interamericana ya que es una obligación de las autoridades estatales de realizar esa consulta con el objetivo de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, ello es aplicable cuando los pueblos indígenas consideren que están sufriendo afectaciones directas a su territorio, o bien cuando se realicen actos administrativos en los que se vulneren los derechos de las comunidades indígenas, tema que guarda relación con la promulgación de leyes, reglamentos o cualquier norma que tenga que ver con el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales, para ello realizare de manera sucinta algunos elementos claves de la consulta indígena en el Estado de Colombia, Ecuador y México.

En el capítulo segundo me enfocaré al estudio en concreto del tema de mi investigación iniciando con el tema de la jurisdicción indígena en la República de Colombia, para entender cómo surgió la lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en ese país. Hago un breve desarrollo histórico sobre los movimientos indígenas mismos que van a tener una desembocadura en el reconocimiento de ciertos derechos en la

Constitución Política de la República de Colombia, misma que considero que es una norma que tiene un amplio margen de protección a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afro en dicho territorio. Posteriormente se realizó un análisis de la relevancia que tuvo el Convenio 169 de la OIT en la protección de los pueblos indígenas y tribales que habitan en el territorio, así como la relevancia que ha tenido el Sistema Interamericano en relación a los asuntos que ha tenido que resolver sobre las violaciones a derechos humanos sobre los pueblos indígenas y tribales.

Una vez explicado los temas generales que nos ayudan a situarnos sobre la situación jurídica que guarda la República de Colombia acorde al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Continúo con la explicación de la jurisdicción indígena, así como los principios que determinan su aplicabilidad y relevancia, para ello hay que entender lo que es el principio para la protección de las comunidades indígenas, el principio de etnicidad, el principio de diversidad étnica y cultural, así como el principio de maximización de la autonomía indígena. Principios que no se pueden entender de manera aislada sin explicar los conceptos de competencia, debido proceso, principio de legalidad, que guardan una estrecha relación con el tema de aplicabilidad de la jurisdicción indígena y que la Corte Constitucional colombiana ha buscado maximizar para que la jurisdicción ordinaria no quede supeditada a la jurisdicción indígena.

Como mencione en líneas anteriores la Constitución colombiana es progresista en el sentido que varios de sus artículos hacen referencia a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, el artículo XX hace referencia al tema de los resguardos territoriales, que pueden entenderse como las extensiones de tierra que ha destinado el Estado colombiano para que los pueblos indígenas y tribales puedan habitar en ellos y desarrollarse de manera libre, conforme a sus usos y costumbres y donde sus miembros gocen de la autodeterminación, sin la intervención de otras personas. En esa línea de ideas explico la relevancia que tiene el caso de los Nükak Maku, al ser uno de los últimos pueblos seminomadas que fueron despojados de sus territorios ancestrales, por lo que el Estado colombiano tuvo que dotarlos de tierras para garantizar su subsistencia y su libre desarrollo. De igual forma, tenemos el caso del resguardo Embera-Chamí como aquel caso

emblemático que buscó resaltar la importancia de las autoridades ancestrales, así como el rescate de los usos y costumbres del pueblo Embera, lo que llevó a que se reorganizaran los delitos en la Constitución Embera para determinar en qué clase de delitos es aplicable la jurisdicción indígena y en que otros la jurisdicción ordinaria.

Una vez que el Estado Colombiano cuenta con una amplia gama de artículos que hacen referencia a los derechos de los pueblos indígenas, así como casos de éxito en el que se busca rescatar a las autoridades ancestrales, así como los usos y costumbres de la comunidad, uno pensaría que los temas de coordinación de jurisdicción indígena con jurisdicción ordinaria estarían resueltos. Lo cierto es que el Estado colombiano no cuenta con una ley de coordinación debido a que el poder legislativo no ha promulgado la ley que delimite la competencia de cada una de las jurisdicciones, por lo que el poder judicial de Colombia ha tenido que resolver el tema por medio de las acciones de tutela que promueven los indígenas para que sus decisiones judiciales sean respetadas y no sean desechadas por la jurisdicción ordinaria. Por ello, es que la última parte de este capítulo se enfoca en desarrollar algunas sentencias importantes que ha emitido la Corte Constitucional Colombiana alrededor del tema de coordinación de jurisdicciones.

El capítulo tres tiene que ver con la jurisdicción indígena en la República de Ecuador, de igual manera para entender la situación por la que han pasado los pueblos indígenas y las nacionalidades indígenas que llevaron al reconocimiento de sus derechos en la Constitución de 2008, siendo una de las más progresistas e incluso dejando en segundo término a la Constitución de Colombia, dichos artículos parecerían ser favorables para los pueblos indígenas. Sin embargo, lo cierto es que algunos de ellos han sido en perjuicio de ellos y han limitado la libertad que tenían para ser electores dentro de sus comunidades a causa del sindicalismo que manejan algunos grupos. Pasando a otro tema se hace mención sobre la relevancia que tuvo el Convenio 169 de la OIT en el Estado de Ecuador, de igual forma, se menciona la importancia que tuvo la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana para los pueblos y nacionalidades indígenas de Ecuador, a partir de la resolución del caso del pueblo Sarayaku vs Ecuador.

Una vez explicado la situación que guardan los derechos de los pueblos indígenas a nivel nacional como la relevancia que tuvo el firmar el Convenio 169 de la OIT, así como su participación en el sistema interamericano. Entraremos al estudio de la jurisdicción indígena y los principios que la explican, tales como es el principio de plurinacionalidad, de interculturalidad, de mayor autonomía indígena, *indubio pro justicia indígena* y el de no doble juzgamiento, los cuales están íntimamente relacionados con los temas de competencia y debido proceso. Principios que buscan proteger la autodeterminación de los pueblos indígenas, lo que se traduce en dejar que ellos mismos resuelvan sus problemas sin la intervención de las autoridades occidentales, buscando que se maximicen las decisiones de las autoridades ancestrales sobre las indígenas y en caso de que alguna autoridad occidental se enfrente a una litigio donde sólo intervengan indígenas o el hecho ilícito esté regulado en el derecho indígena, siempre opere a favor de la jurisdicción indígena. Hay temas tan complejos sobre cómo se debe dar la coordinación entre jurisdicciones que muchas de las veces los Estados que tienen que analizar cómo se da la coordinación de la jurisdicción indígena empiezan a hacer una división de los actos o delitos que puede conocer cada jurisdicción, llevando en ocasiones a determinar que los asuntos de índole de derecho familiar, faltas a la comunidad, problemas de propiedad se resuelvan por parte de la jurisdicción indígena dejando reservado los casos homicidio o violación para las autoridades ordinarias. Lo que limita y deja subyugada a la jurisdicción indígena a la ordinaria, temas que veremos que son de aplicabilidad similar en cada Estado.

El final de este capítulo se centra en las decisiones importantes de la Corte Constitucional de Ecuador que explican de mejor manera la forma en que se deben aplicar dichos principios. Al igual que en el caso colombiano, la Corte Constitucional de Ecuador ha tenido que ir dictando algunos parámetros generales que permitan resolver el tema de la coordinación indígena con la jurisdicción ordinaria, debido a que no se cuenta con una ley de coordinación que determine en qué momento opera una u otra, así como los alcances que pueden tener. Todo ello, es mejor explicado por medio de las acciones extraordinarias que han planteado las mismas comunidades indígenas al momento en que la jurisdicción ordinaria se ha querido imponer, sin fundamento jurídico, sobre la jurisdicción indígena, causando problemas de doble juzgamiento.

El capítulo cuatro se analizarán las problemáticas por las que pasa la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria en los Estados Unidos Mexicanos, lo cual comienza con el desarrollo histórico que han tenido los movimientos indígenas en el territorio mexicano, mismo que han generado una mínima serie de reformas a la Constitución Política ya que sólo se ha modificado un solo artículo en cuanto hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas. La última reforma que es del año 2001 concentro todos los derechos de los pueblos indígenas en el artículo 2 constitucional, pese a que la Constitución mexicana es de 1917. Esta ha sufrido varias reformas, pero el tema de los derechos de los pueblos indígenas apareció apenas en la década de los noventas, dando como resultado que se incluyera el tema de pluralismo, libre determinación, autodeterminación, derecho a la consulta y el tema que la jurisdicción ordinaria convalidara los actos de la jurisdicción indígena.

Para mantener el esquema planteado en los otros capítulos nos adentraremos en la permeabilidad que tuvo el Convenio 169 de la OIT en el Estado mexicano, así como la manera en que comenzó a tener vigencia el tratado internacional en el territorio mexicano, el cual inició con sin la consulta a los pueblos indígenas porque en ese momento se estaba levantando el Ejército de Liberación Nacional, EZLN, que comenzó un movimiento armado en contra del gobierno en turno. Sin duda alguna el Convenio 169 cambio la concepción de las autoridades mexicanas en cuanto se refiere al reconocimiento de los pueblos indígenas, derechos que han sido retomados por la Corte Interamericana y donde el Estado mexicano ha sido condenado por el sistema regional por violaciones a los derechos de los pueblos indígenas.

Una vez brindado un panorama general de la lucha de los pueblos indígenas en el territorio mexicano se prosigue a explicar el problema que existe respecto al tema de coordinación entre las jurisdicciones indígenas, aquí planteo que no se puede hablar de una sola jurisdicción ya que hay por los menos 68 grupos lingüísticos que guardan generalidades pero que son distintos, y la jurisdicción ordinaria, digo que es un problema porque como el Estado mexicano tiene un sistema federal cada Estado tiene una forma diversa de reconocer

la jurisdicción indígena en su Estado. En ese sentido algunos gobiernos locales respetan a las autoridades indígenas y las sanciones que ellos impongan, siempre y cuando lo hagan bajo las instancias ordinarias que convalidan sus actos, pareciera que el tema de coordinación es claro en Colombia y Ecuador, pero lo cierto es que en México es un tema reciente que incluso la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación entro al estudio de fondo apenas en el año de 2019. Mientras que en los otros países mencionados el tema ha sido debatido por varios años, logrando llegar a clarificar en qué casos opera determinada jurisdicción, es por ello, que este capítulo cierra con el análisis de algunas sentencias que tratan de brindar iluminación en un país donde el tema de los derechos de los pueblos indígenas ha quedado en el olvido.

En los tres casos estudiados se puede encontrar que la justicia ordinaria y la justicia indígena están en un mismo plano, sin hacer una división por competencia en la primera por materia, cuantía, etcétera. Si bien eso sólo es entendible en el contexto de la jurisdicción ordinaria porque ha buscado una especialización en el Derecho, pero la justicia indígena no atiende a esa división ya que las autoridades indígenas juzgaran todos los litigios internos de la comunidad sin atender a los elementos de competencia. A lo que me refiero es que la jurisdicción indígena está sujeta a cuatro límites, el primero es el personal que se refiere que sólo es aplicable a los miembros de la comunidad indígena y que sólo pueden ser juzgados por las autoridades indígenas; el segundo es el límite territorial que es la circunscripción ancestral que ocupa el pueblo o comunidad indígena; el tercero es lo que concierne a las normas procesales internas. Lo que quiere decir que sus procedimientos sancionatorios sólo se resuelven bajo sus normas y autoridades y el cuarto que son los límites formales externos que tienen que ver con la protección a los derechos humanos que garantiza la Constitución de cada Estado y los tratados internacionales en relación con la materia de tal manera que si existe una violación a los límites establecidos.

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

“Mañana volveré y seré millones”

Tupac Katari

1. INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas dejaron de estar en el limbo jurídico y a partir de la década de 1980, en la mayoría de los Estados latinoamericanos se comenzó a gestar un cambio de paradigma respecto al origen de su población, ya que se tenía generalizada la idea de que su población era meramente mestiza, sin embargo, dentro de sus territorios aún había presencia de un gran número de habitantes indígenas, y es en aras de los movimientos indígenas que se gestaron a finales del siglo XIX que los Estados empezaron a reconocerlos, tan es así que modificaron sus constituciones nacionales y normas generales para promover, respetar y proteger los derechos de las comunidades indígenas⁴⁵³.

Generalmente se confunde el término indígena con el de campesino, sin embargo, existen diferencias entre uno y el otro. El primero, tiene sus antecedentes antes de la Conquista, pertenece a una etnia que habitaba dentro de un territorio determinado, con un cuerpo de gobernantes que contaban con usos y costumbres que ayudaban a resolver los conflictos internos de la comunidad, esa forma de organización se mantiene, y los conocimientos se fueron transmitiendo a través de la oralidad, es decir, por la lengua⁴⁵⁴ de sus antepasados, esto sirvió para construir un puente entre el pasado y el presente que conecta con sus mitos, su cosmovisión, sus tradiciones, sus usos y costumbres, la forma en que sus autoridades

⁴⁵³ La Corte Constitucional colombiana ha utilizado el término de comunidades en lugar de pueblos indígenas, además de que los considera como sujetos de derechos colectivos, sin recurrir al término más amplio que es pueblo indígena, el decreto de 2001 de 1988 en el artículo 2 establece que se entiende por comunidad “el conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional como formas de gobierno y control social internos que las distinguen de otras comunidades rurales. SEMPER, F., *op. cit.*, nota 255, pp. 761-778.

⁴⁵⁴ Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en la sentencia T-384 de 1994 sobre el derecho que tienen las comunidades a que sus lenguas sean oficiales en el territorio.

deciden las formas de organización interna, para ellos no existe el individualismo sino los derechos colectivos, para ellos no existe un Estado nacional sino un Estado pluricultural.

Por otro lado, el campesino es aquel que paso de ser indígena, indio, casta o mestizo para convertirse en un ciudadano, es decir, dejaron de existir los estamentos y se construyó la idea de ciudadano con igualdad de derechos y obligaciones a partir de la teoría sobre Estado liberal, de esta forma el campesino abandonó sus costumbres regionales y se convirtió en parte de la historia oficial, para ello, debió olvidar su lengua nativa y aprender a dominar el castellano, a partir de ese momento se encuadra bajo el supuesto de igualdad jurídica.

Lo curioso de esos dos grupos es que ambos fueron utilizados por los libertadores de América para lograr la independencia de sus naciones de la Corona española, prometiéndoles derechos, lo cual nunca sucedió y los mantuvieron en el mismo estado de marginación, sufriendo violencia por parte del Estado y de los otros ciudadanos que no logran acoplarlos al término de “ciudadano”, por lo tanto, permanecieron en un estado de vulnerabilidad y opresión, bajo la idea constante de que su condición es la de trabajar.⁴⁵⁵

La relación entre los gobiernos y los pueblos indígenas es difusa, pues muchas de las autoridades estatales se niegan a reconocer a las autoridades indígenas, de aquí que su sistema tradicional de usos y costumbres choque con el sistema jurídico nacional. Se piensa que el tema central de estas discusiones es la autonomía que quieren preservar los pueblos indígenas sobre las autoridades nacionales, ya que pondrían en duda la unidad nacional y el Estado liberal constitucional latinoamericano.

A partir de la expedición de la Constitución Colombiana de 1991 se dio la apertura democrática, aunque cabe decir que antes de que se expediera dicha Constitución, las comunidades indígenas ya se encontraban organizadas y lograron el reconocimiento de sus

⁴⁵⁵ Véase TODOROV, T., *La conquista de América: el problema del otro*, trad. de Flora Botton Burlá, México, 5ª ed., Siglo XXI, 1994, pp.9-34.

territorios⁴⁵⁶ en forma de resguardos, de tal forma que el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) se fortaleció con los representantes nacionales, aunque también existía la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)⁴⁵⁷, es importante mencionar que está se consolidó en el año de 1982, a la que asistieron doscientas delegaciones de representantes indígenas de toda América Latina, de igual manera se conformó el frente que se conoce como Autoridades Indígenas de Colombia (AICO), todo eso ayudó para que sus representantes tuvieran voz y voto en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

El caso de Colombia resulta interesante para los estudiosos de la jurisdicción indígena ya que dicho Estado abandonó la idea de mantener el Estado liberal y la supremacía de las normas nacionales, para pasar a ser un Estado pluralista que reconoce las normas indígenas, por ello se dice que el Estado colombiano fue uno de los primeros Estados latinoamericanos en reconocerle derechos a los pueblos indígenas en la Constitución Política de Colombia de 1991. En virtud de dicho derecho los pueblos indígenas han alcanzado un reconocimiento de sus usos y costumbres, lenguas, diversidad cultural y autoridades.

Aunque es necesario aclarar que los derechos fundamentales que contempla la Constitución de 1991 a favor de la comunidad indígena son: el derecho a la subsistencia que se relaciona con el derecho a la vida (artículo 11); derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica como resultado de la integridad física relacionado como el derecho a la defensa contra la desaparición forzada (artículo 12); el derecho a la propiedad, el derecho a participar y decidir sobre sus territorios y recursos (artículo 330), entre otros que se han desarrollado a partir de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituye un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 3 de marzo de 2011.

⁴⁵⁷ PADILLA, G., “Derecho mayor indígena y derecho constitucional”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 2018, núm. 4, pp. 84-98 [en línea] <<https://convergencia.uaemex.mx/article/view/10146>>.

⁴⁵⁸ SEMPER, F., *op. cit.*, nota 255, pp. 761-778.

2. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO

Es importante mencionar que durante la llegada de los españoles al Virreinato de Nueva Granada, hoy el Estado de Colombia, los indígenas fueron vistos como salvajes, característica que recibieron todos los pueblos conquistados, que, bajo el argumento de expandir la fe católica, se vieron forzados a abandonar su cosmogonía.

Los conquistadores fueron los que tuvieron el trato y maltrato de los indígenas, no obstante, existieron Ordenanzas de Castilla que los protegieron, mismas que fueron promulgadas del otro lado del continente como las Leyes de Indias que se encargaban de proteger a los mismos, desafortunadamente se vieron censuradas con el mandato de “obedézcase, pero no se cumpla”, con ello, al menos en la práctica, se dejaban sin efectos las normas de aplicación para la protección de los pueblos indígenas que se dictaban desde el viejo continente, lo que le permitió a los encomenderos ser amos y señores de los indígenas.

Es importante mencionar que durante la Colonia la Iglesia fue una institución que contó con mucho poder, lo cual le daba facultades para castigar los actos que fueran contrarios a la fe, sin importar si la acción era realizada por los españoles o los indígenas, la diferencia radicaba en que los últimos estaban disculpados de los actos inmorales que realizaban. Ello mismo, era la justificación para la conquista católica y apenas estaban siendo educados bajos los cánones moralmente correctos para los católicos y de esta forma sacarlos de la barbarie e incorporarlos a la civilización.⁴⁵⁹

Pese a los maltratos y marginaciones que vivieron los indígenas durante la Conquista, ellos siguieron manteniendo vivas sus costumbres y formas de existir en los pedazos de tierra que les fueron asignados por los conquistadores, lo interesante de esa marginación y reconocimiento del otro fue que después de tres siglos el Estado colombiano alcanzó su independencia en el año de 1810, con lo que se daría paso a que se promulgaran las Constituciones de 1811, 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863, hasta llegar a la

⁴⁵⁹HERRÁN PINZÓN, O., “Las minorías étnicas colombianas en la Constitución Política del 91”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 2009, núm. 24, p.189- 212.

Constitución de 1886,⁴⁶⁰ es importante hacer mención de este ordenamiento, ya que a su vez existían leyes que se conocían como Ley 57 y 153 de 1887 que ponían a los indígenas bajo el mando de la iglesia católica, con la idea de mantenerlos sometidos a un dios y ritos ajenos.⁴⁶¹

Por su parte, la Ley 89 de 1890⁴⁶² que contemplaba un sistema de justicia especial para los indígenas que los consideraba como “salvajes reducidos a la vida civilizada”, quizás esta ley pueda ser considerada como el primer antecedente de lo que se conoce actualmente como jurisdicción indígena.

Tal cambio se dio tras los movimientos indígenas que surgieron durante la segunda mitad del siglo XIX e inicios del XX, en el que el Estado colombiano determinó reglamentar las futuras relaciones que mantendrían con las comunidades indígenas asentadas en su territorio, bajo una ley que se conoce como Ley 89 de 1890, que tuvo como objetivo establecer las clases de indígenas presentes en el Estado colombiano. Lo lamentable de esta ley, es que aún seguía contemplando el término ‘salvaje’, al igual que en tiempos de la Colonia en que éstos debían ser evangelizados, además de que no les eran aplicables las leyes del Estado moderno. Por otro lado, encontramos la segunda clasificación que se conoce como semisalvajes, los cuales tenían una calidad especial con las autoridades eclesiásticas, la tercera categoría se conoce como los civilizados, a los cuales se les aplicaba la ley 89, es decir, eran ciudadanos de tercera categoría, con algunos derechos pero no eran iguales a los independistas.

La Ley 89 de 1890 consta de tan sólo 35 artículos, dentro de los cuales se rescatan temas importantes como el reconocimiento de los resguardos indígenas, la organización del cabildo que se regía conforme a sus usos y costumbres, la consolidación de las autoridades

⁴⁶⁰RESTREPO PIEDRAHITA, C., *Constituciones Políticas nacionales de Colombia*, Bogotá, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, 1995.

⁴⁶¹GUEVARA, V., y GUZMÁN, D., “Protección constitucional de los pueblos indígenas en Colombia”, *Revista Cultural Unilibre*, 2012, núm. 2, pp. 36-39 [en línea], <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4011/3376>.

⁴⁶² Ley 89 de 1890, *Derechos territoriales de los grupos étnicos*, [en línea], <https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/4_ley_89_de_1890.pdf>, [consulta: 26 de marzo, 2020].

indígenas, e incluso se maneja la idea de que las comunidades puedan tener representante legal para que acudan a los tribunales de la nación.

Lo importante de la ley 89 era que en su artículo 5 contemplaba de cierta manera la jurisdicción indígena, es decir, si algún miembro de la comunidad cometía alguna falta moral, la facultad de investigar y sancionar dicha falta le correspondía a la comunidad, aunque para el año de 1892 las situaciones cambiarían y los indígenas que eran considerados salvajes y semisalvajes serían sancionados por los misioneros siempre que se vieran en temas civiles, penales y judiciales, tal como lo dispone el artículo 2 de la ley 72 de 1892.

El tema de los pueblos indígenas contenía más problemas de los que nos podemos imaginar, para el año de 1977 la Corte Suprema de Justicia se dividía en dos grupos, por un lado, estaban los que consideraban que los indígenas poseían inteligencia y por el otro, los que pensaban que el pensamiento “prelógico” que mantenían los hacía poco inteligentes.⁴⁶³

La lucha por ser reconocidos vino acompañada de movimientos indígenas como el de los Paeces en el Cauca en el año de 1970, lo que más tarde se concretaría en un movimiento más grande que se denominó Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), y que a su vez daría lugar a la llamada Organización Nacional Indígena Colombiana en 1982, este último movimiento es relevante porque pretendía retomar la aplicación de la Ley 89 de 1890, lo anterior se debe a que dicha norma permitía a los pueblos indígenas poseer tierras, que serían conocidas como resguardos, así como el control de los recursos que hay en ellas.

El Estado colombiano consiente de que los derechos que habían ganado los indígenas se logró gracias a las luchas y movimientos orquestados por estos grupos y que habían representado la pérdida de muchas vidas, decidió convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. En lo que se refiere al tema, se buscó que las minorías tuvieran

⁴⁶³SÁNCHEZ BOTERO, E., “Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador”, en GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, pp. 69-88, p. 70 [en línea], <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9252>>.

representación; que se reconociera el carácter pluricultural del Estado de colombiano; la igualdad ante la ley de todos los indígenas, así como la autonomía de las comunidades indígenas.

Tras largos e intensos debates que se dieron en torno al tema, finalmente la Asamblea consagró en el artículo 246 de la ley fundamental de Colombia, la facultad de las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales en el ámbito de su competencia territorial, con apego a sus propias normas y procedimientos, siempre que éstos no contravengan lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República. Asimismo, consagra el sistema de coordinación jurisdiccional entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional.

Lo anterior se debe entender como una potestad que el Estado cedió a las comunidades indígenas con el propósito de que sus miembros sean juzgados conforme a las instituciones ancestrales de su comunidad, así como a los usos y costumbres que rigen el procedimiento, sin mencionar que dicha jurisdicción sólo es aplicable en el territorio⁴⁶⁴ que habita el pueblo indígena.

Sin embargo, la figura de la jurisdicción indígena no debe entenderse como absoluta, esta requiere de la concurrencia de diversos elementos, por un lado, se requiere que el sujeto pertenezca a una comunidad indígena, sin embargo, no se exige que la conducta se haya realizado al interior del territorio indígena, al respecto, la Corte Constitucional de Colombia advirtió dos posibilidades al ejecutarse la conducta. La primera, se presenta cuando la conducta exigible al indígena es punible dentro del sistema jurídico nacional, no obstante que, para la comunidad indígena no represente una falta, en este caso debe demostrarse que el indígena posee una visión del mundo completamente a distinta a la de la sociedad común a tal grado que no le permita comprender la ilicitud de su actuar, en este caso debe reconocérsele el derecho a su jurisdicción. La segunda posibilidad se presenta cuando un

⁴⁶⁴ Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado que el territorio indígena reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional, pues resulta esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011, 3 de marzo de 2011.

indígena ha realizado una conducta punible para orden jurídico nacional e indígena, en este caso, el juzgador debe determinar el grado de adaptación del indígena a la sociedad, para establecer la conveniencia de juzgarlo dentro de la jurisdicción común o conforme a la jurisdicción indígena⁴⁶⁵

Cómo podemos observar el tema resulta complejo, ya que dentro de el convergen distintas aristas, sin embargo, Colombia ha tratado de normar y darle un sentido uniforme a todos los ordenamientos, por ello la Ley 270 de 1966⁴⁶⁶ en su artículo 11, contempla a la jurisdicción indígena dentro de la administración de justicia.

Otra de las causas por las que el Estado de Colombia inició con este cambio de paradigma, fue la presión internacional que gestó en torno al tema, de esta forma se añadieron nuevas instituciones jurídicas a la Constitución de 1991, del mismo modo, se incorporó y se fue aplicando el “bloque de constitucionalidad”, el primer paso que se dio para esto, fue la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al derecho interno mediante la Ley 74, de 1968, sin mencionar que ya se había ratificado el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo aprobado por la Ley 31 de 1967 que establecía el principio de no discriminación, posteriormente vendría la aprobación del Convenio 169 de la OIT. Ratificado por la Ley 21 de 1991 que tuvo grandes efectos pues se dedicó a defender el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas, en el sentido de que el Estado Colombiano se obliga a favorecer la conservación de sus costumbres o derecho consuetudinario, así como sus instituciones propias, asimismo, el artículo 9 del Convenio permite las formas de represión que utilizan los pueblos para reprimir los delitos cometidos por sus miembros.

Lo relevante de que el Convenio 169 haya sido ratificado por el Estado Colombiano es que complementa a la Constitución de 1991, lo cual los hace un solo ordenamiento en defensa de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

⁴⁶⁵SÁNCHEZ, B. E., "El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena", en DE SOUSA SANTOS, B., y GARCÍA VILLEGAS, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, T. II, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001, pp. 5-142, p. 13.

⁴⁶⁶Ley 270 de 1996 [en línea], <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf>, [consulta: 26 de marzo, 2020].

Actualmente Colombia se compone de una diversidad cultural en la que conviven diferentes grupos de indígenas, son 87 grupos de comunidades indígenas, lo que arroja un total de 1.905.617 de personas que se reconocen como indígenas⁴⁶⁷, más 3 poblaciones afrocolombianas, e inclusive un pueblo gitano, lo que da como resultado un total de 64 lenguas amerindias y varios dialectos.⁴⁶⁸ Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha dicho que en ocasiones se pueden colisionar determinados derechos humanos que pongan en tela de juicio los derechos de los pueblos indígenas, lo que complica su regulación.

La Corte sostiene que existe una problemática alrededor del reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la consagración de los derechos fundamentales, fundada en la contravención que en muchas ocasiones se presenta entre la ética universalmente aceptada por las naciones que filosóficamente sustentan el sistema normativo nacional y los valores y cosmovisiones de las comunidades indígenas que en muchas ocasiones contravienen al sistema nacional, lo que ha dado lugar a múltiples debates en torno a la ponderación que debe darse a los derechos colisionados.⁴⁶⁹

La diversidad étnica no puede dejar de reconocerse para poder reconocer a los otros, es decir, el Estado tiene la obligación de garantizar todos los derechos de todos los grupos sin que se vulneren los derechos de los otros. Incluso la misma Corte se ha pronunciado a favor del dialogo con las comunidades indígenas con la idea de que en el momento en que se tenga que ponderar algún derecho humano contra el derecho a la diversidad étnica cultural para que se explique el alcance de la decisión del juez.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ El 4.4.% de la población colombiana es indígena, con el 50.1% son mujeres mientras que el 49.9% son hombres, lo que ha marcado un aumento en los pueblos indígenas del 2005 al 2018 de un 36.8%, de conformidad con los datos del censo de población del 2018 que recabo el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/infograf%C3%ADa-grupos-etnicos-2019.pdf>

⁴⁶⁸ RODRÍGUEZ PALAU, E., *Colombia: Una Nación Multicultural*, Bogotá, Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, 2006, p. 20.

⁴⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia: T-254/94.

⁴⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-496 de 1996.

3. NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES A COLOMBIA

En este apartado sólo haré unas breves menciones sobre la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas como el documento actual que procura los derechos de dicho grupo, así como del Convenio 169 de la OIT, siendo aquel documento fundamental durante varios años para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, además de que en el capítulo del trabajo de investigación ya se hizo mención a cada uno de estos documentos.

Desde el año de 1983 las Naciones Unidas empezaron a trabajar en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, negociaciones que llevarían más de dos décadas de trabajo, hasta que por fin el 13 de septiembre de 2007 en la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprobó dicho documento.

Como ya se mencionó en el primer capítulo de esta investigación, cuatro Estados votaron en contra, aquellos fueron Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, sin embargo, Colombia se opuso a la Declaración de los pueblos indígenas, siendo el único país del continente americano que se pronunciaría por un documento que le beneficiaría a sus comunidades indígenas.

La construcción de dicho documento tomo muchos años, no se puede decir que sea el documento progresista a favor de los pueblos indígenas, pero hace un reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas, derivadas de las violaciones que han sufrido desde hace siglos, si bien, no es un documento jurídicamente vinculante, pero es la base para la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito nacional como internacional.

La Declaración contiene algunos derechos que son de suma importancia para los pueblos indígenas, aunque el artículo 30 se pone en tela de juicio porque prohíbe el desarrollo de actividades militares en los territorios indígenas tal como lo establece el artículo 29, pero lo relevante del artículo 30 es que prohíbe actividades militares en el territorio ancestral salvo

que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas afectados, “o que justifique una amenaza importante para el interés público pertinente.”⁴⁷¹

El artículo pone en tela de juicio el interés público cuando el Estado colombiano sufre de una grave problemática con los grupos armados en su territorio y sobre todo que se han asentado en varios de los territorios ancestrales que ocupaban las comunidades indígenas, sin olvidar que han tenido que ser desplazados de los mismos.

A manera de antecedente tenemos que Colombia ya había ratificado el Convenio 107 de la OIT en el año de 1969, a partir de ese momento el Estado había aceptado la jurisdicción de la OIT para que evaluara sus acciones sobre los pueblos indígenas en Colombia.

Después vendría la aprobación del Convenio 169, mismo que considero es el tratado internacional más importante que existió y existe para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, pese que es un documento que data desde 1989, sigue siendo un documento que contempla una gran relevancia sobre los derechos de los pueblos indígenas, además de que es vinculante para los Estados que hayan ratificado dicho tratado.

Respecto a la actuación de los Estados latinoamericanos se puede decir que la mayoría lo aceptó en lo general, en cuanto al papel que jugó Colombia respecto a su ratificación se puede decir que lo hizo rápido ya que en 1989 Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, convenio clave para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, para que dicha norma internacional se considerara vinculante para Colombia se tuvo que crear la Ley 21 de 1991⁴⁷² para que fuera aplicable al Estado, no obstante, a pesar de que muchos pro indigenistas consideran que el convenio no es el tratado internacional que mayor protección ha dado a los pueblos indígenas, considero que se ha esforzado por proteger la integridad económica, social y cultural de los indígenas, lo cual se ve minusvalorado porque muchos de los artículos

⁴⁷¹ OLSEN, V., *Marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Human Rights Everywhere, 2008, p. 7.

⁴⁷² El Convenio 169 de la OIT es derecho nacional de acuerdo con la promulgación de la Ley 21 de 1991, sumado a ello la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las disposiciones constitucionales, forman el bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo establece la Sala Unida, SU-510/98 y la T-606/01.

reflejan una postura individualista de los derechos pese a que las comunidades tienen determinados derechos colectivos.

Es primordial resaltar la importancia que tiene la jurisdicción de la Organización Internacional del Trabajo como órgano internacional de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, para muestra de la validez y eficacia de dicho tratado se expondrá de manera breve el caso de los Embera-Katio vs Colombia en la OIT.⁴⁷³

La primera vez que el Estado colombiano tuvo que aceptar la jurisdicción de la OIT es en el Caso de los Embera-Katio en el año de 1994, además de que la Corte Constitucional de Colombia tuvo que pronunciarse sobre los derechos de los pueblos indígenas y en especial sobre la jurisdicción indígena que contemplaba la Constitución de 1991.

Para ello se decidió formar una Comisión de Expertos para que le diera seguimiento a los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, así como para realizar recomendaciones sobre la legislación interna del Estado para que la misma estuviere acorde al Convenio 169 de la OIT.

Para el año de 1999 la Central de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (Asmedas) seccional de Antioquia presentaron una reclamación a la Oficina Internacional del Trabajo en la que se le hace saber que el gobierno del Estado no está cumpliendo con lo que establece el Convenio 169 de la OIT en relación a los pueblos indígenas y tribales.

Lo anterior tiene que ver con la concesión que había realizado el Estado a favor de una Empresa privada para realizar una represa, conocida como Urrá, en el departamento de Córdoba. Justamente donde habita el pueblo indígena Embera-Katio, lo cual ponía en peligro su territorio, su cosmogonía, su vida y su propia sobrevivencia, hechos que contravienen lo establecido en el Convenio 169 de la OIT ya que para la construcción de dicha obra se tenían que inundar varios pueblos, acto seguido las comunidades indígenas se

⁴⁷³CASTRILLÓN ORREGO, J. D., *op. cit.*, nota 69, pp. 146-149.

tendrían que trasladar de su lugar de origen, traslado con el que no estaban de acuerdo el pueblo indígena.

Por lo que la Oficina Internacional tuvo que mandar las comunicaciones al Estado y al Consejo de Administración para que se iniciara el procedimiento, el Consejo aceptó la reclamación y nombró una comisión tripartita para que estudiara el caso, por otro lado, el Comité pidió al Estado que presentara sus observaciones, así como las organizaciones querellantes para que presentaran la información que faltaba, todo ello para que la autoridad se allegará de toda la información sobre el caso.

Consecuentemente el comité se reunió en noviembre de 2001, durante la sesión 282 del Consejo de Administración para atender la reclamación de las partes, primero se analizó las acciones por parte del Estado y de la empresa constructora de la Hidroeléctrica de Urra, donde se determinó que el Estado de Colombia no había garantizado los derechos que profesa el Convenio 169 de la OIT, por lo que se emitió la siguiente recomendación:

“Recomendación del Comité 68. El Comité recomienda que el Consejo de Administración apruebe el presente informe y que, a la luz de las conclusiones que figuran en los párrafos 54 a 67 del mismo: a) pida al gobierno que modifique el decreto núm. 1320 de 1998 para ponerlo en conformidad con el espíritu del Convenio, en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio; b) sugiera al gobierno que, en la búsqueda de soluciones a los problemas que todavía afectan al pueblo Embera-Katio por el llenado y la operación de la represa, continúe dando participación a los representantes de todo el pueblo interesado para poder mantener un diálogo caracterizado por la cooperación y el respeto mutuo, que permite a ambas partes buscar soluciones a la situación por la que atraviesa el pueblo; c) solicite al gobierno que continúe informado a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, mediante las memorias que debe presentar en virtud del artículo 22 de la constitución de la OIT en relación con este Convenio, sobre la evolución de las cuestiones en que se fundamenta la

reclamación, en particular sobre: i) toda medida tomada para cumplir con los acuerdos suscritos entre las autoridades gubernamentales, la Empresa Urrá y el pueblo Embera-Katio, con inclusión del acuerdo firmado el 19 de abril de 2000; ii) todas las medidas tomadas o que podrían tomarse para salvaguardar la integridad cultural, social, económica y política del pueblo Embera-Katio y prevenir actos de intimidación o violencia contra los miembros de dicho pueblo; iii) toda medida tomada para indemnizar a los miembros del pueblo Embera-Katio en cumplimiento de la sentencia núm. T-652 de la Corte Constitucional; iv) informaciones relativas a la evolución de las investigaciones sobre los presuntos asesinatos, secuestros y amenazas de que han sido víctimas portavoces de la comunidad, incluyendo a Alonso Domicó Jarupia, Alirio Pedro Domicó, Lucindo Domicó Cabrera y Kimy Domicó Pernía; d) que declare cerrado el procedimiento iniciado ante el Consejo de Administración al presentarse la reclamación”.⁴⁷⁴

Sin embargo, el tema no se dejó en la tribuna internacional, fue tan importante el caso a nivel nacional, que la Corte Constitucional de Colombia tuvo que pronunciarse a favor de los pueblos indígenas, dictando la Sentencia T-652,⁴⁷⁵ pronunciándose sobre lo siguiente:

“Antecedentes. - Mediante Resoluciones No. 27 (febrero 20, 1989), No. 142 (diciembre 18, 1992) y No. 167 (diciembre 14, 1992), el Gobierno Nacional declaró de utilidad pública e interés social el territorio necesario para la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I bajo la administración de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (CORELCA).

El proyecto lo inició ISA en 1980, pasó a ser responsabilidad de CORELCA en 1982, y en 1992 se creó para manejarlo la Empresa Multipropósito Urrá S.A.

El proyecto hidroeléctrico en cuestión se sitúa sobre el río Sinú en el Departamento de Córdoba. Dentro de los impactos ambientales comprobados se destacan la desviación del río Sinú, y la inundación de secciones de los territorios

⁴⁷⁴INFORMES DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN LA APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (CEACR), *Observación individual sobre el Convenio núm. 169, Pueblos Indígenas y Tribales*, Colombia, 1989. [publicación 1994].

⁴⁷⁵CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-652/98, [en línea], <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>>, [consulta: 7 de mayo, 2020].

del pueblo Embera-Katío; los ingenieros consultores Gómez, Cajiao y Asociados Cia. Ltda., estimaron inicialmente el área de tales secciones en cuarenta y tres (43) hectáreas. Sin embargo, después de este estimado se manejaron diferentes cálculos y se generó incertidumbre alrededor de las dimensiones de la inundación.

Posteriormente, el 13 de abril de 1993, aunque no se había adelantado el proceso de consulta previa al pueblo Embera-Katío como lo requería la Ley 21 de 1991 y el Artículo 330 de la Carta Política, el INDERENA le otorgó a CORELCA una licencia ambiental para la construcción de las obras civiles y la desviación del río Sinú; quedando pendiente la licencia para la segunda etapa, de “llenado y operación del proyecto”.

El 22 de noviembre 1994, se suscribió un Acta de Compromiso entre la Empresa Urrá S.A., la comunidad indígena y la ONIC, en la que se establecieron las bases para el proceso de *consulta previo* a la licencia para la segunda etapa de la obra; la compensación por el impacto consistiría en la elaboración y ejecución de un plan de desarrollo, luego conocido como el Plan de Etnodesarrollo.

Este contiene 8 programas aprobados por Urrá en las áreas de:

- Manejo sostenible del hábitat tradicional del pueblo Embera-Katío en el Parque Nacional del Paramillo (Karagaví);
- Manejo ambiental y socioeconómico del río Verde (Iwagadó);
- Desarrollo pecuario;
- Organización del pueblo Embera-Katío;
- Educación;
- Salud;
- Actividades de género; y
- Recreación y cultura.

El 15 de septiembre de 1997, Urrá S.A., solicitó formalmente la ampliación de la licencia ambiental para el llenado y funcionamiento del embalse. A lo que, el Ministerio del Medio

Ambiente, negó la licencia con base en el incumplimiento de varios requisitos previos, entre ellos, el proceso de consulta y consentimiento por parte del pueblo Embera-Katío.

Las comunidades Embera, tradicionalmente han estado segmentadas, se unieron en 1995 bajo un gobierno centralizado para enfrentar la amenaza del proyecto hidroeléctrico de Urrá y en ese momento, se eligió un Cabildo⁴⁷⁶ Mayor y se designó para liderarlo a Simón Domicó Majoré; éste representó a la comunidad Embera en la mayor parte del proceso de consulta, pero a finales de 1996 se desató un conflicto interno dentro de las comunidades Embera-Katío sobre la composición del Cabildo Mayor.

Posteriormente y a través de diversos oficios, todas las comunidades de Iwagadó expresaron su insatisfacción con la elección de Alirio Pedro Domicó como Cabildo Mayor de Karagaví, por lo que hicieron nombramiento de dos Cabildos Mayores, uno para cada resguardo.

El 1 de diciembre 1997, el Alcalde de Tierralta (mediante Resolución 3789) revocó la Resolución 3239 por medio de la cual había reconocido el nombramiento de Alirio Pedro Domicó como Noko Mayor del Cabildo de Karagaví y a Simón Domicó como Noko Mayor del Cabildo de Iwagadó, y citó a una nueva asamblea para decidir definitivamente el conflicto interno.

Las comunidades de Kapupudó, Koredó, Chángarra, Zambudó, Mongaratatadó, y Quiparadó en el río Sinú más la comunidad de Beguidó en el río Esmeralda decidieron conformar su propio Cabildo Mayor el día 13 de diciembre 1997; eligieron a Emiliano Domicó Majoré como Noko Mayor para un período de un año. El 19 de diciembre 1997, las autoridades del Resguardo de Iwagadó decidieron por su parte elegir a Nariño de Jesús Domicó como Noko Mayor por un período igual.

⁴⁷⁶Algunas ocasiones la figura del cabildo es mal entendida e incluso se trata de eliminar del contexto de los pueblos indígenas, pues se dice que va en contra de las autoridades indígenas, realmente se debe de ver al cabildo conforme a la función que tiene como autoridad, así como su actividad cohesionadora y orientadora de la comunidad. A diferencia de Vasco, él considera que no se debe regresar a las autoridades de antes sino de regresarle la autonomía a las comunidades indígenas. VASCO, L. G., "Nacionalidad-etnocidio", *Revista Política*, Vol.1, 1988, núm. 4, pp.15-20.

El Cabildo de Emiliano Domicó Majoré reconoce el liderazgo de Alirio Pedro Domicó en las comunidades del Río Esmeralda, pero reivindica su preeminencia en las comunidades del Río Sinú. Por su parte, Alirio Pedro Domicó sostiene que él es el representante de todas las comunidades situadas en el resguardo Karagaví, como se puede leer existe un problema de reconocimiento de autoridades ya que se constituyeron nuevas con el objetivo de desplazar otras.

El Cabildo Mayor de Emiliano Domicó Majoré, reclamó la porción de las transferencias que le corresponden a las comunidades bajo su mando, y el 5 de marzo 1998, apeló a la Contraloría General de Córdoba para protestar por el bloqueo de desembolsos por parte del Alcalde de Tierralta en la ejecución de los contratos celebrados para la prestación de servicios de salud.

Desde 1997 Urrá S.A. interrumpió la celebración de contratos bajo el Plan de Etnodesarrollo tras la crisis de legitimidad de los representantes indígenas. Como condición previa a la financiación anual de los proyectos existentes, Urrá impuso la resolución del conflicto interno y la acreditación de los representantes de cada resguardo.

Esta posición fue respaldada por la ONIC, que recomendó a Urrá abstenerse de suscribir acuerdos por defectos de validez. En el caso de los convenios existentes o interacciones necesarias, la ONIC recomendó tratar con los gobernadores de cada comunidad y con el Cabildo Mayor que cada una respalde.

“El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1320 del 13 de julio de 1998, ‘por medio del cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales renovables dentro de su territorio’”.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Laboral, conoció en primera instancia, y consideró la tutela improcedente. Así mismo, en segunda instancia, la Corte

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, consideró que se trataba de un asunto de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; por tanto, la tutela era improcedente.

Una vez que la Corte fue competente para revisar los fallos anteriores resolvió: primero, ordeno al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Córdoba y a la Corte Suprema de Justicia que se tutelaran los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, pero sobre todo que se les garantizará el derecho de participación de las comunidades al pueblo Embera-katío.

Como segundo punto se ordenó al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria se reconociera y unificara el resguardo Embera-Katío, como aquella deuda que sigue manteniendo el Estado colombiano con todos los resguardos que faltan por titular y deslindar a favor de los pueblos indígenas de Colombia.

El tercer punto verso sobre la indemnización que debe otorgar la empresa Urrá S.A., por poner en peligro la supervivencia física de la comunidad y todos los derechos que están íntimamente ligados con este derecho. Sin mencionar que las comunidades de Veguidó, Cachichí, Widó, Karacaradó, Junkaradó, Kanyidó, Amborromia, Mongaratatadó, Zambudó, Koredó, Capupudó, Chángarra, Quiparadó, Antadó, Tundó, Pawarandó, Arizá, Porremia y Zorandó, deben ser parte de esa reparación por los daños causados.

El cuarto punto es el referente a los puntos que se vieron vulnerados dentro de la consulta previa,⁴⁷⁷ para ello el Estado deberá tener en cuenta que si desea consultar al pueblo Embera deberá atender a los siguientes puntos: debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; debe realizarse la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los

⁴⁷⁷ El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT contempla el principio general de las consultas de las comunidades indígenas, que debe de ser de buena fe, acorde a las circunstancias de los pueblos, que sea de manera libre, y que busque obtener el consentimiento de las comunidades o pueblos indígenas.

terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta; el objetivo de toda consulta es obtener el consentimiento de la comunidad sin presión o coacción por parte de las autoridades.

El sexto punto es importante porque muchas de las veces se trata de engañar a los indígenas con los beneficios que generaran los proyectos concentrados en su territorio y se les brinda la idea que les traerán servicios de salud y de educación, cuando es un derecho que tienen por normativa constitucional y no pueden estar sujetos o condicionados a la aceptación del proyecto.

El punto séptimo tiene que ver con la obligación que tienen las autoridades del Estado de realizar la consulta previa a las comunidades y no delegarlas a las empresas o particulares, en este caso la sentencia obliga al Ministerio del Medio Ambiente a que intervenga activamente en el resto del proceso de consulta que actualmente se adelanta, y que ponga especial cuidado en que no se minimicen de manera irresponsable, los riesgos previsibles para la salud y la supervivencia de los Embera-Katío del Alto Sinú.

El punto octavo de la sentencia tiene que ver con que las autoridades del Estado como la Alcaldía de Tierralta, a la Gobernación de Córdoba, al Ministerio del Interior, a la Empresa Multipropósito Urrá S.A., a la Procuraduría Agraria, a la Defensoría del Pueblo, y a las organizaciones privadas intervinientes en este proceso, que se deben abstener de interferir en los asuntos propios de la autonomía que la Carta Política otorga al pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, ya que uno de los principios de la consulta es que debe ser libre sin coacciones y respetando los procesos de toma de decisiones de las comunidades o pueblos indígenas.

El punto undécimo de la sentencia tiene que ver con advertir a la Empresa Multipropósito Urrá S.A., al Ministerio del Interior, al Ministerio de Minas y Energía, al Ministerio del Medio Ambiente, al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Río Sinú y el San Jorge, a la Procuraduría Agraria, y a la

Defensoría del Pueblo, que tienen la orden de no llenar el embalse hasta que la firma propietaria del proyecto cumpla con todos los requisitos que le exigió el Ministerio del Medio Ambiente por medio del auto número 828 del 11 de noviembre de 1997 a fin de otorgarle la licencia ambiental, cumpla con las obligaciones que se desprenden de esta sentencia, y ponga en ejecución las que se definirán en el proceso de consulta aún inconcluso, y en el de concertación que se ordenó arriba. Es un tema relevante ya que la mitigación y el cumplimiento a las medidas ambientales son esenciales para conservar el territorio y la supervivencia de la comunidad indígena.

Como se puede desprender de la lectura de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, la importancia que se le dio al desplazamiento de los pueblos indígenas, así como a la consulta previa, libre e informada que tuvo que haber realizado el Estado. No cumplían con los parámetros de derecho internacional, sin embargo el daño ya estaba hecho por lo que la Corte tuvo que avalar la subsistencia sobre los proyectos que había otorgado anteriormente el Estado, pese a que puso en peligro la subsistencia del pueblo Emberrakatio y no se puede compensar con un pago mensual el retorno a sus tierras así como disfrutar de los alimentos que le proveían y la relación que tenían con la naturaleza, dicha indemnización ha servido para dejar por escrito que cualquier delito que se cometa en contra de los pueblos indígenas trae consecuencias jurídicas.

Pese a que el Convenio 169 de la OIT es claro y preciso al decir que se debe contar con el consentimiento de las comunidades indígenas cuando se traslade de su territorio, en este caso se observa que no se obtuvo ese consentimiento por parte de las autoridades y miembros de la comunidad, por lo tanto, el proyecto no se podía llevar a cabo, pese a dicha situación el Estado continuo con el proyecto, también está claro que el Estado colombiano trato de proteger a los indígenas pero incumplió con el Convenio 169 de la OIT y con la ley 1991.

4. LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

Es importante tomarse el tiempo para explicar un poco de la Constitución Política de Colombia ya que es la primera y una de las constituciones más avanzadas en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, logrando ser eje y parámetro para la labor legislativa de muchos otros Estados, pero no sólo eso, también ha establecido el camino que la Corte Constitucional debe seguir para establecer parámetros que propicien una progresividad de los derechos de estos grupos, al menos en lo que concierne en papel, ya que en la práctica los pueblos indígenas siguen sufriendo toda clase de violaciones a sus derechos.

La Constitución de 1991 tiene un amplio catálogo de derechos reconocidos a los pueblos indígenas, a pesar de que durante su gestación en la Asamblea Constituyente solo había tres constituyentes indígenas: Francisco Rojas Birry, Lorenzo Muelas Hurtado y Alfonso Peña Chepe.⁴⁷⁸

En este sentido, el primero de los artículos de la Constitución Política de Colombia de 1991 que reconoce derechos a los pueblos indígenas es el artículo 7, en el que se reconoce el carácter pluricultural de la nación colombiana. Para mayor claridad, dicho artículo a la letra establece: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.”

Como se puede apreciar, el Estado de Colombia reconoce el deber que tiene de proteger a todos los grupos étnicos que habitan en su territorio. Este hecho ha logrado consolidar a través de diversas sentencias dictadas por la Corte Constitucional. Este cambio, aunque parece mínimo, tomo muchos años alcanzar que los Estados andinos reconocieran los derechos de los pueblos indígenas. Colombia fue en el año de 1991, Perú en el año de 1993, Bolivia en el año de 1994, Ecuador en 1998 y Venezuela en el año de 1999, todo ello gracias a la firma del Acuerdo de Cartagena de 10 de marzo de 1996.

⁴⁷⁸ARANGO OCHOA, R., y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, E., *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio: población, cultura y territorio: bases del fortalecimiento social y económico de los pueblos indígenas*, Bogotá, DNP, 2004, p. 31.

Además de que este artículo tiene la intención de dar a las comunidades indígenas colombianas el control de su vida política, social y cultural con el objetivo de fortalecer sus instituciones, lenguas, cultura, religiones y autonomía indígena dentro del Estado colombiano.

Por su parte, el artículo 96 la Constitución Política también reviste suma importancia, como es sabido, a partir de que los Estados latinoamericanos consiguieron su independencia, buscaron conformar Estados modernos en donde las desigualdades se terminarían y donde se pregonaba que todos los habitantes gozarían de los derechos reconocidos en la Constitución, siendo parámetro fundamental de todas las normas la igualdad ante la ley, eliminando con ello las diferencias estamentales que imperaban en la Colonia.

Esta idea del Estado que parecía muy novedosa, les afectó a los pueblos indígenas, pues esa igualdad jurídica los terminó desindianizando y con ello eliminando del texto constitucional sus prerrogativas. Es importante este artículo ya que enuncia a los ciudadanos colombianos, pero con una mención individual para los indígenas, demostrando que están siendo tomados en cuenta en la vida democrática del país. Dicho artículo establece que los miembros de los pueblos indígenas radicados en los territorios fronterizos serán nacionales colombianos por adopción, en atención al principio de reciprocidad y tratados públicos.

Sobre este tema es importante hacer notar que es letra muerta ya que el Estado colombiano no cuenta con algún tratado público que permita a los miembros de los pueblos indígenas que habitan en las fronteras de los territorios fronterizos ser colombianos por adopción como lo enuncia el referido artículo, así como los requisitos que enuncie la ley de la materia, ni para que puedan optar por otra nacionalidad del Estado vecino, tal es el caso de los pueblos Wayúu, yukpas y bari.⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ Los pueblos wayúu, yukpas y bari son pueblos binacionales y transfronterizos por haber habitado ancestralmente en Colombia en lo que hoy son los departamentos de la Guajira, Cesar, y Norte de Santander, así como de Venezuela en el Estado de Zulia, por lo que se entiende que son pueblos binacionales que gozan de los vínculos jurídicos y políticos de los Estados mencionados, teniendo derecho a gozar de ambos derechos humanos, tal como el derecho a la ciudadanía. Consultado en: <<https://www.dejusticia.org/column/pueblos-indigenas-de-frontera-una-binacionalidad-no-reconocida/>>.

De la misma manera el artículo 63 refiere a la propiedad de los pueblos indígenas⁴⁸⁰, que es un tema que ha causado revuelo en todas partes, ya que las ideas ilustradas se empeñaron en defender los derechos individuales sobre los colectivos, es por ello que muchas de las normas nacionales como las internacionales eran individualistas, después de una larga lucha social y jurídica por parte de los pueblos indígenas han logrado conquistar interpretaciones evolucionistas en favor de sus derechos y de su propiedad colectiva en los textos nacionales e internacionales.

En este sentido, el Estado colombiano creó territorios especiales para que las comunidades indígenas pudieran desarrollarse de manera libre, a esta figura se le denominó ‘resguardos’, que al igual que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos y el patrimonio arqueológico del Estado, son de carácter inalienable, imprescriptible e inembargable.

El Estado colombiano ha reconocido la propiedad colectiva de los pueblos indígenas a través de la creación de los resguardos y reservas específicas para que se puedan desarrollar de forma libre. Pese a estos esfuerzos normativos, la ONIC tiene noticia de más de 400 solicitudes de constituciones de resguardo y saneamientos que no han tenido respuesta. Sobre el mismo tema se puede decir que muchos de los pueblos indígenas de Colombia se encuentran en peligro de extinción debido al desplazamiento forzado que han tenido que emprender como consecuencia de la intromisión de grupos criminales armados en sus territorios, que incluso se han apoderado de ellos, y que ha dado lugar a que algunos grupos indígenas ya no cuenten con territorios, alimentos, ni manera de supervivencia.⁴⁸¹

Por otra parte, la forma de organización de los pueblos indígenas constituye otro de los derechos protegidos en la norma suprema, lo que permite que las comunidades indígenas se rigen bajo sus usos y costumbres ancestrales, conservando algunas figuras prehispánicas y

⁴⁸⁰El derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende en el orden interno, del artículo 329 superior de la Constitución, que atribuye el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 578 que ordena proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional, que atribuye a los citados territorios las cualidades inembargables, inalienables e imprescriptibles. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-235 de 2011, 31 de marzo de 2011.

⁴⁸¹FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER., *Situación de los pueblos indígenas de Colombia*, KAS Papers No.4., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p.13.

otras impuestas por los colonizadores. Ese sincretismo ha permitido mantener el control interno de los pueblos indígenas, por lo tanto, resulta importante que se conserven los municipios y territorios indígenas con sus propias formas de organización. Al respecto el artículo 329 del máximo ordenamiento establece que las entidades territoriales indígenas se conformarán con apego a lo dispuesto por Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y será el Gobierno Nacional con participación de los representantes de los pueblos indígenas el encargado de establecer su delimitación, previo acuerdo con la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Asimismo, dicha disposición constitucional establece que los resguardos son de propiedad colectiva e inajenables. Por otro lado, en lo que toca a la forma de coordinación de estas entidades territoriales con las autoridades de su respectivo departamento se regirán conforme a la ley de la materia, no obstante que, para el caso de que el resguardo se encuentre en dos o más departamentos. Su coordinación será a través de un consejo de indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos.

El derecho al territorio tuvo otra visión en el Constituyente colombiano de 1991, porque se logró dejar en el texto constitucional que sus territorios indígenas fueran reconocidos como entidades territoriales indígenas y resguardo, dando las características de inalienables, imprescriptibles, inembargables y que son de propiedad colectiva.

Algo importante es que el Estado puso una limitante a la conformación de las entidades territoriales indígenas, es decir, la creación de las mismas iba a ser a voluntad del Estado y van a estar regulados por la Ley Orgánica del Ordenamiento Territorial⁴⁸², la cual es una deuda que tiene el congreso colombiano, la cual tendrá entre sus funciones la conformación y delimitación de las nuevas entidades territoriales indígenas creadas ex profeso en la Constitución colombiana de 1991.

⁴⁸² La Corte Constitucional de Colombia ha sido muy clara y ha establecido que pese a que la Ley de Ordenamiento Territorial no se haya promulgado no es motivo para que negar la existencia y autonomía de las comunidades indígenas, SCC T-606/01

La inclusión de las nuevas entidades territoriales en el texto constitucional trae una gran problemática, es decir, el Estado tiene que repensar su organización política administrativa, así como que no afecte la distribución departamental y municipal de los ya constituidos.

Además de que el Decreto 1953 de 2014 tiene como fin la creación de un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento las entidades indígenas respecto a la administración de los sistemas internos de los pueblos indígenas en tanto se expide la ley orgánica de ordenamiento territorial, por lo tanto las entidades enunciadas tienen derecho a la financiación que otorga el Estado mediante el Sistema General de Participaciones, lo que daría autonomía financiera a los pueblos indígenas para definir los rumbos de su sociedad.

A propósito, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en relación a lo dispuesto por el artículo 1º constitucional, en el sentido de que la autonomía es un elemento fundamental para la organización del Estado y que éste, tiene su especial relación frente a la descentralización, que refiere a las competencias y recursos que asigna la Constitución y leyes a las entidades territoriales. Por el contrario, la autonomía consiste en el margen o capacidad de gestión que el legislador garantiza a las entidades territoriales para que estas dirijan sus esfuerzos y actividades a lograr los fines del Estado.⁴⁸³

Respecto a la delimitación de las entidades territoriales, otro de los problemas a los que se enfrentan los pueblos indígenas al no contar con una delimitación de su territorio es que se complica la elección de sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. La realidad ha hecho notorio que la mayoría de los pueblos indígenas han sufrido parte de la destrucción por el correr de los años, primer por la conquista después por tener contacto con la civilización, lo cual ha llevado a que la capacidad de coerción de las autoridades indígenas sobre sus miembros se vea disminuida.⁴⁸⁴

⁴⁸³CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1258 de 2001.

⁴⁸⁴GARCÍA OLANO., H. A., “El fuero indígena en Colombia”, *Revista Hechos y Derecho*, 2021, núm. 62, s.p. [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15715/16639>>.

Hay un desorden en cuanto a materia de entidades y resguardos indígenas se trata porque lo podemos encontrar enunciados en el artículo 287⁴⁸⁵ hace una mención especial a las formas de gobernarse, mientras que el artículo 329 trata el tema de los resguardos y entidades territoriales, lo cual hace que se confunda el tema de entidades territoriales que atiende a temas de divisiones administrativas y temas económicos, por el otro lado, tenemos los resguardos como el territorio donde se pueden desarrollar los indígenas de manera plena.

El tema central de esta investigación es lo referente a la jurisdicción indígena que está reconocida en el texto constitucional y que permite que se hable de pluralismo jurídico en el estado colombiano, lo cual permite que los indígenas se sientan parte de la vida democrática y jurídica del país, para entender el tema de la jurisdicción se cita el artículo 246 que a la letra establece:

“Art. 246.- 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 de justicia nacional.

Podemos observar que el citado artículo establece que las autoridades indígenas deberán realizar el proceso de una persona indígena conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena, de tal forma que las autoridades indígenas se encuentran obligadas a resolver conforme a sus tradiciones ancestrales, que han servido como instrumento de cohesión social, pese a que se les ha considerado como estáticas, debido a que el peso que cobra la tradición es muy fuerte.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Artículo 287.- Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

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

⁴⁸⁶GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., *Derechos humanos en el Sistema Interamericano*, México, Porrúa, 2000, p.91.

Al crearse el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia se da paso al reconocimiento de la jurisdicción indígena, respetando su territorio, sus autoridades ancestrales, sus sistemas normativos indígenas, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución y a los derechos humanos.

Otro de los aspectos relevantes es el que se enuncia a continuación respecto a los Consejos indígenas que supuestamente están diseñados para que las comunidades indígenas se organicen, pero la realidad es otra y se cuestiona que estos consejos vayan a ser ocupados por los mismos ya que muchos de ellos no hablan el castellano además de que no conocen la administración del Estado y mucho menos las normas y programas que prevé el artículo 330 de la Constitución⁴⁸⁷.

De conformidad con dicha disposición, los Consejos indígenas ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamientos de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos naturales.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.

⁴⁸⁷GUEVARA, V., y GUZMÁN, D., *op. cit.*, nota 462, pp. 36-39.

8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que le señalen la Constitución y la ley.

El deslinde de los territorios indígenas es de suma importancia para que se puedan desarrollar de manera autónoma, sobre todo para el reconocimiento del territorio y la jurisdicción que tienen sobre él, además de que protege sus lugares sagrados, así como los recursos que ellos protegen en dicho territorio, ya que en caso de realizar megaproyectos se deberá ejecutar una consulta indígena⁴⁸⁸ de conformidad con lo establecido en la Ley 21 de 1991.

Sobre el tema en particular la consulta previa se tiene que hacer cuando implique adoptar medidas legislativas o administrativas que afecten el desarrollo de la vida de la comunidad indígena, lo cual se relaciona con el principio de maximización de la autonomía indígena, el derecho a la consulta se ha ocupado más en los temas que tienen que ver con el derecho a decidir de las comunidades respecto de los recursos naturales que hay en sus territorios ya que si se deja sin esos recursos a los indígenas se les priva de su derecho a la subsistencia material y espiritual, lo cual va relacionado con el derecho a la vida.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Artículo 6 de la Ley 21 de 1991: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b. establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c. Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

⁴⁸⁹ Vale la pena leer la sentencia SU-039/97, donde se hizo valer el derecho de la comunidad U'wa que vive en la Sierra Nevada del Cocuy-Güicán y que una empresa petrolera quiso explotar el petróleo que se encuentra en su territorio sin realizar la debida consulta previa. CABRA, D., "Megaproyecto petrolero y violación de derechos humanos en el caso de la comunidad Uwa", *Juridicas*, Vol. 11, 2014, núm. 1, pp. 206-223 [en línea], <[http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas11\(1\)_11.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas11(1)_11.pdf)>.

Sin mencionar que la autonomía de los pueblos indígenas permite que ellos puedan elegir a sus autoridades de conformidad con los usos y costumbres que ellos manejan, para que se puedan desarrollar de manera política, económica y social. Cabe mencionar que la figura de mayor antigüedad y mayor peso en la autogestión de los pueblos indígenas es la figura del cabildo y quien lleva el liderazgo es el gobernador, apoyándose en los consejos (artículo 330) y autoridades (artículo 287) que vayan nombrando las mismas.

La circunscripción especial para la elección de senadores por parte de las comunidades indígenas se regirán por el sistema cociente electoral, algo interesante que se impone dentro de la elección de representantes de los pueblos indígenas es que para ocupar un escaño en el sistema occidental previamente habrán de haber sido autoridades indígenas en su comunidad o bien haber sido líder de una organización indígena, lo cual se acredita mediante la expedición de certificado de dicha organización, refrendado por el ministro de gobierno.⁴⁹⁰

La Asamblea Nacional que se gestó antes de la Constitución de 1991 les dió representación a las comunidades indígenas, tan es así que tienen una circunscripción especial, tal como lo establece el artículo 171 constitucional el cual ordena que los representantes indígenas que aspiren a formar parte del Senado deberán haber fungido como autoridad tradicional dentro de su comunidad o bien, haber sido líder de una organización indígena.

La representación de los dirigentes de las comunidades indígenas es una meta que se ha logrado en gran parte de los territorios centroamericanos, reconociéndoles el derecho a ser votados por sus iguales, de tal manera que ocupen un lugar en la Asamblea Constituyente.

Como podemos ver son varios los derechos que contempla el texto constitucional de 1991, puesto que hay una gran protección a los derechos humanos de los pueblos indígenas, sumado a ello también encontramos los derechos establecidos en el Convenio 169 de la OIT que forman parte del derecho interno de conformidad con la 21 de 1991.

⁴⁹⁰OLIMPO NAVA, S., “Derecho Indígena Electoral Comparado”, *Revista Quid Iuris*, Vol. 7, 2008, pp. 35-50 [en línea], <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/7/pr/pr0.pdf>>.

5. JURISDICCIÓN INDÍGENA

El tema de la jurisdicción indígena fue una cuestión que trajo largos debates dentro del constituyente de 1991, lo relevante de ello es que las comunidades se hicieron escuchar y presentaron propuestas en cuanto al tema se refiere. Sobre el tema se tiene la propuesta del representante indígena Lorenzo Muelas Hurtado con el proyecto de acto reformativo de la Constitución número 83 referente al artículo que tendría que contemplar la jurisdicción indígena, el cual establece:

Se crea la jurisdicción indígena articulada al sistema judicial del Estado. La Ley Orgánica de carácter especial regulará el funcionamiento, competencias y fines de la jurisprudencia que se crea en la presente Constitución.

En los territorios indígenas se garantiza la vigencia de las normas y procedimientos de justicia propios que no atenten contra los Derechos Humanos.⁴⁹¹

El tema era de gran interés para todos los sectores de la población, tan es así que en la plenaria del constituyente Jaime Fajardo Landaeta propuso la redacción del artículo de la siguiente manera:

Artículo. - Administración de justicia: El Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los Tribunales Superiores y Contencioso Administrativos, las Autoridades de los Grupos Étnicos, los Jueces de Paz, los Organismos de Conciliación y Arbitraje y los demás juzgados que establezca la ley.

Artículo. - Las autoridades propias de los Grupos Étnicos tendrán jurisdicción dentro de sus territorios. Estas autoridades conocerán de los delitos que cometan los miembros de los Grupos Étnicos.

La ley dispondrá la forma como esta jurisdicción se articulará al sistema general de la nación.⁴⁹²

⁴⁹¹SÁNCHEZ BOTERO, E., y JARAMILLO, I. C., “La jurisdicción especial indígena”, en ESPINOZA GALLEGOS-ANDA, C., y CAICEDO TAPIA, D. (eds.), *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 125-176, p. 155.

Cada postura difería de la otra, una apostaba más por ajustar la coordinación de jurisdicciones, dotando de una plena capacidad para conocer de todas las materias, mientras que la otra es una propuesta amplia que al final la reducen al área penal, como vemos ninguna de esas propuestas homologa los criterios y la versión final fue otra.

La jurisdicción especial indígena⁴⁹³ se contempla en la Constitución Política de 1991 en el artículo 246, lo importante de este reconocimiento es que se encuentra en la norma suprema del Estado colombiano. Dicha disposición faculta a las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, con apego a sus leyes y procedimientos ancestrales, siempre que estos no contravengan el orden jurídico nacional, y delega a una ley secundaria la reglamentación de las formas de coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema jurídico nacional.

Por otro lado, existe la ley 270 de 1996 que se encarga de delimitar las funciones de la administración de justicia, dicha ley se ha encargado de reconocer la jurisdicción indígena, tal como lo enmarca el Capítulo I, De la Integración y Competencia de la Rama Judicial; en el artículo 11 en el que se establecen las estructuras de las diversas jurisdicciones.

Por un lado, la jurisdicción ordinaria se integra por la Corte Suprema de Justicia; los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; y los Juzgados civiles, laborales, penales, de familia, de ejecución de penas, y los demás especializados que mandate la ley. De la misma forma, la jurisdicción de lo contencioso administrativo se integra por el Consejo de Estado; los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos. Asimismo, enmarca a la jurisdicción constitucional con la Corte Constitucional; la jurisdicción de la paz con los jueces de paz; y lo relevante y lo que nos ocupa es lo relativo a la jurisdicción de las comunidades indígenas, integrada por las autoridades de los territorios indígenas.

⁴⁹² *Idem.*

⁴⁹³ El ámbito territorial de una comunidad es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos de autonomía de las comunidades indígenas, que la titularidad de ese territorio, de acuerdo con la Corporación y con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no por el reconocimiento que le dé el Estado, con ello, se debe tomar en cuenta que el territorio no es sólo lo que refiere al espacio físico-geográfico sino que contempla el espacio cultural, lo cual puede tener un espacio expansivo. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-495 de 2007.

Por último, dicho ordenamiento señala que la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, así como el Consejo de la Judicatura, tienen competencia en todo el territorio nacional.

Si bien se puede decir que el reconocimiento de la jurisdicción indígena se hace en los ordenamientos de Colombia, lo cual considero se hace de manera enunciativa pero se deja una laguna ya que no se definen las funciones y formas de coordinación con las otras jurisdicciones, este es un tema que ha quedado pendiente por los legisladores y de cierta manera la Corte Constitucional ha tratado de llenar esos vacíos de coordinación entre ambas jurisdicciones a partir de las sentencias que ha dictado.

En virtud de lo anterior se entiende que el Estado Colombiano reconoce las autoridades judiciales de los pueblos indígenas, mismas que pueden generar normas y procedimientos dentro de sus ámbitos de aplicación, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución y a las leyes.

Cuando una autoridad indígena impone una sanción se debe entender que lo hará de conformidad con los usos y costumbres del pueblo indígena, lo que significa que muchas de las veces los fallos que emite la comunidad son inapelables y transgresoras de derechos humanos, por lo tanto, la comunidad indígena estará rebasando las normas del debido proceso, así como su autonomía, cuando:

- El individuo debe ser juzgado por las autoridades de su comunidad y por las normas que ellos conocen.
- Las autoridades indígenas sólo pueden juzgar los delitos que sean cometidos dentro de su ámbito territorial.
- Dejar sin defensa o debido proceso al actor, por lo que en este caso será procedente la acción de tutela fuera de las autoridades indígenas.

- El Estado reconoce los usos y costumbres de los pueblos indígenas siempre y cuando no se violente la Constitución y sus leyes.⁴⁹⁴
- Un elemento extraído de la Sentencia T 254 de 1994 determino que “a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.”⁴⁹⁵
- Si los usos y costumbres de los pueblos indígenas sobrepasan los derechos humanos, estos serán desconocidos, tal como lo establece el numeral 2 del artículo 8 y el 9 del Convenio 169 de la OIT, bajo ese mismo tenor el Estado Colombiano en la ley 21 de 1991, establece que el principio de diversidad étnica y constitucional es respetado en el ámbito internacional.
- Las leyes prevalecen cuando protejan un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
- Los usos y costumbres de las comunidades prevalecen sobre las normas dispositivas.
- Aunque el juez Carlos Gaviria considera que el principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y por lo tanto, la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”.⁴⁹⁶

La Corte Constitucional Colombiana se ha encargado de definir a la jurisdicción indígena como un derecho colectivo⁴⁹⁷, cuyo titular es la comunidad indígena, aunque a la par se puede decir que los indígenas tienen ciertos derechos individuales, aunque aún falta que la Corte brinde una mayor explicación de estos derechos. Para ilustrar mejor lo anterior, el derecho colectivo indígena se ve cuando la jurisdicción indígena se encarga de juzgar a sus miembros conforme a sus usos y costumbres por medio de sus autoridades, mientras el

⁴⁹⁴CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-254 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha emitido sentencias de tutela, las cuales no tienen efecto *erga omnes*, sino *inter partes*.

⁴⁹⁵*Idem.*

⁴⁹⁶*Idem.*

⁴⁹⁷ Al respecto el magistrado Eduardo Cifuentes ha expresado lo siguiente “los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de derechos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares.” Sentencia T-380 de 1993.

derecho individual de un indígena es cuando acude ante el juez de manera personal y el sistema ordinario le garantiza el debido proceso y las garantías consagradas en la Constitución y en los tratados internacionales.

La jurisdicción indígena está reconocida en el artículo 246 de la Constitución colombiana, como ya quedo expresado en párrafos anteriores, de tal forma que la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la jurisdicción indígena debe tener cuatro elementos como son:⁴⁹⁸

1. Deben tener la posibilidad de contar con autoridades judiciales propias.
2. La potestad de que las mismas puedan establecer normas y procedimientos propios.
3. La jurisdicción y normas deben estar sujetas a la Constitución y a la ley.
4. El legislador debe señalar las formas de coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema de justicia nacional.

A continuación, se enuncian las sentencias relevantes en temas de jurisdicción indígena, las cuales pertenecen al período de oro de la Corte Constitucional de Colombia que empezó a emitir sentencias progresistas a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, como veremos muchas de estos criterios jurisprudenciales se dieron en la década de los noventa y aún siguen siendo de suma importancia pese a los años que han transcurrido:

Sentencia T-254 de 1994, el tema emblemático que resolvió corresponde a la jurisdicción indígena debe respetar “todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los Tratados internacionales.” Las *sentencias T-349 de 1996 y T-523 de 1997*, resolvieron que las autoridades indígenas se encuentran sometidas a unos “mínimos contenidos éticos, esto es, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas de conformidad con la cultura de cada comunidad. Asimismo, la *sentencia T-496 de 1996* trata el tema de reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales del cual se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y

⁴⁹⁸CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-139, 1996.

procedimientos, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, sino que la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias del caso.

Es interesante como el pueblo colombiano ha tratado de dar soluciones a un problema que resulta tan complejo para otros países, tan es así que el Consejo Superior de la Judicatura ha desarrollado un Atlas⁴⁹⁹ para entender la jurisdicción indígena, el cual dota de una lista detallada de los pueblos y resguardos⁵⁰⁰ (territorios) que habitan los pueblos indígenas, así como una clasificación de las autoridades que tienen, del territorio que poseen, quien ejerce la participación, así como elementos culturales que rigen a cada uno de los pueblos y comunidades indígenas, sin mencionar que tiene un glosario de términos.

Es importante mencionar que la jurisdicción indígena en Colombia tiene algunos problemas como que el legislador no ha encontrado la manera correcta de implementar leyes específicas sobre la jurisdicción indígena para que la coordinación entre el sistema indígena se genere de manera armónica con el sistema nacional. Sin mencionar que el poder judicial algunas de las veces no reconoce la competencia de las autoridades indígenas, o si la reconocen es en perjuicio de la comunidad, a pesar de que ella está contemplada en el artículo 246 de la Constitución y en el artículo 11 de la Ley 270.

De tal manera que los juicios en los que son parte los pueblos indígenas en la justicia ordinaria muchas de las veces no se les garantiza un debido proceso, además de que se vulnera la autoridad de los pueblos indígenas y con ello los principios de etnicidad, diversidad étnica y cultural, así como el principio de maximización de la autonomía, los cuales son tirados por la borda y el juez ordinario dicta una sentencia contraria a la ley.

Para solucionar la problemática por la que atraviesan ambas jurisdicciones, la Corte Constitucional ha enumerado varios derechos fundamentales de las comunidades indígenas,

⁴⁹⁹FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 776.

⁵⁰⁰ El resguardo se constituyó en el año de 1532 y se tiene un registro de 647 resguardos indígenas.

para que estos no se vulneren por ninguna autoridad, por ello es importante la sentencia *SCC n° SU-510/98*:

Primero: El derecho a la identidad étnica, cultural, social y económica, el derecho a la integridad física, establecido en el artículo 12 de la Constitución Política de Colombia.
Segundo: El derecho a la participación ⁵⁰¹en decisiones y medidas que puedan afectar a las comunidades indígenas en lo referente a la extracción de los recursos naturales de sus territorios con fundamento en el artículo 6.15 de la Ley n° 21 de 1991 y el artículo 330 de la Constitución.

Tercero: El derecho a la propiedad de la tierra comunitaria, artículo 63 de la Constitución Política, que a la letra establece: Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Lo anterior se relaciona con el artículo 329.2 que establece que: Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. El resguardo es una figura que se creó en la época colonial con el objetivo de dotar de pleno dominio y propiedad, pero no podían enajenar. Por lo anterior vemos que las propiedades de las comunidades indígenas no se pueden vender o grabar ya que se ha demostrado que la relación que guardan los indígenas con sus tierras es primordial para su desarrollo espiritual individual y colectivo.

Cuarto: El derecho a la vida y a la subsistencia contemplado en el artículo 11 de la Constitución Política, es el principal derecho que se debe proteger ya que, si no se garantiza el derecho a la vida, lo demás está perdido. En cuanto a la subsistencia este tema ha sido relevante ya que no es sólo garantizarles alimentación a los pueblos indígenas, sino que se le protejan como lo han realizado de manera histórica y dentro de su territorio.

⁵⁰¹ El derecho de participación deviene de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT que establece la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas y garanticen la participación de los mismos cuando se trate de temas de medidas legislativas o administrativas, así como de los asuntos que versen sobre los recursos naturales en el territorio ancestral.

Es interesante hacer una aclaración ya que la Corte Constitucional considera a esos cuatro derechos como derechos fundamentales para las comunidades indígenas, pero no considera el derecho a la identidad o diversidad y autodeterminación como derechos fundamentales, estos últimos vendrían siendo colocados como principios rectores para la protección de los derechos indígenas.

En los últimos años el Consejo Superior de la Judicatura y las organizaciones indígenas como la Organización Nacional Indígena de Colombia y la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca concretaron el proyecto denominado “Apoyo a la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo con recursos del Fondo Especial Japonés.”⁵⁰²

Dichas agrupaciones buscaron firmar un convenio que tiene como fin “establecer los mecanismos de coordinación, participación y cooperación para la ejecución del proyecto”, de tal forma que se pueda garantizar los servicios de justicia en los territorios indígenas, evidentemente se formularon muchos supuestos que permitieran una coordinación entre ambas jurisdicciones, lo cual permite que ambas jurisdicciones conozcan sus autoridades, procedimientos y sanciones.⁵⁰³

El proyecto tiene objetivos fijos y claros para llevar por buen camino la coordinación de ambas jurisdicciones, tales como la implementación de escuelas donde ambos sistemas puedan conocer sus autoridades, procesos y sanciones, así como un mapa georreferenciado que permita ubicar a las comunidades indígenas y los sistemas normativos internos que tienen, así como explicar a los indígenas sus derechos, desafortunadamente todos estos buenos intentos no prosperaron hasta que el Congreso de Colombia emita la ley correspondiente.

⁵⁰²ARBELÁEZ DE TOBÓN, L., *La jurisdicción indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el Sistema Judicial Nacional*, Guatemala, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp.15-16 [en línea], <<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Jurisdicci3n+Especial+Ind%C3%ADgena+-+Consejo+Superior+de+la+Judicatura.pdf/c83d6e15-80ac-4398-a834-a3c69a6013ff>>.

⁵⁰³*Idem*.

5.1. Principios para la protección de las comunidades indígenas

Para explicar la importancia que tienen los principios judiciales en materia de derechos indígenas se enunciarán los más relevantes y su aplicación en la justicia colombiana.

5.1.1. Principio de etnicidad o identidad indígena

Es un tema que tiene relevancia en todos los Estados en donde habitan pueblos indígenas ya que el tema de la etnicidad no atiende a definiciones expresas ni a cumplir con particularidades especiales, sino que son rasgos particulares sobre el resto de los demás ciudadanos, por lo que atiende a un tema de identificación de unos con otros, así como compartir una historia común, usos y costumbres ancestrales que forman parte de una cosmogonía.

Por otro lado, la “autoidentificación” se da por el simple hecho de decir que una persona pertenece a una comunidad indígena y que conoce y asume todas las características de la comunidad, lo anterior se puede entender mejor en palabras de Francisco Rojas Birry:

“Es el derecho a seguir conservando la propia forma de ser y de vivir de cada comunidad, de acuerdo con su propia forma de interpretación tradicional de la relación del hombre con la naturaleza y con la comunidad”.⁵⁰⁴

El tema se torna complicado cuando cualquier persona quiere hacer valer el término de etnicidad para obtener una ventaja legal, tan es así que muchas veces las autoridades tienen que concederles los derechos que tienen los pueblos indígenas hasta que se demuestre lo contrario, aunque el asunto se puede complicar para la persona que se auto-adscribe como indígena ya que para ello tendrá que demostrar que conoce los usos y costumbres de la comunidad a la que se adhiere y a su vez que la comunidad lo reconozca como parte de la comunidad.

⁵⁰⁴SÁNCHEZ, E., et al., *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque editores, 1993, p. 23-33.

Conocer la cosmovisión que tiene una comunidad indígena a la que se adhiere no es un conocimiento que se pueda aprender en los libros, ya que toda su cultura se ha caracterizado por medio de la de vía oral, por lo tanto, definir una cosmovisión de ese grupo se logrará siempre y cuando alguien de la comunidad lo quiera compartir con nosotros de viva voz. Además de que algunos elementos de su cultura no son de fácil entendimiento en el mundo occidental, algunos estudiosos del tema han querido fijar parámetros que ayuden a entender la cosmovisión de los pueblos indígenas, lo cual es una tarea difícil pues hay cientos de grupos indígenas que si bien es cierto comparten elementos pero cada una tiene sus diferencias, por ejemplo, la Escuela Intercultural ha dicho que para entender el tema se deben cumplir con cuatro elementos:⁵⁰⁵

1. **El principio de relacionalidad.** Este principio es el más importante para nosotros, sin él no podrían existir los demás. Este principio nos dice que todo está vinculado con todo.
2. **El principio de correspondencia.** Este principio se manifiesta en toda nuestra vida, nos dice que hay un vínculo entre el microcosmos y el macrocosmos.
3. **El principio de complementariedad.** Este principio nos explica más claramente los dos principios anteriores. Como ya sabemos, para nosotros los indígenas, ningún ser, ninguna acción existe por sí misma, sola en el mundo, con otros seres y otras acciones.
4. **El principio de reciprocidad.** Para que todo exista y se mueva con normalidad, existe una justicia cósmica, y ésta se debe repetir en la tierra y en los mundos.

Si leemos de manera literal las cuatro características que debe contemplar la cosmovisión indígena podría parecer que es algo muy sencillo, lo cual es incorrecto. Con base en ello es que expreso a título personal una crítica a la propuesta que plantea esta Escuela, ya que su clasificación resulta limitativa, más no explicativa puesto que no nos permite entender con

⁵⁰⁵ESCUELA INTERCULTURAL DE GOBIERNO Y POLÍTICAS PÚBLICAS. *Módulo de historia y cosmovisión indígena. Guía de aprendizaje colectivo para organizaciones y comunidades*, La Paz, Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, 2007, pp. 55-57.

claridad lo que significa ser indígena ni su definición de cosmovisión, por lo tanto, el tema queda con grandes vacíos conceptuales y descriptivos sobre el tema.

5.1.2. Principio de diversidad étnica y cultural

Se encuentra establecido en el artículo 7 de la Constitución Política de Colombia que, *el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*⁵⁰⁶, contar con una norma de dicho corte es esencial para definir los derechos de los pueblos indígenas frente a los derechos del resto de los ciudadanos, mismos que confluyen en un mismo territorio y bajo un mismo gobierno, pero con una identidad diversa, como son los valores étnicos y culturales.

Anteriormente las Constituciones y demás normas no contemplaban al otro, afortunadamente el concepto de nación monista cambio para que se convirtiera en un Estado pluralista, ya que hemos observado que las culturas no son homogéneas, la identidad cultural es diferente de la otra, pero conviven en un mismo espacio.

Este principio nace de las demandas indígenas que se pronunciaron en la Asamblea Nacional Constituyente, por ello es que se pide que se reconociera la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, dentro de un mismo territorio en donde convivieran todas las culturas, pero que la indígena pueda ejercer su derecho a la autonomía, misma que se va a ver materializada en la jurisdicción indígena, donde se reconozcan sus funciones jurisdiccionales conforme a los usos y costumbres que manejan.

⁵⁰⁶ Es importante resaltar cuando el principio de diversidad étnica cultural prevalece sobre otro derecho, por ello se retoma lo que ha establecido la Corte Constitucional “No cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica o cultural, por cuanto esta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de diversidad étnica y cultural... Las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad”. Sentencia C-139 de 1996.

El principio de diversidad étnica y cultural se relaciona con las múltiples formas de culturas que existen en el mundo y que ellas conllevan a la realización de diversas cosmovisiones que pueden existir en un mismo Estado.

La Corte Constitucional ha buscado maximizar este principio, sin dejar de lado que el mismo sirve como guía de interpretación de la Constitución, el cual debe tener ciertos límites, es decir, en algún momento la colisión de los principios hará que una se maximice y el otro se minimice, lo que dará como resultado que no se contemplen principios absolutos en todos los casos, sino que dependerá de cada situación en concreto.

Con ello se puede decir que el principio de diversidad étnica y cultural siempre debe velar por el interés general, que muchos pueden pensar que no representa a todos sino a un grupo minoritario. Resulta interesante analizar el papel que juegan estos principios al momento en el que los jueces deben tomar decisiones. El interés general no debe interpretarse en el sentido en el que justifique la violación de los derechos fundamentales de unos cuantos individuos, es decir, no puede justificarse el desarrollo social sobre el perjuicio de grupos minoritarios, según los principios democráticos contra el absolutismo y utilitarismo.⁵⁰⁷

Evidentemente el artículo 7 constitucional tiene dos grandes problemas, el primero de ellos versa en su generalidad ya que no permite hacer una determinación, y el segundo tiene que ver con la ponderación de principios constitucionales que al parecer tienen la misma jerarquía. En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional ha optado por aplicarlo al caso concreto, para ello ubica el principio de diversidad étnica y cultural con otros principios que tienen cercanía como los de democracia y pluralismo.

5.1.3. Principio de maximización de la autonomía indígena

El principio de maximización a la autonomía indígena tiene que ver con el artículo 7 constitucional, el cual vela para que las comunidades indígenas tengan mayor autonomía, ya que, si no se les garantiza este derecho entonces el desarrollo y continuidad de dichas

⁵⁰⁷*Ciro Angarita Barón, Colombia núm. T-428, 1992.*

comunidades se pone en riesgo. Por lo anterior, la Corte Constitucional ha buscado desarrollar el principio de maximización en la mayoría de los casos que han sido sometidos a su competencia.⁵⁰⁸

El principio de maximización de la autonomía⁵⁰⁹ busca beneficiar a los pueblos y comunidades indígenas de aquellos intereses personales e incluso estatales, por ello, es que se tuvo que crear dicho principio para beneficiar a los grupos minoritarios y no dejarlos indefensos frente al resto de las colectividades y de los demás ciudadanos.

Lo que se entiende como mayor identidad cultural, es otorgarle mayor solidez a las decisiones que tomen los pueblos indígenas dentro de sus comunidades, lo cual ha logrado mantener la armonía interna de las mismas comunidades, con ello se restringen las demás autoridades que quieran imponerse en la vida interna de las comunidades y a su vez se dejan claros los ejes rectores que debe respetar el sistema jurídico ordinario.

Todo lo anterior permite pensar que la Corte Constitucional de Colombia buscó y busca un mayor respeto en las formas de vida de las comunidades, así como de las instituciones y decisiones de los pueblos indígenas. Lo cual deja en claro que el derecho indígena no es un derecho consuetudinario sino un derecho que tiene un proceso de justicia establecido para resolver sus dilemas internos e incluso podemos pensar que cuenta con criterios reiterativos que permiten que el derecho de las comunidades se siga respetando y aplicando.

El derecho indígena muchas ocasiones es considerado “derecho no estatal” y que se resume como *folk law*, derecho informal entre otras denominaciones peyorativas que se le han dado, y todo esto se debe a que el derecho estatal considera que el derecho ancestral no ha sido creado por el Estado por lo tanto no puede tener vigencia en el territorio. Algunas Constituciones latinoamericanas reconocen al derecho indígena pero no abundan en decir si se debe considerar como derecho complementario o sustitutivo, para el caso del derecho

⁵⁰⁸CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-349/96.

⁵⁰⁹ El principio de maximización de la autonomía es el parámetro que permitirá rescatar de la extinción a las comunidades indígenas, lo que va acompañado de contemplar a estos grupos como personas con derechos colectivos que sin ellos no podrían ejercer su autonomía. T-523/97 relativa a la T-266/99

indígena que está previsto en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia tiene el carácter de sustitutivo.⁵¹⁰

6. TEMAS RELEVANTES DE LA JURISDICCIÓN

Es importante mencionar que muchas de las veces se piensa que la jurisdicción indígena rompe con los principios de igualdad jurídica o de debido proceso, e incluso se piensa que las sentencias que imponen las autoridades indígenas son inapelables, lo cual no es aplicable cuando la jurisdicción indígena sobrepasa los límites legales o los derechos humanos bajo la idea del bloque de constitucionalidad, por ello, es prudente hacer un breve resumen de la competencia indígena, debido proceso y principio de legalidad.

6.1. Competencia

Es importante mencionar que el tema de la competencia indígena es uno de los casos que mayor revuelo causa en la mayoría de los Estados que tienen comunidades indígenas en su territorio, ya que las autoridades del sistema jurídico ordinario así como por parte del sistema indígena tienen problemas al momento de determinar si el asunto es parte de su competencia, lo interesante de ello es que ambos pueden atender los temas civiles y penales, siempre y cuando se determinen los elementos de la persona y de territorialidad.

El primer elemento es el de personalidad consiste en que la persona se auto-adscriba como indígena y se traslade su caso a las autoridades indígenas, el segundo es el de territorialidad que el hecho jurídico o ilícito se haya cometido dentro del territorio indígena, por lo tanto, la autoridad competente para conocer son las autoridades indígenas. Salvo que sea un tema penal que no esté contemplado dentro de la normatividad indígena por lo tanto el asunto será competencia del sistema jurídico ordinario.

⁵¹⁰HOEKEMA, A. J., “Hacia el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El otro derecho*, 2002, núm. 26-27, pp. 63-98, p.68.

En materia penal la Corte Constitucional ha manifestado que si el delito se comete fuera del resguardo indígena (territorio indígena) primero se debe saber si la persona se reconoce como indígena, por ejemplo, que le cuesta trabajo expresarse en castellano, que conoce los usos y costumbres de la comunidad indígena a la que se auto-adscribe, así como que la comunidad indígena se pronuncie a favor de esa persona y que forma parte de la comunidad.

Si el acusado cumple con los elementos de conciencia étnica, el individuo puede ser juzgado de conformidad con las normas y costumbres de la comunidad indígena, este argumento ha sido valorado por la Corte Constitucional Colombiana con el objetivo de no violentar la autonomía de los pueblos indígenas así como la jurisdicción indígena que está plenamente reconocida en la Constitución colombiana.⁵¹¹

6.2. Debido proceso

El debido proceso debe estar presente en las normas de las comunidades indígenas, es decir, no importa lo que digan las autoridades indígenas ni que establezcan tradicionalmente los usos y costumbres de la comunidad, estas siempre deben estar acorde con lo que establece la Constitución Política de Colombia y los Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, así como lo que establece el artículo 29 de la máxima norma del Estado colombiano, que a la letra establece:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un

⁵¹¹M.P. Jaime Córdoba Triviño, Colombia, núm. T-728/2002

abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgados dos veces por el mismo hecho”.

Claro ejemplo de lo anterior es que las autoridades indígenas no pueden poner como sanción el destierro de un miembro o de una familia del territorio que ocupa la comunidad, sin mencionar que la prisión perpetua está prohibida ya que son sanciones que vulneran los derechos humanos de los pueblos indígenas.

6.3. Principio de legalidad

Retomando parte de las sanciones mencionadas anteriormente, la individualidad de la pena o de la sanción es necesaria. Cuando las autoridades indígenas imponen una sanción (por llamarlo así ya que para ellos no existe el termino de sanción sino más bien es un tipo de reparación a la comunidad), la misma debe ser individualizada ya que el acto de un indígena no puede condenar a toda la familia, pues muchas de las veces las autoridades indígenas exceden de sus facultades y la pena no sólo es aplicable para el infractor sino que es aplicable para toda la familia. Lo que genera que esos individuos se alejen de la jurisdicción indígena y se acerquen a la jurisdicción ordinaria para que el indígena promueva una acción de tutela en contra de la sentencia de la justicia indígena.

Las acciones de tutela interpuestas por un indígena no rompe con el respeto a la autonomía que la Constitución le otorga a las comunidades indígenas, sino que se busca el pleno respeto a la normatividad y convivencia de los dos sistemas dentro de un mismo Estado, pero sobre todo que buscan la protección de los derechos humanos de las víctimas, además de salvaguardar intereses de superior jerarquía como lo son la vida, la prohibición de penas inusitadas, evitar la tortura o buscar el debido proceso en todos los casos que conozcan las autoridades indígenas.

7. RESGUARDOS INDÍGENAS

El resguardo es una figura que nació en la época colonial y su función era netamente asignar territorios a los indígenas, lo cual nunca se hizo de manera formal, sino que se hacía conforme a los límites en los cuales se debían asentar los indígenas. Realmente el resguardo no era una figura que subyugara a los indígenas, sino que en realidad era una institución propensa a destinar un lugar donde pudieran vivir, es por ello que el primer presidente de Colombia, Simón Bolívar por decreto de 20 de mayo de 1820 declara la devolución de los resguardos a los indígenas.⁵¹²

Después de la lucha de independencia se quieren abolir las figuras de la colonia, entre ellas la esclavitud y los resguardos, con ello se pensaba dar paso a la constitución de la propiedad privada, las libertades individuales, la democracia y la libre empresa.⁵¹³ A partir de esa época el resguardo indígena va a ir perdiendo poder, esa figura que se veía como un candado para las comunidades indígenas implicaba una verdadera protección para su desarrollo.

Realmente en cuestión de la política del Estado durante los siglos XVIII y XIX observaremos que es un deseo constante terminar con los resguardos e incorporar a los indígenas a los nuevos destinos del Estado moderno, tan es así, que dicha política se basaba en la vieja Ley 89 de 1890 para incorporar a los indígenas a la sociedad nacional, idea que se refrendaría con la Ley de 200 de 1936 que introdujo la extinción del dominio territorial, de igual manera la Ley del 81 de 1958 autorizó a los consejos municipales segregar los resguardos, para el año de 1961 el decreto 2413 seguía firme con la segregación de los resguardos,⁵¹⁴ y será entonces hasta la conformación del congreso de 1991 que el resguardo retome un derecho colectivo de los pueblos indígenas.

⁵¹²FRIEDE, J., *El indio en lucha por la tierra*, Bogotá, 3ª ed., Punta de Lanza, 1976, p.153.

⁵¹³FALS BORDA, O., *Una sociología sentipensante para América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI- CLACSO, 2005, p.62.

⁵¹⁴CORREA, F., y ACERO. S., “Proyecciones del Instituto Indigenista de Colombia en la División de Asuntos Indígenas”, *Baukara: Bitácoras de Antropología e Historia de la Antropología en América Latina*, 2013, núm. 3, pp. 83-98, p.86.

El resguardo indígena tiene el reconocimiento constitucional de 1991 debido a la importancia que tiene para la comunidad indígena la propiedad colectiva ya que sí se reconoce el derecho de propiedad colectiva tal como lo afirma la sentencia SCC T-188/93:

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.⁵¹⁵

Los resguardos indígenas son de propiedad colectiva y son inalienables, imprescriptibles e inembargables; la mayoría de las veces está integrada por una o más comunidades indígenas con un título de propiedad colectivo que para efectos de Derecho tiene la calidad de propiedad privada.⁵¹⁶

Las autoridades que gobiernan en este tipo de propiedad son las autoridades tradicionales bajo el nombre de cabildo indígena, elegidos conforme a sus formas y procedimientos internos que tienen los miembros de la comunidad; la principal función del cabildo es la de representar legalmente a la comunidad y realizar las actividades que le facultan las leyes, usos, costumbres y el reglamento interno de la comunidad.⁵¹⁷

Para comprender de mejor manera qué se entiende por resguardo indígena se debe citar la definición del mismo que se contempla en el artículo 21 del Decreto 2164 de 1995 que a la letra establece:

⁵¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-188/93.

⁵¹⁶ REMOLINA, J. P., *Descentralización y entidades territoriales*, Bogotá, IEMP ediciones, 2011, p. 55.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 56.

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo.

Es así como la figura del resguardo pasa a ser parte de la regulación que implementa el Instituto colombiano de Desarrollo Rural para proteger la propiedad colectiva de los territorios indígenas con el fin de garantizar la integridad cultural, social, política y económica de los pueblos indígenas.

Los indígenas han podido rescatar la figura de los resguardos,⁵¹⁸ sin embargo es una institución que ha sido siempre atacada, y las promesas de crear resguardos con mayor extensión territorial se ha incumplido, lo que ha llevado a que el texto constitucional quede olvidado, sin mencionar que el artículo 332 del mismo texto quita toda la posibilidad a las comunidades indígenas de decidir sobre los recursos no renovables que haya en su tierra en virtud de que estos pertenecen al Estado.

Lo anterior está relacionado con la entrada o salida de determinadas personas a su territorio⁵¹⁹, en este caso si es un grupo de extraños que se quieren adentrar a su territorio para talar o extraer los recursos naturales, definitivamente la respuesta de la comunidad será negativa, e incluso han existido momentos en que el Estado se ha querido imponer a la construcción de carreteras por su territorio y la Corte Constitucional ha impedido esa trasgresión a su territorio, hay casos en que de manera opuesta la Corte ha tenido que pronunciarse y permitir la intromisión de extraños al resguardo para atender temas de seguridad nacional⁵²⁰.

⁵¹⁸ El tema de los resguardos ha sido un tema que ha tomado mucho tiempo de discusiones legislativas y políticas en torno a la conformación de los resguardos indígenas en el Estado, por ello la Corte Constitucional ha tenido que retomar el tema diversas ocasiones, siempre protegiendo el resguardo indígena, tal como lo señala la T-652 de 1998.

⁵¹⁹ Consultar las sentencias T-257 de 1993, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998.

⁵²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-405 de 1993.

El segundo tema ha sido un ir y venir en cuanto se refiere a la extracción de los recursos naturales porque en algunas ocasiones se justifica la intromisión de personas extrañas al resguardo, salvaguardando el derecho a la consulta y con aprobación de la comunidad, pero han existidos casos como el de la sentencia SU-037 de 1997 en donde no se contó con la aprobación de la comunidad y se tuvo que permitir la entrada de extraños para explotar los recursos naturales del territorio de la comunidad indígena.

En ese mismo sentido se puede decir que la Corte ha favorecido siempre la definición amplia del territorio, en lugar de considerar sólo el resguardo como el espacio donde las comunidades pueden ejercer sus derechos de manera constitucional, la Corte ha buscado que se aplique el concepto del territorio habitualmente ocupado por la comunidad, lo cual le da un amplio margen territorial a las comunidades indígenas para que puedan ejercer su forma de organización social, cultural y política.

El Decreto 2001 de 1998 permite entender el punto de partida de la Corte respecto al tema del territorio indígena que lo define como “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”.

Bajo esas disposiciones y los criterios jurisprudenciales se ha logrado dar una mayor protección a las comunidades indígenas pese a que los resguardos siguen sin delimitarse y titularse dichos territorios a favor de los indígenas.

7.1. Resguardo Indígena Embera-Chamí - Caso emblemático

Es importante mencionar que el reconocimiento de la jurisdicción indígena deviene del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, aunque realmente la promulgación de la Constitución Colombiana de 1991 fue el baluarte para las comunidades indígenas, ya que ese documento jurídico buscó que el sistema jurídico nacional y el sistema indígena logaran convivir en un mismo Estado.

Se puede decir que la Constitución de 1991 es un texto con amplios derechos humanos para las comunidades indígenas ya que realizó un cambio de paradigma en los operadores jurídicos, tan es así que la Corte Constitucional de Colombia ha logrado con la figura de la Tutela, dejar sentencias que justifican y defienden la importancia de la jurisdicción indígena.

Aunque el problema no se ha terminado del todo, ya que aún existen jueces y demás personal del poder judicial que se niega a aceptar la competencia de la jurisdicción indígena, e incluso se llegan a ver demasiado legalistas, pues mencionan que para que la jurisdicción indígena sea operable en los tribunales nacionales se debe expedir una ley que permita establecer las jerarquías de jurisdicciones así como la manera en que se seguirían los procedimientos, lo cual es aberrante ya que la Corte Constitucional ya se ha manifestado al respecto diciendo que la jurisdicción indígena convive con el sistema nacional y reconoce la autonomía de las comunidades indígenas.

El problema de los jueces u operadores jurídicos que no quieren reconocer la jurisdicción indígena viene de un problema de conceptualización ya que el derecho romano-germano canónico nos dejó en claro que el sistema que tienen las comunidades indígenas es el derecho consuetudinario, que si bien se le asignó como una fuente del derecho o como un derecho que no se debe tomar solo como una fuente de derecho, la idea fue impuesta hace varios siglos pero el paradigma del derecho cambio y ahora los Estados reconocen el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas no como una fuente del derecho sino como un sistema que cuenta con sus propias normas (que muchas de las veces no son escritas) que sirven para resolver los conflictos mediante las autoridades propias de la comunidad indígena.

El resguardo indígena Embera-Chamí de Cristianía del Departamento de Antioquia, es un tema que merece la pena ser analizado porque ha logrado plasmar sus costumbres de manera escrita, así como la forma en que resuelve los conflictos a través del documento que se conoce como Constitución Embera.

Antes de entrar al tema de la materia, se hará una breve descripción de lo que es la comunidad de Cristianía que pertenece al grupo de los Embera-Chamí. Es una comunidad de 1.246 habitantes, con un territorio aproximado de 407.75 hectáreas, de las cuales 72 6009 son de ocupación tradicional y 250-6175 son de predios devueltos por el Estado, parte de sus territorios es reguardo indígena mientras que el resto no tiene un título reconocido por parte del Estado. La mayoría de la comunidad se dedica al cultivo de café, caña y ganadería.⁵²¹

El Estudio que presentó María del Pilar hace un análisis de la comunidad, en donde explica que la comunidad tiene una forma de organización tradicional como son las parentelas, donde cada una tiene su jefe, el cual funciona como autoridad interna y se relaciona con los otros jefes. Después del intercambio cultural que existió entre mestizos e indígenas se instauró la figura del cabildo, figura que pasó a ser la autoridad centralizadora que representaba a la comunidad pero que con el paso del tiempo se convirtió en autoridad máxima y representante de la comunidad. Al final se hizo una división tripartita de cabildos: los familiares, locales y mayores.⁵²²

Los primeros estaban representados por la autoridad del padre y ancianos, pero no funcionaban como representantes ya que los cargos de tesorero y alguacil eran repartidos entre los miembros de la familia y no se solucionaban los problemas. Los cabildos locales están integrados por el conjunto de familias, que muchas de las veces no representan a todas las familias y eso le restaba legitimidad y poder. Por último, está el cabildo mayor que está conformado por los representantes y administradores de justicia en temas que no podían resolver las familias o las comunidades.

Es importante resaltar que los cabildos fueron impuestos en la década de los 70 en la comunidad de Cristianía pero no resolvieron los problemas de la comunidad, sin embargo,

⁵²¹VALENCIA G., M. del P., “Justicia embera, identidad y cambio cultural. Reflexiones en torno a una experiencia”, *El otro derecho*, 2002, núm. 26-27, pp. 113-134, p. 118.

⁵²²*Ibidem*, pp.-119-120.

era una figura que los indígenas de cierta manera reconocían como suya, por lo que era necesario conservarla y dotarla de autoridad y representatividad entre ellos.⁵²³

Lo primero que se hizo para solucionar el tema de la dilación o no resolución de los conflictos en la comunidad fue hacer un listado de los mismos y dividirlos de la manera, que a continuación se cita:⁵²⁴

Problemas familiares: abandono de menores, atropellos a las mujeres, violaciones a niños y niñas, discusiones y peleas en el hogar, padres y madres que aceleran la prostitución de sus hijos, falta de educación e irrespeto.

Territorio y ambiente: quemados de cultivos y monte, destrucción de bosques, herencia y parcelaciones, desechos y contaminación, aplicación de químicos, adjudicaciones de tierras, destrucción de fuentes de agua.

Jaibanismo y maleficio: el jai malo es el uso indebido del chamanismo, el cual se puede dar de distintas maneras: jai por envidia, jai por desacuerdo, jai por competencia de conocimiento, jai de mentiroso o por encubrimiento y maleficio por odio o venganza.

Gobierno y administración: falta de etnoeducación, falta de planeación y cronogramas de trabajo, falta de apropiación de la comunidad a su autoridad y programas, falta de manual de funcionamiento del cabildo.

Control social y delitos: lesiones personales, faltas contra la integridad moral, violación sexual, homicidio, robo, chismes y calumnias.

La Constitución Embera clasificó las faltas y su gravedad en 3 clases⁵²⁵, esto es importante ya que de ello dependerá si puede haber conciliación;

⁵²³*Ibidem*, p. 121.

⁵²⁴*Ibidem*, p. 123.

⁵²⁵*Ibidem*, p.124.

Errores o faltas leves: son investigados y resueltos por la Consejería de Control Social del cabildo.

Faltas medianas: regularmente son resueltos por el Consejo de Conciliación y Justicia.

Faltas graves: se determinó que son el homicidio, el jai malo, la violación sexual, el abuso de autoridad y mal manejo de los recurso y bienes de la comunidad y la destrucción de los bosques. Estos temas serán llevados a la Asamblea de la comunidad cuando el grupo no pueda resolverlos.

Es importante dicha clasificación, pues la misma permite determinar si es posible o no la conciliación, así como la instancia que conocerá del caso o sí es necesario que la asamblea comunitaria se reúna para resolverlo, así como la posibilidad de que el asunto se turne a la competencia ordinaria. Por lo tanto, si el indígena es considerado culpable y merece sanción privativa de la libertad, serán enviados a las cárceles Kapuría.

La Constitución Embera es importante porque determina si el sistema de justicia nacional (kapuria) o el sistema de justicia indígena se debe aplicar, de acuerdo con el artículo 246 de la Constitución y las sentencias T-254 de 1994 y T-349 de 1996, es decir, si los hechos ocurrieron en territorio indígena y si los implicados son indígenas, la competencia pertenece a la jurisdicción indígena.

Es muy interesante la reformulación que se hizo con las autoridades de la comunidad indígena, ya que no están alterando el orden tradicional u obligándolos a adoptar autoridades extrañas a ellos, ya que las autoridades en la comunidad seguirán siendo:

- Cabildo, retomo su papel de autoridad en la resolución de conflictos y de representante de la comunidad;
- Consejería de Control Social del Cabildo, tomado del *ituadé*, que era el anciano que reunía a las partes y las invitaba a llegar a un arreglo;
- La Asamblea, sigue siendo la más importante ya que ante ella se enunciarán los casos que se someterán a la justicia estatal, a los que fueron condenados a cárcel de

los kapurias y en caso de que exista conciliación en algún asunto se lo harán saber, y;

- La nueva figura que se reconfiguro que fue el Consejo de Conciliación y Justicia, este se encarga de resolver conflictos que se presenten entre indígenas dentro y fuera del territorio ancestral. Esta autoridad puede remitir el asunto a las autoridades estatales, además de que puede pedir ayuda a la Fiscalía General de la Nación y otras dependencias del gobierno.⁵²⁶

El Cabildo y el Consejo de Conciliación de Justicia deben buscar la conciliación; recordemos que la conciliación no procede cuando hay violencia, y en caso de que la conciliación no sea aceptada por las partes, la sanción puede ir desde una amonestación pública, multa, inhabilitación para ejercer cargos dentro de la comunidad, trabajo comunitario, trabajo comunitario con dormida en calabozo y calabozo (dicha pena se debe de quitar por que se vulneran los derechos humanos de las personas, así como también se establece que se le prohíbe a las autoridades de la comunidad poner pena de muerte, tortura o esclavitud).⁵²⁷

Los Nükakmakü

Los pueblos que pertenecen a la familia Makú-puinave son los nukak, kakua, hupdu, juhup, dow, nadöb y puinave, los nukak son denominados como makú, pero además el término de makú se usaba en el siglo XVIII de manera indiscriminada por viajeros, cronistas o investigadores para referirse a los grupos de personas que eran capturadas para servir como esclavos.⁵²⁸ La existencia del pueblo nükak en específico durante el periodo de la colonia no tuvo acercamiento con los conquistadores por ello mismo no se mencionan en la literatura etnográfica.⁵²⁹

⁵²⁶ *Ibidem*, pp. 125-126.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 127.

⁵²⁸ CABRERA, G., FRANKY, C. y MAHECHA, D., *Los nukak: nómadas de la Amazonía colombiana*, Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Fundación Gaia Amazonas, 1999, pp. 29-30.

⁵²⁹ GUTIÉRREZ, R., “Los nukak y el derecho a su territorio”, *Hechosdecallejón*, 2009, núm. 45, pp. 10-11, p.11.

Habitaban en la selva de Guaviare, la cual se localiza entre el río Inírida y el río Guaviare, por sus características especiales como pueblo nómada el Estado colombiano determinó en el año de 1993 constituir en esa zona el resguardo Nükak, el cual tiene una extensión de 632.160. 0000 hectáreas.⁵³⁰ Después de cuatro años el área fue ampliada a 322.320 hectáreas hacia el oeste de San José Guaviare para conformar un total de 954.480 hectáreas, se puede pensar que el territorio es amplio pero dado a los actos administrativos del gobierno como no contemplar los límites territoriales se realizaron traslapes de tierras y de acuerdo a los datos exactos sólo se cuentan con 21.455 hectáreas reales del resguardo.⁵³¹

Al percatarse el Estado del desplazamiento forzado⁵³² por el que estaba pasando el pueblo nómada decidieron constituir la reserva, donde se pueden desarrollar los nükak de manera nómada, lo cual pudo haber sido una garantía pero que limitó su derecho de supervivencia a un espacio determinado de 855 hectáreas, así como a una cacería limitada, recolección controlada, dado que muchas especies de fauna y flora de la reserva están protegidas.⁵³³

Su principal actividad se centra en ser cazadores, recolectores y horticultores, una vez que se terminan los recursos de dicha zona se trasladan a otro territorio. Las actividades están divididas por género, la caza, la pesca y la tala de árboles son actividades masculinas, la preparación de los alimentos son tareas del sexo femenino, aunque hay actividades que realizan juntos como la recolección de vegetales, miel e insectos.⁵³⁴

Para los integrantes de este pueblo es relevante mantenerse en su territorio ya que este le genera todos los alimentos necesarios para su subsistencia, ya que los frutos los generan los árboles de la selva, así como los micos que cazan con las cerbatanas que tienen tres metros

⁵³⁰ INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, Resolución 136 del 23 de noviembre de 1993.

⁵³¹ CASTAÑEDA, P., “Los nukak, un pueblo que agoniza”, *Semana Rural*, 2019, s.p. [en línea], <<https://semanarural.com/web/articulo/conozca-las-razones-por-las-que-los-nukak-estan-en-peligro-de-extincion/994>>, [consulta:10 de mayo, 2021].

⁵³² La Corte Constitucional colombiana ha mencionado que al menos 34 grupos indígenas están a punto de desaparecer a causa del conflicto armado que se vive en el país. *Idem*.

⁵³³ CABRERA, G., FRANKY, C. y MAHECHA, D., *op. cit.*, nota 87, p. 211.

⁵³⁴ HENAO, DIEGO, “Los nükak: un pueblo nómada, aislado y reducido fuera de su territorio”, documento presentado en la Reunión Internacional “Hacia el planteamiento de políticas públicas y planes de acción para garantizar el derecho a la salud de los pueblos en aislamiento y contacto inicial de la Amazonia, el Gran Chaco y la región Oriental del Paraguay”, celebrada en Quito, Ecuador, entre el 19 y 20 de 2007.

de largo y que con un poderoso venoso logran tirar a los animales de la copa de los árboles que hay en toda la selva amazónica. Sumado a ello que los grupos familiares que hay en este pueblo indígena mantienen una estrecha relación con sus alimentos ancestrales lo que está ocasionando que las personas estén desnutridas, pese al apoyo de despensas que reciben del gobierno, los indígenas no se lo comen porque lo consideran inapropiado.

Tienen una organización sociopolítica basada en grupos domésticos, cada grupo local tiene un espacio determinado⁵³⁵ y está a cargo de un líder reconocido por los miembros de los grupos domésticos, la pertenencia al grupo se hace por medio del principio patrilineal, hasta el momento se han localizado 7 grupos locales que tienen subdivisiones, pero no rebasan los 50 miembros, que en total puede ser una población de 600 miembros.⁵³⁶ De acuerdo con el informe de Diego Henaó el pueblo nukak ha sufrido una drástica reducción en su población, durante los últimos 20 años cuando los indígenas tuvieron que abandonar su territorio y empezaron a tener contacto con los mestizos, la población se redujo en un 46%, y posteriormente a una tercera parte, quedando tan solo 221 personas.⁵³⁷

La forma en que toman las decisiones es de manera colectiva y oral, pero quienes no las comparten no están obligados a acatarlos.⁵³⁸ Su lengua original es inteligible, lo cual ha llevado a muchos lingüistas a relacionarlos con la familia Makú-puinave, aunque otros más afirman que no hay relación con esa familia lingüística. Otro de los grandes problemas que está ocasionando es que no se puede generar una comunicación mutua entre los miembros de la comunidad, ya que algunos de los nuevos miembros están perdiendo el aprendizaje de la misma.⁵³⁹

⁵³⁵ En abril de 2009 el Estado Colombiano ratificó la Declaración de los Pueblos Indígenas, con ello se obliga a proteger el derecho a la vida, artículo 7, a la integridad física, artículo 8, a que no se les obligue a abandonar su territorio, artículo 10, a respetar el derecho de vivir, poseer y trabajar su territorio ancestral, artículo 26.

⁵³⁶ ÁLVARO ANDRÉS SANTOYO, Sensibilizando la opinión pública: estrategias mediáticas en el Plan de Atención humanitaria de Emergencia al pueblo nukak-maku, consultado en <https://www.redalyc.org/pdf/557/55740044003.pdf>

⁵³⁷ HENAO, DIEGO, “Los nukak: un pueblo nómada, aislado y reducido fuera de su territorio”, documento presentado en la Reunión Internacional “Hacia el planteamiento de políticas públicas y planes de acción para garantizar el derecho a la salud de los pueblos en aislamiento y contacto inicial de la Amazonia, el Gran Chaco y la región Oriental del Paraguay”, celebrada en Quito, Ecuador, entre el 19 y 20 de 2007.

⁵³⁸ MAHECHA, D., y FRANKY, C. (eds.), *Los nukak, el último pueblo de tradición nómada contactado oficialmente en Colombia*, Colombia, IWGIA, 2011, p.236.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 33.

Es interesante ver cómo perciben la muerte, ya que este pueblo nómada considera que hay varios espíritus que viven en el cuerpo, en el momento de la muerte uno puede ir al mundo de arriba y es considerado bueno, otro va al mundo de abajo e incluso es considerado bueno, hay otro espíritu que se queda en el mundo terrenal y es considerado malo. Evidentemente este culto a la muerte va desarrollado con la cosmogonía que tiene su cultura, lo cual permite que mantengan una relación con los espíritus por medio de un alucinógeno que les permite comunicarse con ellos. Algo que es distinto a los otros indígenas es que el cuerpo de la persona se debe enterrar donde murió, aunque la persona no haya fallecido en el territorio del pueblo, además de que una vez que fallece los familiares deben deshacerse de todos los bienes del *de cuius* para que no tenga nostalgia y regrese por ellos o por otros parientes.⁵⁴⁰

Un rito que es muy frecuente en el grupo de estudio son los suicidios, esta práctica es común entre los miembros del grupo y se puede generar por cuestiones personales, muerte de un pariente cercano, chismes, acusaciones o por ira exagerada; cuando la persona se quiere suicidar tiene que hacer anuncios públicos para que sus parientes puedan disuadirlo, si no logran convencerlo de cambiar de opinión, el hombre se suicida con barbasco y las mujeres con agua de yuca brava, aunque dicha práctica ha cambiado debido al cambio de prácticas que han tenido que afrontar con la occidentalización, ahora, ocupan metavin, jabón en polvo o gasolina.⁵⁴¹ Se han documentado casos en que varios nükak han decidido suicidarse debido a la pérdida de su territorio y de sus costumbres, así como a la negativa que les da el gobierno a sus demandas.⁵⁴²

La organización sociopolítica que tienen es poco reconocida por los estudiosos del tema, pero cuentan con figuras como la capitanía o el cabildo, la cual se genera por las cuestiones del parentesco, como se sabe es una organización política local que desempeña el hombre mayo de la familia por territorio, es decir, van a existir diversos líderes familiares en lo

⁵⁴⁰*Idem.*

⁵⁴¹*Idem.*

⁵⁴²20 MINUTOS, “El líder de una tribu nómada colombiana se suicida para que su pueblo regrese a la selva”, en 20 minutos, 26 de octubre, 2006 [en línea], <<https://www.20minutos.es/noticia/166233/0/suicidio/nukak/colombia/>>, [consulta: 9 de mayo, 2021].

ancho del territorio indígena, cada grupo es autónomo y el líder se llama *we`baka* “líder verdadero”.

La condición que se le exige a esta persona es que tuvo que haber nacido en el territorio que pretende liderar, ser hombre adulto, tener una unión marital con hijos, tener conocimientos especializados sobre el cosmos, el territorio y ser un buen cazador. Los grupos se rigen bajo el sistema de jerarquías sociales basados en la edad, el género de las personas, lo cual determinará el peso de las opiniones dentro del grupo, el número de alimentos que pueden tomar, así como el tipo de reciprocidad y tipo de normas que los regularan, por ejemplo, los hombres casados con hijos tienen una participación activa mientras que las mujeres maduras viudas gozan de un estatus alto, mientras que las adolescentes solteras y huérfanas tienen estatus bajos.⁵⁴³

Tener un determinado territorio, conocido como *müüiyi ye*: “*casa/hogar selva*” para el pueblo significa que el líder del clan puede ejercer el poder para determinar la unión familiar y política así como mantener la relación de las historias con el territorio, los nombres de los sitios antiguos, salados, cerros o corrientes de agua, lo que mejor se puede conocer como sitios sagrados, que están habitados por los espíritus de sus muertos. Por eso se piensa que los grupos de los nómadas son pequeños porque están constituidos por sólo miembros de la misma, lo cual nos lleva a entender por qué el gobierno colombiano no puede unir varios clanes en un mismo territorio ya que esto ocasionaría problemas de gobierno, de respeto a sus muertos, de alimentación y de toma de decisiones.⁵⁴⁴

Se dice que la primera aparición de este pueblo se dio en el año de 1965, cuando un colono capturo a una pareja de esta tribu, para demostrar el hurto de sus bienes. Después de ahí los nómadas se refugiaron en la selva, fue en ese momento cuando los académicos se interesaron en estudiarlos, lo cual ha llevado a construir diversas teorías, y hay algunas anécdotas sobre que son carnívoros y que les gustaba comerse a los hombres blancos.⁵⁴⁵ Lo

⁵⁴³MAHECHA, D., y FRANKY, C. (eds.), Los nukak, el último..., *op. cit.*, nota 97, p. 33.

⁵⁴⁴*Ibidem*, p.35.

⁵⁴⁵CABRERA, G., “Los nukak: de caníbales a indígenas. Itinerario de una excursión”, *Aquí y ahora*, 2002, núm. 2, pp. 112-118 [en línea], <https://www.researchgate.net/publication/297265445_Los_Nukak_de_canibales_a_indigenas_Itinerario_de_una_exclusion>.

cierto, es que los primeros contactos que tuvieron los nükak se realizaron con colonos que llegaban a sus territorio se establecían en el para formar una comunidad, hecho que traía altercados entre las dos culturas.

Posteriormente, en el año de 1971 la Misión Nuevas Tribus se encargó de establecer una oficina en el Guaviare para mantener relaciones con los nükak y empezar a estudiarlos.⁵⁴⁶

Evidentemente que dicho descubrimiento llamo la atención de los estudiosos del tema y como plantea Franky, los académicos querían tener contacto con ellos pero la primera postura presentaba de civilizarlos y adentrarlos a la modernidad para que entraran al “bienestar”, “progreso”, mientras que la segunda postura los quería conservar, preservar su cultura.⁵⁴⁷

Uno de los graves problemas por los que atraviesa esta colectividad se debe al cultivo de la cocaína por parte de los grupos de narcotraficantes y de grupos armados. Se tiene documentada la aparición de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), quienes llegaron al territorio de los nükak y empezaron a talar árboles para ampliar el sembradío de cocaína.⁵⁴⁸ Sumado a ello que en el año de 1997 los grupos paramilitares autodenominados Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), llegaron al territorio y mantuvieron una guerra por el control del Medio Guaviare.⁵⁴⁹

Se tiene registro de la aparición de este pueblo en el año de 1988 considerado como un grupo nómada de 1400 personas que se tuvieron que trasladar hacia la urbanidad por cuestiones de una gripe que estaba matando a su comunidad⁵⁵⁰, otros afirman que fue por cuestiones del conflicto armado que se vive en el territorio, debido al cambio de vida que han sufrido y las epidemias que han tenido que enfrentar se calcula que sólo quedan como 500 o 600 pobladores.

⁵⁴⁶MAHECHA, D., y FRANKY, C. (eds.), Los nukak, el último..., *op. cit.*, nota 97, p.8.

⁵⁴⁷FRANKY CALVO, C. E., “Mi gente, la otra gente y los otros”, *Revista antropología y arqueología*, Vol. 12, 2000, núm. 1-2, pp. 40-73, p.68.

⁵⁴⁸CABRERA, G., FRANKY, C. y MAHECHA, D., *op. cit.*, nota 87, p. 67.

⁵⁴⁹MAHECHA, D., y FRANKY, C. (eds.), Los nukak, el último..., *op. cit.*, nota 97, p.6.

⁵⁵⁰CABRERA, G., *op. cit.*, nota 104, pp. 112-118.

El primer desplazamiento forzado de un grupo nükak registrado por las autoridades estatales se realizó en el año de 2002 y esto se debió a los enfrentamientos armados entre las FARC y las AUC. Aunque para ese momento no se consideraban desplazados, quizás porque sólo arribaron 28 personas de la región de Charras y Charrasquera para establecerse por un mes en San José del Guaviare para después retornar a su lugar de origen.

El segundo desplazamiento ocurrió a mediados del mes de enero de 2003, cuando esas primeras familias que se desplazaron de charras llegaron por segunda ocasión a san José del Guaviare. Con el paso del tiempo se fueron concentrando grupos de 15 a 20 personas en dicho territorio para dar un total de 40 personas desplazadas. El Comité de Atención a la Población Desplazada analizó la situación y decidió reubicarlos en el resguardo indígena del guayabero la María, esto traería complicaciones entre los habitantes del resguardo que pertenece a los *hiw* con los nükak y a las inundaciones que se vivieron en el territorio, lo que llevó a tomar la decisión de trasladarlos a otro resguardo llamado el Refugio.

El tercer desplazamiento ocurrió en el mes de abril de 2005, cuando 14 personas del grupo nükak *wayarimuno* llegaron a San José Guaviare por múltiples razones, pero la más importante por los conflictos que tenían con las FARC, así sucesivamente se van a ir presentado desplazamientos de personas hacia San José con la idea de encontrar seguridad, alimentos, medicinas⁵⁵¹ y una reubicación;⁵⁵² lo cierto es que el Estado colombiano tardó mucho en tomar las medidas prudentes para garantizar la seguridad del pueblo nükak y no podemos decir que hizo lo oportuno para restituirles su territorio.

La intervención del Estado para proteger el territorio, así como la cosmogonía de este pueblo se hizo de manera tardía, por lo que muchas de las veces los esfuerzo y planes que se querían implementar con el pueblo nómada no tenían el respaldo y protección de las instituciones, va a ser hasta el año de 2006 que la Procuraduría General de la Nación demanda al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada para que

⁵⁵¹ El reconocimiento a sus prácticas medicinales ancestrales ha sido un tema que se ha estudiado en la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-214 de 1997.

⁵⁵² MAHECHA, D., y FRANKY, C. (eds.), *Los nukak, el último...*, *op. cit.*, nota 97, pp. 12-14.

presente un “plan de atención efectivo, especial y diferenciado para los nükak desplazados y en riesgo de desplazamiento”.⁵⁵³

Muchos de los integrantes del pueblo nómada tuvieron que aprender a sobrevivir en un ambiente distinto al de ellos, es decir, al ya no contar con los medios de supervivencia que les provee la tierra, así como su cercanía con la urbanidad los nükak empezaron a pedir ropa, comida regalada en las calles o plazas, así como a pedir dinero en las plazas comerciales, suceso que han desarrollado con mayor frecuencia los niños, los cuales han construido grupos de menores para deambular por la ciudad y buscar su supervivencia. Lo anterior ha ocasionado que sean acosados e incluso que los miembros de las AUC y de las FARC los contacten para ser reclutados, hechos que han sido reportados por la Naciones Unidas en el año de 2008.⁵⁵⁴

7.2. El retorno

Durante los años 2003, 2005 y 2007 se trató de regresar a los nükak a su territorio de origen con la finalidad de que ellos pudieran recuperar su vida, lo cierto es que este esfuerzo se quedó inconcluso para la mayoría de ellos debido al control territorial que tiene las FARC sobre este territorio. Para el año 2008 el pueblo nómada intentaría una vez más regresar a su territorio, pero dicho intento no se consolidaría debido al exceso de poder que tiene las FARC sobre el mismo, sumado los informes que relatan que otros pueblos vecinos habían sido desplazados del territorio como son los hiw y los sikuani.⁵⁵⁵

En el año 2009 el gobierno colombiano intentó una vez más regresar a algunos miembros del pueblo nükak a su territorio. Esta vez se haría con programas sociales que garantizara su salud, una educación bilingüe, así como otras condiciones que permitieran que su alimentación fuera la correcta, sin embargo, las FARC consideraron que ese retorno no

⁵⁵³Directiva No. 005 del 18 de abril de 2006.

⁵⁵⁴MAHECHA, D., y FRANKY, C. (eds.), Los nukak, el último..., *op. cit.*, nota 97, p.14.

⁵⁵⁵*Ibidem.*, pp. 19-21.

podría realizarse puesto que consideran que los indígenas podrían actuar como espías del gobierno y eso pone en riesgo al grupo guerrillero.⁵⁵⁶

Para el año de 2011 las dos familias *meumuno* que se habían establecido en Villa Leonor se mantienen en ese territorio, los *wayarimuno* continúan en Agua Bonita, ambos localizados a las orillas de San José del Guaviare. Además de estos dos casos de éxito los demás miembros del pueblo indígena no han podido regresar a su territorio, pese a los intentos institucionales y al deseo de los mismos miembros de la comunidad,⁵⁵⁷

En el año de 2014, la defensoría del pueblo informó que los Nukak sufrieron del desplazamiento forzado, debido a la guerrilla que se vive en el territorio que habitaban, situación que los pone en peligro de extinción.⁵⁵⁸ Como menciona el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados los indígenas sufren de la ocupación de sus lugares sagrados, confinamientos, controlan la movilidad de las personas y bienes, prostitución, acoso y abuso sexual.⁵⁵⁹

Al ser un pueblo que no estaba acostumbrado a la ciudad, muchos de ellos no contaban con los anticuerpos que les ayudará a enfrentar enfermedades como la tuberculosis y la malaria, enfermedades que no podían combatir con sus medicinas tradicionales y que llevo a cientos de personas a fallecer.

Se han formulado diversos documentos jurídicos que ordenan a las autoridades a velar por los derechos del pueblo nükak como son: las recomendaciones realizadas por Rodolfo Stavenhagen en el año de 2004, la sentencia T-025-2004⁵⁶⁰, las recomendaciones emitidas

⁵⁵⁶*Ibidem*, p. 21.

⁵⁵⁷*Ibidem*, p. 22.

⁵⁵⁸Agencia EFE, 2014.

⁵⁵⁹ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Perder nuestra tierra es perdernos nosotros. Los indígenas y el desplazamiento forzado en Colombia*, 2009, [en línea], <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/Los_indigenas_y_el_desplazamiento_forzoso_en_Colombia.pdf>, [consulta: 6 de mayo, 2021].

⁵⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia creo una sala especial de seguimiento a la sentencia T-025-2004, donde se obliga al Estado a realizar todas las acciones pertinentes para que los pueblos desplazados puedan gozar de todos los derechos humanos, como restituir las tierras, dotar viviendas dignas, de una educación adecuada, de brindar todos los mecanismos necesarios para que los líderes de dichos pueblos desplazados puedan gozar de todas las medidas de protección, así mismo considera oportuna la creación de un programa que protejan los

por La Oficina del alto Comisionado de Derechos humanos de 2005, 2006, 2007, 2008, la decisión del Consejo Nacional de Atención a la Población Desplazada con el Acuerdo 05 de 2006, el cual ordena crear un plan de protección para los nükak, la sentencia de la Corte Constitucional por medio del auto 004 de 2009 que obliga al Estado la implementación de un plan de salvaguarda étnica así como otros ordenamientos que se han expedido a nivel local para proteger a los grupos vulnerables.

El tema de los desplazados se empezó a ver como una situación que pone en peligro a los pueblos indígenas ya que desde 1997 hasta 2011 se han desplazados un total de 106.562 indígenas.⁵⁶¹

Tomando en cuenta lo anterior es por ello que nace la necesidad de crear la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, conocida como la Ley 1448 de 2011⁵⁶², donde sus principales objetivos será buscar la reparación y no repetición de las víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario ocasionadas por el conflicto armado, así como de realizar la restitución de tierras despojadas y abandonadas forzosamente por medio de la violencia armada ilegalmente desde 1991.⁵⁶³

Para que la anterior ley estuviera completa se expidió el Decreto Ley 4633 de 2011, con su debida consulta a las comunidades indígenas, afortunadamente se aprobó sin mayores problemas y sirve como guía para seguir los parámetros de la consulta previa, actualmente

derechos de las mujeres desplazadas, también ordena crear un programa diferenciada para los niñas, niños y adolescentes desplazados, por otro lado, creó un programa para difusión y protección de los pueblos afrodescendientes. Así mismo constatan del exterminio cultural y físico de los pueblos indígenas Guayabero y Nükak de los departamentos del Meta y Guaviare por cuestiones del conflicto armado. <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/autos.php>, consultado el 8 de mayo de 2021.

⁵⁶¹ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Situación Colombia: Indígenas*, 2012, [en línea], <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2012/Situacion_Colombia_-_Pueblos_indigenas_2012.pdf>, p.1.

⁵⁶² Al respecto la ley parecía una forma de dotar a los pueblos indígenas y afrodescendientes de poder decidir en todos los temas que se vean involucrados, sin embargo, para la discusión y aprobación de la Ley 1448 de 2011 no fueron tomados en cuenta, por lo que corría el riesgo de que fuera declarada inconstitucional, afortunadamente la Organización Nacional Indígena de Colombia tuvo la iniciativa de formular el artículo 205 de la ley en comento y se evito la inconstitucionalidad.

⁵⁶³ APONTE, J. M., y LÓPEZ, L. M., "El pluralismo jurídico indígena en ley de víctimas y restitución de tierras: retorno y consulta previa". *Repositorio Institucional - Pontificia Universidad Javeriana*, 2013, núm. 10, pp. 157-176 [en línea], <<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44743?locale-attribute=fr>>.

este decreto deja mucho que desear ya que los desplazamientos siguen y no se ha podido garantizar el derecho al territorio de las comunidades indígenas.

En relación con los nükak y mantenerlos fuera de su territorio, implica la pérdida de una población antigua porque al no poder estar en su territorio no pueden mantener su alimentación, desarrollarse social, cultural y políticamente. Lo cual queda demostrado que, al permanecer en contacto con las personas mestizas, el pueblo nómada se está occidentalizando, así como llevado a la extinción por las adversidades que tienen que vivir.

La Corte Constitucional de Colombia en el auto 173-2012 sostuvo la idea de que el pueblo nükak así como otros pueblos indígenas corren el riesgo de que no sobrevivan y que se cause su exterminio. Por ello ordeno el Plan Especial de Salvaguardia que permitan contemplar todas las medidas y medios necesarios para asegurar su supervivencia física y cultural.

Después de cincuenta años de conflicto armado en el territorio colombiano con las FARC y el gobierno se llegó a un acuerdo en que se contemplaría la paz como eje esencial del Estado colombiano. El cual le daba esperanza al pueblo nükak ya que se comprometían a regresar a los indígenas a su territorio, así como a desminarlo, suceso que no se ha consolidado ni se consolidará debido a la resistencia de algunos disidentes, sumado a ello la colonización de otros grupos alrededor del territorio del Guaviare, así como de la constante tala de madera que enfrenta el mismo.

Falta mucho para rescatar a este pueblo nómada que pudo sobrevivir a la conquista pero que no puede resistir ante la guerrilla que se vive en su territorio. Lo cual los ha llevado a abandonar parte de sus costumbres como pintarse la cara ya que los mestizos los llaman “afeminados”, así como a sustituir su alimento ancestral que les proporcionaba la selva por comida en lata que les brinda el gobierno, la cual no se comen debido a que no les gusta, llevándolos a un estado de desnutrición, sin mencionar que su idioma se está perdiendo entre los nuevos integrantes que nacen fuera de su territorio y de su cosmovisión.

8. DECISIONES IMPORTANTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Este apartado pretende demostrar que los fallos que ha emitido la Corte Constitucional de Colombia han sido progresivos pese que aún existen documentos preconstitucionales que datan del siglo XIX que siguen teniendo vigencia, un ejemplo de ello es la Ley 89 de 1890, a través de la cual se les dio un estatus especial a los indígenas durante la colonia. Tal fue el caso de que no asistieran al servicio militar, pagar tributos, etc. Es importante mencionar que la Corte Constitucional con la sentencia C-139/96 declaró inconstitucional los artículos de dicha Ley ya que contiene normas discriminatorias, pero no la dejó sin vigencia.

Otro de los temas importantes que se deben enunciar es que la Corte Constitucional Colombiana siempre se refiere a las comunidades indígenas como aquellos sujetos que se identifican colectivamente⁵⁶⁴. Podremos observar que, lo curioso de este tribunal es que en las sentencias que emite sobre la materia no utiliza el término de pueblo indígena, sino comunidad indígena, contrario a lo que maneja el Convenio 169 de la OIT que se refiere a ellos como pueblos indígenas o tribales.

En las legislaciones estatales siempre se ha usado el término de comunidad indígena, la cual la podemos encontrar en el decreto de 2001 de 1988, en el artículo 2 que establece:

(...) el conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional como formas de gobierno y control social internos que las distinguen de otras comunidades rurales.

Como ya se explicó en el capítulo 1 de esta investigación, muchas de las veces los Estados usan sinónimos de pueblo o comunidad, aunque muchas de las otras veces los Estados deciden ocupar el término de pueblo para estar acorde con los términos internacionales.

⁵⁶⁴CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-380/93.

8.1. Acción de Tutela

Los medios de defensa en todas las democracias y sistemas normativos tienen que dotar de medios de defensa a todos sus ciudadanos, e incluso a nivel internacional encontramos que la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 8, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 del artículo 2.3 guardan una relación similar con lo que indica el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual establece que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que lo amparen contra actos que violen sus derechos”

La norma fundamental en Colombia es la Constitución que protege los derechos materiales de los pueblos indígenas, estableciendo los mecanismos procesales para su defensa como la acción de tutela que se contempla en el artículo 86 que a la letra dice:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando crea que éstos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo, el fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

En la primera década de la Constitución de 1991 se presentaron más de medio millón de acciones de tutela, lo que hace pensar que el Estado colombiano viola recurrentemente los derechos humanos de las personas, sumado a ello la guerrilla, los paramilitares, así como el aumento de la delincuencia ponen en tela de juicio la efectividad de estos mecanismos, o bien de que muchos de los abogados han abusado de la tutela para abarrotar a las altas cortes.⁵⁶⁵

Las acciones de tutela⁵⁶⁶ son las que se encargan de proteger a los ciudadanos de las violaciones que cometen las autoridades en contra de sus derechos fundamentales, es por este mecanismo que las comunidades indígenas pueden hacer valer sus derechos colectivos por medio de un representante para que la Corte Constitucional corrija las violaciones a dichos derechos. Es importante mencionar que las resoluciones de la Corte no aceptan apelación y son de cumplimiento obligatorio.

Tras las reformas constitucionales en materia de derechos humanos que se han vivido la que se debe rescatar es la referente al artículo 93 de la Constitución ya que en dicho artículo se trata el tema referente al bloque de constitucionalidad, en donde la Constitución y los Tratados internacionales que haya celebrado el Congreso son de aplicación nacional, lo cual permite que la protección a los derechos humanos se garantice por todos los operadores jurídicos sin escudarse en normas nacionales que vayan en contra del bloque de constitucionalidad.

⁵⁶⁵VEGA GÓMEZ, J., y CORSO SOSA, E. (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, pp.137-138.

⁵⁶⁶ Cuando no existe medio judicial distinto para buscar la eficacia del derecho atacado o amenazado, surge la acción de tutela como única medida del titular del derecho violentado, lo cual le da salida a la que no conducen los mecanismos ordinarios. Corte Constitucional, Sentencia T-221 de 1993 y demás relativas.

La tutela opera de tres maneras, la primera es porque se violentó un derecho fundamental consagrado en la Constitución; la segunda es que el derecho amenazado o vulnerado por acción u omisión se dio por un agente estatal, o en determinados casos por un particular⁵⁶⁷, y la tercera es que no existe medio de defensa legal contemplado en la ley de la materia.⁵⁶⁸

La acción de tutela se puede interponer por persona natural o persona jurídica, cuando sienta que se afecta su esfera jurídica. La ley contempla que no se necesita de abogado para presentarla, aunque puede presentarlo un abogado de oficio, la Procuraduría General de la Nación, el Defensor del Pueblo, etc.⁵⁶⁹

Algo que es interesante en este procedimiento es que la persona que considere vulnerados sus derechos fundamentales puede presentar la acción de tutela con cualquier juez de la República y este lo turnara al juez correspondiente, atendiendo los decretos 2591 de 1991 y el 1382 de 2000. El juez de primera instancia tendrá diez días para dar solución a la cuestión planteada, y el superior jerárquico contará con veinte días, la cual podrá ser revisada por la Corte Constitucional.

Un reto al que se enfrenta la Corte Constitucional de Colombia es proteger por medio de las acciones de tutela la diversidad cultural de la nación, lo cual hace que cada caso sea analizado con los elementos específicos del caso, así como con los actores concretos a los que intervienen en la *litis*, lo cual permite ponerlos en un contexto cultural determinado.

El reconocer que el pluralismo jurídico existe en el Estado Colombiano generó un cambio de paradigma para los jueces de la Corte Constitucional ya que se han dado cuenta de que la simple interpretación de las normas y de la norma suprema de la nación no ayudan a resolver y garantizar la justicia de los pueblos indígenas, por ello es que se han tenido que auxiliar de otras ciencias como la antropología, la etnología, geografía, biología para

⁵⁶⁷ El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 contempla 9 causales por las cuales procede el amparo contra particulares.

⁵⁶⁸ BOTERO MARINO, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-CSJ, 2006, pp. 8-10.

⁵⁶⁹ Para muestra de ello vale la pena consultar las sentencias T-809 de 2009, T-437 de 2010, T-312 del 2009, T-560 de 2007.

comprender el contexto que viven los pueblos indígenas y de esa manera se puedan generar jurisprudencia acorde a las necesidades del siglo XXI.

En ese entendido la Corte Constitucional ha buscado ayudarse de la filosofía moral y política para que sirvan como elementos referentes para la jurisprudencia de la Corte, así como realizar juicios in situ, hacer más investigaciones de campo, recabar opiniones de antropólogos, biólogos, geólogos, etcétera.⁵⁷⁰

Cuando hablamos que la Constitución Política de Colombia de 1991 es de las más avanzadas en cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas, no lo hacemos con el objetivo de manifestar que con poner los derechos en la norma suprema de la nación se resuelvan los problemas. Lo cierto es que sí se encuentran escritos y en la norma suprema, los pueblos indígenas a través de las acciones de tutela pueden pedir a la Corte Constitucional que les garanticen dichos derechos. Dados esos mecanismos, la Corte ha dictado sentencias como la T-380/93 donde declaro que la comunidad indígena tiene derechos colectivos reconocidos en los artículos 1,7 y 8 constitucional, dicha apreciación fue necesaria de hacerse pues muchas de las veces las concepciones occidentales contemplan que la Constitución sólo prevé derechos individuales y no derechos colectivos.

Al respecto la Corte Constitucional de Colombia hizo una clarificación de lo que se debe entender como derechos del sujeto colectivo y sujetos individuales:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como sujeto colectivo de derecho, no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (artículo 88 C.P.). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder

⁵⁷⁰MARINO BOTERO, C., “Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Precedente. Anuario Jurídico*, 2003, pp. 45-87.

a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares.⁵⁷¹

Es una postura sobresaliente para el año en que se emite, cuando la Corte Considera que los derechos colectivos de las comunidades indígenas no es la suma de varios derechos individuales, sino que son derechos concretos que ejercen los pueblos de manera colectiva, independientemente de que los puedan ejercer de manera individual como ciudadanos colombianos.

Por otro lado, uno de los puntos clave que tiene la Constitución es la protección que le otorga a la propiedad de las comunidades indígenas, sin embargo, la Corte Constitucional se ha tenido que pronunciar sobre el tema con la sentencia T-188/93 en la cual se pronuncia a favor de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y como elemento esencial para que las culturas ancestrales, conserven sus valores, su cosmogonía, su religión, sus recursos renovables, e incluso su propia autonomía, de cierta manera está retomando los valores que quiso proteger el Convenio 169 de la OIT.

El siguiente punto que merece destacar es el referente al artículo 330⁵⁷² de la Constitución y que declara la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se debe hacer con el debido cuidado para proteger la integridad cultural, social y económica de la comunidad, lo cual siempre ha sido un problema para el Estado ya que muchos de los mega proyectos y modernización del Estado son planificados en los territorios de las comunidades indígenas, lo cual no se puede hacer con medidas desmedidas que pongan en

⁵⁷¹CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-380/93.

⁵⁷² Al respecto existe el decreto 1320 de 1998 que reglamenta el procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y negras cuando se exploten los recursos naturales que existan dentro del territorio que habitan ancestralmente, al respecto se debe enunciar el artículo 2 que a la letra establece: “La consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras. Igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras.” Cabe mencionar que el Decreto 1320 fue duramente criticado por las organizaciones indígenas porque consideran que su contenido es violatorio de la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, además de que al momento en que fue creado y discutido, nunca se tomo en cuenta a las comunidades o pueblos indígenas.

peligro la integridad de los indígenas, para ello la Corte con la sentencia SU-039 de 1997 le recuerda al Estado su obligación de proteger la diversidad cultural de la nación.

Por ello, es importante que la sentencia SU-039 de 1997 exista ya que a través de ella se obliga al Estado a realizar la Consulta previa⁵⁷³ cuando se quieran proponer proyectos de extracción de recursos naturales en territorios indígenas, además de que la Corte encontró su fundamento en los artículos 330 y 40.2 de la Constitución, y tomando en cuenta el bloque de constitucionalidad⁵⁷⁴ se refirió a los artículos 5,6,7.1 y 15 del Convenio 169 de la OIT.

Una vez que se dio un breve resumen de la importancia que tienen las sentencias de las acciones de tutela se enunciarán las más importantes respecto al tema de las comunidades indígenas en Colombia.

8.2. Sentencia T-496/1996

La primera sentencia que tiene que ver con el tema es la T-496 de 1996 que se refiere al fuero indígena⁵⁷⁵ como derecho personal, que se entiende como el derecho que tiene el indígena como persona para ser juzgado conforme a la normas, procedimientos y autoridades de su comunidad.

⁵⁷³ Es importante mencionar que hay diversas leyes y decretos que facultan a diversas autoridades para realizar la consulta previa, pero lo contundente que ha establecido la sentencia C-366 de 2011 de la Corte Constitucional es que la consulta no sólo opera por motivos de extracción de recursos sino que opera cuando se vaya a generar una medida administrativa para ello debe identificar cuatro elementos, primero, el objetivo de la regulación; segundo, la caracterización de los pueblos étnicos en esa regulación; tercero, los objetivos y alcances de la reforma contenida a dicha ley; cuarto, la determinación acerca del grado de afectación que tiene dicha reforma.

⁵⁷⁴ El bloque de constitucionalidad está compuesto por la Constitución Política, todos los tratados sobre derechos humanos y leyes humanitarias ratificados por Colombia, así como por la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de la interpretación de dichos tratados (los órganos de tratados de Naciones Unidas, los comités de la OIT, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Corte Constitucional, Sentencia T-568/99.

⁵⁷⁵ En Colombia existe un conflicto de competencia, cuando una persona indígena se ve involucrada en un tema penal, el tema se complica cuando el delito se cometió fuera de las entidades territoriales indígenas o en los resguardos indígenas, en este caso la autoridad indígena de dicho territorio querrá hacer valer su potestad para exigir a la jurisdicción ordinaria la entrega de la carpeta del juicio para que él y demás personal jurisdiccional puedan investigarla y sancionarla de acuerdo al artículo 246 de la Constitución Política de Colombia. RAMÍREZ RESTREPO, R. Á., “Fuero Indígena”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2013, núm. 57, pp. 193-215, pp. 193 y 194.

El otro elemento es el geográfico, que es el que dota de facultades a las comunidades indígenas para juzgar con sus propias normas, procedimientos y autoridades, siempre y cuando sean miembros de la comunidad y que los hechos hayan ocurrido dentro del territorio indígena.

Al respecto se puede decir que la Corte Constitucional en la interpretación que hace de normas, ha establecido que las comunidades indígenas pueden conocer de un asunto cuando se den dos supuestos. El primero que la conducta sancionada se desarrolle en el territorio, dando la ampliación de lo que se puede entender por el espacio geográfico que ocupan habitualmente. El segundo supuesto atiende al factor subjetivo, es decir, que las personas sean parte de una comunidad indígena.

Para entender mejor esos elementos, planteemos la primera hipótesis; supongamos que un indígena comete un acto ilícito en el territorio que tiene reconocido la comunidad, de conformidad con los elementos antes señalados la jurisdicción que se debe aplicar es muy clara, es decir, quien conocerá del caso es la jurisdicción indígena.

El tema se puede complicar cuando se presenta la segunda hipótesis y es que el indígena afecta a otro ciudadano que no es indígena y el hecho ilícito no sucedió dentro del territorio de la comunidad indígena, aquí no se puede usar el elemento personal ni el territorial, por lo que las autoridades tendrán que ver los siguientes puntos: cuando no existe sanción expresa para el delito cometido por el indígena, entonces la autoridad competente es la del sistema jurídico nacional, en este sentido la competencia es del juez de la materia, él tendrá que ver si el indígena entiende y comprende el hecho que realizó, si no lo comprende el juez nacional estaría en la posibilidad de remitirlo a la jurisdicción indígena con el objetivo de “preservar su especial conciencia étnica”, por otro lado, si el juez ve que el indígena sabe que la conducta que realizó estaba sancionada por el sistema nacional, el juez lo somete a proceso.

La tercera hipótesis se actualiza en caso de que la conducta de la persona indígena está sancionada por las dos jurisdicciones. Ante esta situación el juez se encuentra en un dilema porque tendrá que decidir si lo juzga el sistema jurídico nacional o el sistema indígena, para ello el juez tendrá que tomar en cuenta: las culturas involucradas, la conciencia étnica del sujeto, su grado de integración frente a la cultura mayoritaria, el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece y la afectación del individuo frente a la sanción.

Se pueden generar muchas disyuntivas sobre el tema, pero una que particularmente nos llama la atención es si ¿una persona puede renunciar al fuero indígena? Lo que ha contestado la Corte Constitucional Colombiana es que sólo opera esa renuncia bajo tres supuestos: primero, que renuncia la persona a la comunidad indígena; segundo, la persona ya no se considera indígena; tercero, que las autoridades indígenas en su sentencia resuelvan que la persona ya no es considerada indígena.⁵⁷⁶

Por lo tanto, si una persona rehúsa ser indígena no se le puede aplicar la jurisdicción indígena y tendrá que ser juzgado por la jurisdicción ordinaria. Aunque hay una posición en sentido contrario por parte del juez Carlos Henao que menciona que los integrantes de un pueblo o comunidad indígena no pueden renunciar a la calidad de indígena y mucho menos a la jurisdicción indígena, ya que él considera que la calidad de indígena es irrenunciable.⁵⁷⁷

Aunque al final concluye que si bien es una decisión del indígena ya no serlo, el juez se tiene que cerciorar que la renuncia es definitiva, que es en principio a ejercer su derecho a la autonomía⁵⁷⁸, que no se renuncia a la jurisdicción indígena para recibir una mejor situación en la jurisdicción ordinaria y que manifieste que no quiere ser parte de la comunidad indígena.

⁵⁷⁶CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-001, 11 de enero de 2012.

⁵⁷⁷*Ibidem*.

⁵⁷⁸ La autonomía se entiende como la capacidad que tiene determinado grupo, para elegir su forma de organización social, política y económica, elegir a sus autoridades, mantener a su comunidad de conformidad a sus tradiciones y actividades económicas, conservar su lenguaje, así como definir las políticas educativas y de salud. Cfr. SÁNCHEZ, E., *et. al.*, *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque, 1993, p. 37.

Finalmente, en los casos en que el tema sea confuso o complicado para determinar que jurisdicción debe conocer del asunto, el Consejo de Justicia Indígena que funciona por zona y está integrado por cinco o diez personas de diferentes familias, con diferentes rangos de edad, se encargarán de determinar su actuar de conformidad del delito que se haya cometido y para ello los dividen en tres grupos; el primero es el de delitos sociales donde se encuentra la infidelidad, homicidio, rebelión, lesiones; el segundo grupo es el de delitos religiosos; donde se encuentra por ejemplo el *jaibanismo*; el tercer grupo es el de delitos de tierras y recursos naturales como la destrucción de cultivos, invasión de tierras, etc.⁵⁷⁹

La segunda sentencia que tiene relevancia en el tema es la T-1238 de 2004, en ella el sistema jurídico nacional se dedica a analizar si la jurisdicción indígena es aplicable o no, lo cual no es una cuestión que los jueces del sistema jurídico nacional deban decidir, sino que es una potestad que tienen las comunidades indígenas, pues otro punto importante es que la Corte protegió el territorio ancestral de la comunidad pese a que la comunidad no había legalizado la propiedad sobre la tierra que ocupaban .

Para ilustrar el tema supongamos que el juez considera que el indígena debe ser juzgado por la jurisdicción indígena, para ello debe pedir a la autoridad indígena que se considere competente para que presente la solicitud ante el juez del sistema jurídico nacional y este se abstenga de conocer del tema y pase a las autoridades indígenas.

Aunque el tema parece ser muy sencillo y uno podría pensar que las autoridades indígenas siempre se declararan competentes para dejar impunes a los miembros de su comunidad, para ello, la Corte Constitucional ha establecido determinados parámetros: primero, que la jurisdicción indígena operará frente al sistema jurídico nacional siempre y cuando exista un precedente y procedimiento dentro de la jurisdicción indígena; segundo, cuando la autoridad indígena se considere competente para conocer del litigio deberá realizar el procedimiento de acuerdo a sus usos y costumbres y finalmente que pueda hacer efectiva la sanción impuesta a los culpables.

⁵⁷⁹RAMÍREZ RESTREPO, R. Á., *op. cit.*, nota 576, pp. 209-210.

Ahora, supongamos que las autoridades indígenas no quieren conocer del litigio (suceso que se ha llegado a dar en las comunidades indígenas), bajo ese supuesto la Corte Constitucional se pronunció y aceptó la renuncia de competencia de las autoridades indígenas y bajo ese argumento las autoridades del sistema jurídico nacional tenían que conocer de la *litis*, para mayor abundamiento está el criterio que se usó en la Sentencia T-552 de 2003,⁵⁸⁰ criterio que es repetido en la sentencia T-1234 de 2004, que a la letra establece:

Entre las dificultades de articulación se encuentra, por ejemplo, el carácter potestativo que, en principio, tiene la jurisdicción indígena. La inserción de las comunidades indígenas en el ambiente nacional, la aceptación y acatamiento de sus patrones jurídicos, la remisión a su sistema de justicia para la solución de los conflictos internos, son circunstancias que ponen de manifiesto que el ejercicio de la jurisdicción es una opción que la Constitución ha abierto para estas comunidades, pero que no siempre están en condiciones de asumir. Para que en cada caso proceda la jurisdicción indígena, se requiere que exista una autoridad indígena con competencia territorial y personal, y que tal autoridad esté dispuesta a asumir el juzgamiento...

Las autoridades indígenas pueden reclamar el ejercicio de la jurisdicción, en la medida en que estén capacitadas para hacerlo, pero deben contar con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social. Sin embargo, la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de

⁵⁸⁰ La sentencia T- 552 define lo que es fuero indígena y por el otro lado establece lo que se debe entender por jurisdicción indígena; El fuero es por una parte un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional.

La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autónomo de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Entre esos elementos, el fuero indígena ocupa un papel de especial relevancia, aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que esta se define (también) en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad. *Cfr.* FERNÁNDEZ CARLIER, E., *et al.*, *Justicia y pueblos indígenas, jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos*, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2017, p. 23.

deberes y responsabilidades conforme a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización.

Así, por ejemplo, una vez asumida esa función jurisdiccional⁵⁸¹, no pueden las autoridades tradicionales ejercerla de manera selectiva en unos casos sí y en otro no, y surge de manera plena el fuero para los integrantes de la comunidad conforme al cual tienen derecho a ser juzgados por sus propias autoridades, las cuales, a su vez, tienen el deber de hacerlo.

Otro de los supuestos es que el indígena pueda escoger la jurisdicción que mejor le plazca, lo cual puede ser incongruente, pero toma sentido cuando el indígena prefiere que la jurisdicción nacional conozca de su asunto. Esta debería de ser aceptado siempre y cuando el indígena establezca que la jurisdicción indígena no le puede garantizar un debido proceso.

9. SENTENCIAS EMBLEMÁTICAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Para entender los límites del fuero indígena se deben tener en cuenta dos elementos, primero el personal y en segundo lugar, el territorial. Cuando hablamos del elemento personal se debe entender que el individuo debe ser juzgado conforme a las normas y autoridades de su comunidad y el segundo elemento que es el territorial, es cuando la comunidad tiene la potestad de juzgar los delitos que pasen dentro del territorio que tiene determinado su comunidad.

⁵⁸¹ Es importante señalar que el factor territorial debe entenderse en armonía con la idea de ámbito territorial de la comunidad, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: “Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. Sala Novena de Colombia, Sentencia T-617 de 2010.

El elemento territorial es importante ya que eso permite definir la competencia de las autoridades y de las normas que se deben de aplicar, además de que muchas de las veces los conflictos no son meramente entre indígenas, sino que pueden estar involucrados otros ciudadanos, o bien que el conflicto se llegue a dar entre una comunidad y otra.

En caso de que el tema sea entre un indígena y un no indígena y el tema de la competencia no esté bien determinada, el Consejo Superior de la Judicatura es el encargado de definir la competencia.

9.1. La sentencia T-254 de 1994.⁵⁸²

La presente sentencia es emblemática para el tema ya que toca varios temas importantes para la jurisdicción indígena, se podría decir que es la sentencia progresista de la Corte, cuando apenas llevaba tres años la promulgación de la Constitución colombiana, además de que fue la primera sentencia que abordó los límites que deben respetar las autoridades indígenas.

La Corte Constitucional tuvo que conocer de la acción de tutela que presentó el indígena *Ananías Narváz vs Directiva del cabildo de la Comunidad indígenas de El Tambo*⁵⁸³, en razón de que el accionante afirma que se violaron sus derechos al debido proceso, a la honra, al buen nombre y a la vida, y desconocieron que las autoridades indígenas no pueden desterrarlo, prisión perpetua y confiscación.⁵⁸⁴

⁵⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia No. T-254/94 [en línea], [[Consulta: 15 de mayo, 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm)] Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>>

⁵⁸³ La comunidad indígena por tener un elevado grado de asimilación con la sociedad mestiza, debe respetar las garantías individuales que contempla la constitución colombiana, lo que implica que al momento de imponer una pena, la sanción se debe individualizar, así como deben saber que la confiscación de bienes se debe generar.

⁵⁸⁴ Hechos: El actor protesta que el día 19 de diciembre de 1992 se realizó una reunión en la comunidad indígena de El Tambo, en la que se decidió expulsarlo, junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto. Su exclusión de la comunidad se realizó - sostuvo - sin fundamento probatorio y sin que las directivas del cabildo indígena hubieran adelantado investigación alguna en relación con los hechos imputados. Igualmente, con base en rumores que ninguno sustentó - afirmó -, se lo despojó de la parcela adjudicada a él por la comunidad, de aproximadamente dos hectáreas, en la que tenía cultivos de yuca, caña, plátano, maíz, limones, maracuyá, mango y papayos. La directiva del cabildo indígena no aceptó su propuesta en el sentido de que se dejara la parcela a un hijo menor suyo, de 16 años de edad, en cuyo caso él abandonaría voluntariamente la comunidad. Pese a la mediación del Consejo Regional Indígena del Tolima,

El juez de primera instancia negó la protección solicitada por el accionante, en virtud de que la decisión por el cabildo indígena es un acto democrático y no un acto judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Política.

Dado que las decisiones de las autoridades indígenas son judiciales, se pueden apelar, pese a que su sistema no contemple dicho recurso, pero hay ciertas cuestiones que no se pueden resolver por interponer la acción de tutela como es el caso de las mejoras que enuncia el actor que hizo al predio, la acción de tutela⁵⁸⁵ es efectiva cuando se ven vulnerados los derechos fundamentales.⁵⁸⁶

Respecto del debido proceso que menciona el actor que le fue negado por parte de la comunidad indígena y al no haber recurso legal interno, es procedente para ejercer la acción de tutela. Además de que la Corte Constitucional se ha pronunciado a favor de la autonomía de las comunidad indígenas, respetuoso de sus usos y costumbres siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, y en ese sentido se ha pronunciado a favor del principio de a “mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía⁵⁸⁷”.

Lo contrario al principio de maximización de la autonomía indígena está en la restricción que puede imperar cuando este principio quiere vulnerar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígena, por ello, es que no siempre opera el principio de

CRIT - agregó -, el cabildo indígena reiteró su decisión de "expulsarlo" y "desterrarlo", junto con su familia, de la comunidad, donde residía y laboraba hace más de 11 años, habiéndose caracterizado por ser un auténtico líder preocupado por su bienestar. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia No. T-254/94

⁵⁸⁵ Al respecto de la Acción de tutela se debe observar lo que dijo el Carlos Gaviria en la sentencia T-349 de 1996, así mismo lo manifestó la Corte Constitucional En lo que atañe a las pretensiones patrimoniales correspondientes al valor de las mejoras y al reconocimiento económico del trabajo realizado, estimó el Tribunal que la vía judicial no era la acción de tutela, sino el proceso laboral o el civil. En cuanto a la posible división del bien poseído colectivamente, consideró que esta opción estaba excluida para los resguardos o territorios indígenas, de conformidad con el artículo 18 del Decreto 2001 de 1988. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia No. T-254/94

⁵⁸⁶ Cfr. Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coordinador), La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de Derecho. XII Jornadas Lascasianas, México, IJ-UNAM, 2004, p. 161.

⁵⁸⁷ La autonomía de los pueblos indígenas de Colombia se desprende del artículo 7 constitucional que se refiere a que el principio de máxima autonomía atiende a garantizar la supervivencia de las comunidades indígenas, tal como ha quedado enunciado en la T-349/96, T-523/97, T-266/99.

diversidad étnica y cultural, lo que deja deshabilitado dicho principio cuando las leyes imperativas protegen un bien superior que la protección de los usos y costumbres.

El juez constitucional al analizar los hechos del caso se percató que las autoridades indígenas habían puesto una sanción al individuo debido a que había vulnerado las normas internas de la comunidad de “El Tambo”⁵⁸⁸, que no siempre son respetuosas de los derechos humanos, por eso como menciona Eugenia Sánchez, “Al establecer que cualquier juez de la República puede revisar la constitucionalidad de estos fallos, la Corte con ello integró la jurisdicción especial al ordenamiento nacional”.⁵⁸⁹

Por otro lado, el accionante de la tutela tiene todo el derecho a acudir ante la jurisdicción ordinaria debido a que las autoridades indígenas no pueden imponer sanciones de destierro, prisión perpetua y confiscación, dos de las circunstancias se actualizan en el presente caso.

Además, la Corte manifestó que la sanción impuesta al indígena por sus mismas autoridades no sólo le afectó a él, sino que abarcó a toda su familia, con lo que se vulneró el artículo 5-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual establece que la sanción no puede trascender del delincuente.

Al final del día la Corte Constitucional concedió la protección solicitada por el accionante, ya que la comunidad indígena había expulsado a Ananías y a su familia de la comunidad indígena, además de que vulneró sus derechos al debido proceso y a la integridad física de

⁵⁸⁸La parte demandada manifestó que, “la comunidad de El Tambo nació en 1990”, como consecuencia de la unión de un grupo de familias que se organizaron hacia el año de 1985 y lograron que, en 1989, el INCORA les adjudicara un predio denominado El POIRA, según consta en el acta de entrega respectiva. La comunidad indígena es representada por su gobernador, quien administra los terrenos de la misma y vela por su adecuada utilización. A su vez, la comunidad elige cada año los integrantes del cabildo indígena, quienes formalizan su posesión ante el alcalde Municipal de la localidad. Que el petente (Ananías Narvaez), era miembro y directivo de la comunidad indígena. Primero fue fiscal en 1991 y pasó a ser gobernador suplente en 1992, *“pero con el tiempo tomó confianza y empezó a disponer de los bienes de la comunidad”*. Sostienen que se le llamó la atención varias veces y que, al no atender las advertencias y consejos, fue expulsado por la comunidad, en reunión celebrada el día 28 de diciembre de 1992, a la que asistió el propio peticionario. Resumen de los hechos, encontrados en la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia No. T-254/94

⁵⁸⁹SÁNCHEZ, B. E., “La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional”, en *La Corte Constitucional, el año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del hombre Editores, 1996, p. 341.

sus hijos, por ello el juez ordeno revocar la sentencia y que el cabildo dictara una nueva sentencia donde no se vulneraran los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional tiene como referente la T-349 de 1996 que establece que todas las normas constitucionales y leyes vigentes son un marco de referencia para todas las autoridades, así como para las autoridades indígenas son un límite al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

9.2. Jurisdicción indígena, debido proceso y sanción corporal

El tema de la Sentencia T-523 de 1997⁵⁹⁰ va en relación con la sentencia T-349 ya que la jurisdicción indígena tiene que garantizar el debido proceso a cualquier persona conforme a sus usos y costumbres, además de que el debido proceso es el límite a la jurisdicción indígena. Lo anterior quiere decir que los sistemas especiales tienen que estar acorde con los mínimos derechos durante un proceso. Además de que la sanción corporal debe ser entendida bajo los ideales de protección de los derechos humanos que están contemplados en el ordenamiento nacional como en los tratados internacionales, para comprender de mejor manera lo anterior se detalla la sentencia.

El indígena Páez Francisco Gembuel Pechene interpuso acción de tutela contra el Gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, por violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso. Solicitó a través de este mecanismo judicial, que el informe final de la investigación realizada por las autoridades indígenas del Norte del Cauca, en relación con la muerte de Marden Arnulfo Betancur, no fuera presentado a la comunidad Páez.⁵⁹¹

Hechos del caso: El 19 de agosto de 1996 fue asesinado Marden Arnulfo Betancur, quien se desempeñaba como Alcalde Municipal de Jambaló. Dos días después, los Gobernadores

⁵⁹⁰CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia No. T-523/97 [en línea], <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>>, [consulta: 15 de marzo, 2020].

⁵⁹¹*Idem.*

de los cabildos indígenas de la zona del Norte del Cauca acordaron asumir la responsabilidad de “investigar y sancionar a los responsables de este asesinato”.

El primer paso fue ordenar la aprensión de Francisco Gembuel y cinco personas más, a quienes se les acusaba de haber propiciado la muerte del Alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, y por haber sostenido públicamente que Marden Betancur estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos públicos. En esa misma fecha se acordó que, una vez capturados, serían trasladados al Municipio de Toribio, para evitar posibles venganzas contra ellos. Dado el curso de la investigación, se recibieron los testimonios de Francisco Gembuel y de otros miembros de la comunidad, los cuales afirmaron haber visto al actor hablando con miembros de la guerrilla.⁵⁹²

Una vez reunida la información se reunieron los miembros de los resguardos indígenas en Asamblea General de Cabildos de la Zona Norte para que conocieran los resultados de la investigación y decidieron que el sindicato era culpable e impusieron la pena de 60 fuetazos⁵⁹³ (2 por cada cabildo), expulsión, y la pérdida de poder votar y ser votados en cargos de elección. Acto seguido el accionante interpuso la acción de tutela por vulnerar sus derechos al debido proceso, a la vida y a la igualdad, el juez de primera concedió la protección solicitada, además de que el despacho considero que los 60 fuetazos son considerados tortura.⁵⁹⁴

El juez declaró la nulidad del caso anulado contra el actor y ordenó realizar las investigaciones correspondientes, pero además de realizar audiencia garantizando el debido proceso, la defensa y el respeto a los derechos humanos al momento de determinar la sanción.

⁵⁹² *Idem.*

⁵⁹³ Al respecto los indígenas paeces practican el látigo como reflexión, y el cepo como abrazo del rayo y del trueno, por otro lado, los indígenas de Tolima cuando castigan a una persona con una vara lo que significa es que lo quieren enderezar, las penas para los indígenas tienen diferente significado, lo que es bueno para el hombre blanco no significa que lo sea para el indígena. CAMPOSDOMÍNGUEZ, F. G., *et al.* (coords.), *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en Homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*, México, UNAM, 2011, pp.270-271.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 271.

Para entender mejor el tema desglosemos algunas de las interrogantes, primero, ¿era acorde al sistema normativo interno de Páez de Jambaló que adelantaran el procedimiento las autoridades del cabildo del norte de Cauca? La respuesta es sí, los procedimientos indígenas se deben seguir como tradicionalmente lo hacen, en este caso muchas de las veces las autoridades indígenas adelantan la investigación y su resolución para evitar mayores conflictos, por lo que se puede deducir que no hubo violación al debido proceso, al querer el actor mencionar que no se le notificó de que se iba adelantar su juicio.

El segundo punto que menciona el actor que se violentó fue su derecho a una debida defensa, lo cual no se cumple porque el actor tuvo en todo momento un defensor que se le designó y que participó en la Asamblea con el objetivo de contradecir los testimonios, el único requisito que se le impone a la defensa para ser parte del proceso es que hable el idioma y que sea miembro activo de la comunidad.⁵⁹⁵

Lo que nos llama la atención y que la Corte tuvo que entrar al estudio fue lo referente al fuate⁵⁹⁶, el cual es un castigo ancestral pero que acorde a los derechos humanos se puede considerar una pena inhumana. Si se analiza a la luz de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos y degradantes se entiende que tortura es “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales”.

Respecto al destierro que sufrió el indígena de la comunidad, la Corte ha reiterado que el destierro no se considera una pena que vulnere los derechos humanos, ya que se entiende como la exclusión del individuo del territorio y no a la exclusión de las comunidades

⁵⁹⁵ Cfr. ORDÓÑEZ CIFUENTES, J. E. R. (coord.), *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de Derecho. XII Jornadas Lascasianas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004, p. 170.

⁵⁹⁶ “El fuate, consiste en la flagelación corporal con un perrero de arar ganado, se puede considerar un castigo que data de la época colonial, es decir, era un castigo que imponían los conquistadores, es un rayo que sirve para lo paces para mediar ente lo claro y oscuro, regularmente el fuate se aplica en público ya que la sanción no sólo es para el individuo sino que es para toda la familia, ya que la familiaridad que debe haber entre los miembros debe implicar conocer lo que hace cada uno, ya que ellos también son responsables porque no contribuyeron a frenar la infracción a las prohibiciones”. SÁNCHEZ BOTERO, E., *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998, p. 336.

indígenas que habitan un espacio en dicho territorio. Lo anterior se puede encontrar en las sentencias de la Corte Constitucional cuando los indígenas deben velar por los mínimos como son el derecho a la virtud, la proscripción de la esclavitud y la tortura y en este caso el destierro y el fuste⁵⁹⁷ no rompe con esos mínimos éticos que deben garantizar las autoridades indígenas.

9.3. Debido proceso y jurisdicción indígena

La sentencia T- 239 de 2002⁵⁹⁸ trata un tema bastante interesante ya que se refiere a la detención preventiva y a las penas privativas de la libertad, sanciones que son impuestas por las autoridades de las comunidades indígenas, pero al no tener prisiones, los inculpados son remitidos a las prisiones de la jurisdicción ordinaria.

Acción de tutela instaurada por Carlos Arturo Niaza Panchi contra el Consejo de Conciliación y Justicia Indígena y el director de la Cárcel de Andes, Antioquia. El demandante presentó el 30 de octubre de 2001, acción de tutela contra el Consejo de Conciliación y Justicia Indígena, porque considera que el Consejo ha violado sus derechos fundamentales al debido proceso al estar recluido en la Cárcel del Circuito Judicial de Andes, Antioquia, y no en un centro especial para los indígenas, como lo ordenan, también, los tratados internacionales de derechos humanos.

Hechos: El actor fue juzgado y condenado por el delito de homicidio por el Consejo de Conciliación y Justicia Indígena a pagar una pena, inicialmente de 15 años de prisión, pero en nueva decisión del mismo Consejo le fue modificada a 12 años. Posteriormente, el Consejo, en cumplimiento de un fallo de tutela concedido a favor del actor, readecuó la condena a 9 años.

⁵⁹⁷ sobre las penas corporales que imponen las comunidades indígenas, la Corte Constitucional Colombiana ya se ha manifestado al respecto en la Sentencia T-349 de 1996, donde se aceptó la práctica del cepo en la comunidad Emberá-Chamí estableciendo que lejos de tratarse de una pena inhumana y cruel, se trata de una pena que hacía parte de su tradición y que la misma comunidad consideraba valiosa por su alto grado intimidatorio y por su corta duración, lo cual puede servir de antecedente para la pena que impone el Fuste en la comunidad Paéz.

⁵⁹⁸CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia No. T-523/97 [en línea], <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-239-02.htm>>, [consulta: 22 de marzo, 2020].

Señala el demandante que las autoridades indígenas que le impusieron la pena le solicitaron al Centro Carcelario de Andes que, mientras terminaban la construcción de sus propios centros especiales para la detención preventiva o sancionatoria de sus integrantes, él y otros indígenas permanecieran reclusos en tal centro carcelario.⁵⁹⁹

El demandante considera que Consejo Indígena, al no trasladarlo a un centro carcelario especial, le viola el artículo 29 de la Constitución y el Director del establecimiento carcelario de Andes incurre en la misma violación, pues ha incumplido una decisión del Director General del INPEC, en el sentido de que los indígenas no pueden estar detenidos en estos establecimientos, según el artículo 14 del Decreto 1397 de 1996.

En este sentido, solicita que el juez de tutela ordene su traslado a un sitio adecuado para los indígenas y afirma que en la ciudad de Medellín existen lugares donde lo pueden albergar.

A lo que los demandados respondieron:

El señor Gonzalo Carupia Vélez, a nombre del Resguardo Indígena de Cristianía, en comunicación del 6 de noviembre de 2001, manifestó al juez de tutela que el actor no ha sido trasladado a un centro especial porque el Consejo no ha terminado la construcción del mismo, por falta de recursos. Razón por la que se han dirigido a las autoridades solicitando apoyo para adelantar la justicia indígena.

En cuanto a lo solicitado por el actor en esta tutela, de que se traslade de la cárcel de Andes, el señor Carupia Vélez manifiesta que el Consejo, como “justicia decidimos que pague la pena cumplidamente en la cárcel del circuito de Andes teniendo en cuenta no hay para donde trasladar, más adecuada”.⁶⁰⁰

⁵⁹⁹ Este derecho después cobraría valor en la sentencia T-921 de 2013, cuando se creó la figura de cambio de reclusión a territorio indígena.

⁶⁰⁰ Se hizo conforme a derecho y respeto al artículo 246 constitucional, es por ello que la sentencia T-239 de 2002 era procedente en ese momento, con la sentencia T-921 de 2013 la Corte Constitucional pide que se consulte con las autoridades indígenas si la pena se puede cumplir en territorio indígena, para ello, el juez

En sentencia de fecha 16 de noviembre de 2001, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Penal, denegó la tutela pedida, por las siguientes razones: El Tribunal examinó el contenido del artículo 246 de la Constitución, el artículo 14 del Decreto 1397 de 1996, sobre la autonomía de las autoridades indígenas, algunas sentencias de la Corte Constitucional y el documento denominado “Constituyente Embera” para concluir que “la decisión cuestionada por el actor traduce fiel aplicación del sistema normativo propio de la comunidad indígena a la cual pertenece, preexistente al hecho que motivó su juzgamiento.”

Además, la reclusión del actor en la Cárcel de Andes no comporta quebrantamiento del derecho al debido proceso, pues el Consejo de Conciliación y Justicia Indígena de Cristianía fue el que ordenó tal reclusión, y es producto de un consenso del Cabildo con el director de la Cárcel, para la prestación del servicio carcelario al no disponer el Resguardo de una infraestructura carcelaria propia.⁶⁰¹

Señala el Tribunal que, no obstante que se deniega esta acción de tutela, se hace un llamado al señor ministro del Interior para que preste la ayuda y asistencia debidas en la realización de un sistema carcelario propio del Resguardo Indígena Embera-Chamí.⁶⁰²

A lo anterior, el actor impugnó esta decisión y en sentencia de fecha 29 de enero de 2002, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia del Tribunal, con argumentos semejantes a los expuestos por el *a quo*.

deberá cerciorarse si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas.

⁶⁰¹ La condena fue otorgada por la comunidad indígena, sin violación al debido proceso, por lo que la sentencia para dicho año cumplía con la protección al fuero indígena, sin embargo, para el año 2013 la Corte Constitucional establecía que “la figura constitucional del fuero indígena establece para algunos casos que una persona sea juzgada por la jurisdicción ordinaria o jurisdicción indígena, pero en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, independientemente del lugar de reclusión, debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura.” Sentencia T-921-2013.

⁶⁰² A partir del año 2002 la Corte Constitucional se dio cuenta que no garantizarles a los indígenas un lugar donde pudieran cumplir con su pena se ponía en peligro el desarrollo de su identidad cultural, así como un desarraigo de su comunidad, ya que no se toma en cuenta la cercanía que puedan tener los centros penitenciarios con los resguardos o territorios indígenas, sentencia T-388 de 2013.

Agregó que el cumplimiento de la pena de “cárcel” impuesta por la comunidad indígena a la cual pertenece el demandante, no configura quebrantamiento del derecho al debido proceso, sino que corresponde al cumplimiento exacto de su sistema normativo “que, previendo la carencia de infraestructura carcelaria, buscó una solución que viabiliza el ejercicio de su jurisdicción especial.”

CAPÍTULO III

LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ECUADOR

1. INTRODUCCIÓN

Ecuador tiene la singularidad de ser el país latinoamericano con mayor número de constituciones a lo largo de su historia como Estado independiente de la Corona española, lo cual es posible entender a través de los distintos movimientos sociales que se han dado en la nación andina, muchos de ellos generados por los levantamientos que han realizado los pueblos indígenas en defensa de sus derechos humanos.

Dentro del ámbito constitucional americano, la Constitución ecuatoriana de 2008 fue la pionera a nivel continental en hacer una reforma en su articulado para reconocer los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Dichas reformas adecuaron su realidad social, cultural y económica en los cuerpos normativos, protegiendo al máximo su autonomía, libre determinación, propiedad colectiva, las formas de elección de sus autoridades conforme a sus usos y costumbres, así como el respeto a sus formas de solución de conflictos dentro de su territorio⁶⁰³, sin embargo y pese a todo ello, aún quedan pendientes algunos derechos.

Como ya se mencionó, en el año de 2008 se dotó de un amplio abanico de derechos a los pueblos indígenas; uno de los compromisos que hizo la Asamblea Nacional fue la futura promulgación de una ley que coordinara la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena. Está contemplada en el artículo 171 de la Constitución de 2008 como “los mecanismos de coordinación y cooperación que debe haber entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena”, sin embargo, en relación con la ley en comento, la Asamblea Nacional estableció en la disposición transitoria primera, apartado 11 que “el ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución será aprobado durante el primer

⁶⁰³CRUZ RODRÍGUEZ, E., “Redefiniendo la nación. Luchas indígenas y Estado plurinacional en Ecuador (1990-2008)”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2012, núm. Especial: América Latina, pp. 469-491, p. 17.

mandato de la Asamblea Nacional”. Desafortunadamente han pasado trece años y la promulgación de dicho instrumento jurídico no ha visto la luz.

Como puede apreciarse los legisladores han colocado sobre el papel un ambicioso proyecto normativo en aras de promover y proteger los derechos de las colectividades, sin embargo, no han puesto en marcha los mecanismos necesarios para implementarlo, en especial lo que refiere a la coordinación entre ambas jurisdicciones, la ordinaria y la indígena. Por su parte, el poder judicial ha realizado esfuerzos para regular la coordinación jurisdiccional a través del Código Orgánico de la Función Judicial⁶⁰⁴, en donde se ha tratado de delimitar los parámetros bajo los cuales deben relacionarse la jurisdicción ordinaria con la justicia indígena, sin embargo, aún resulta confusa la coordinación y subsistencia entre ambas jurisdicciones, por ello es menester que la promulgación de esa ley se acelere para que puedan establecerse los parámetros bajo los cuales debe regirse dicha convivencia.

Un punto importante que se analizará en este capítulo es referente a los fallos que ha emitido la Corte Constitucional de Ecuador con el objetivo de analizar la constitucionalidad de las decisiones de las autoridades, pueblos, comunidades o nacionalidades indígenas. Evidentemente este apartado es relevante por las implicaciones que supone el reconocimiento a las autoridades colectivas por parte del Estado, no obstante que sus decisiones no pueden ir más allá de lo que protege la Constitución y los Convenios internacionales en materia de derechos humanos, aunque aquí cabe hacer una crítica a la Corte Constitucional ya que al ser la última instancia para recurrir las decisiones de las autoridades indígenas, en el momento en que buscan empatar los valores occidentales con los usos y costumbres de las colectividades, refleja el estado monista jurídico en el que vive.

La Asamblea Nacional que generó la Constitución de 2008 se encargó de reconocer los derechos de los pueblos indígenas, pero sobre todo de dar validez a la jurisdicción indígena dentro del texto constitucional, dando facultades al poder legislativo para generar la ley

⁶⁰⁴Título VIII del Código Orgánico de la Función Judicial, Ley s/n, Disponible en: <https://www.milagro.gob.ec/archivos/pdf/lotaip/literal/02-cofj.pdf>

secundaria que se encargara de crear los mecanismos de control y convivencia entre las jurisdicciones, lo que implicaría que el poder judicial al momento de juzgar los temas de las colectividades reconozcan la jurisdicción indígena, evitando que se excusen en vacíos legales y protegiendo a los indígenas y demás colectividades.

No por ello negamos que los avances en cuanto al reconocimiento de las colectividades no se hayan hecho formalmente, pero materialmente aún queda mucho trabajo por hacer y mejorar, tal como sucedió cuando los indígenas conquistaron sus derechos civiles y políticos permitiendo su arribo al Congreso. El primer paso para que la jurisdicción indígena se vea materializada es la creación de dicha ley y en un segundo lugar permitir la llegada de juzgadores indígenas a las instancias judiciales para que puedan juzgar e interpretar correctamente los litigios indígenas, y no como se hace actualmente, donde los mestizos sin tener conocimiento sobre los pueblos deciden acerca de lo que es correcto o improcedente por las autoridades indígenas.

Sin duda alguna se puede decir que la Constitución de Ecuador de 2008 es el ordenamiento modelo en materia de protección de los derechos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, pese a que se le ha calificado como un texto demasiado detallado y ambicioso. No obstante, debe reconocerse como un ejemplo para el resto de los países latinoamericanos que se han demorado en la tarea de reconocimiento de derechos de sus pueblos y comunidades indígenas.

2. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO

La Independencia de Quito inició en el año de 1809 y fue gracias al impulso dado por los levantamientos sociales que un Congreso Constituyente decidió dotar a dicho territorio de una Constitución en 1812, aún a pesar de la falta de reconocimiento internacional como nación independiente, sin embargo, dicho ordenamiento tuvo una vigencia esporádica.

De acuerdo con algunos historiadores, dicha constitución, no podría ser considerada como tal por las disputadas que se estaban gestando y no contar con el pleno reconocimiento de

territorio independiente, por ello, es que se ubica dentro de los documentos preconstitucionales. Una vez consumada esa independencia se promulgaría un documento constitucional que nació en el año de 1821 y que recibió el nombre de Constitución de la República de Colombia.

En realidad, el primer texto constitucional que tiene Ecuador fue la Constitución Política de la República del Ecuador de 1830⁶⁰⁵, que buscó la igualdad jurídica entre sus habitantes, reconociendo la calidad especial que guardaban los pueblos indígenas, sin embargo, dicha calidad se entiende en sentido negativo, ya que los sigue manteniendo en un estado de interdicción, tal como lo enuncia el artículo 68:

“Este Congreso Constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase de inocentes, abyecta y miserables”⁶⁰⁶.

De la lectura de la anterior disposición se desprende que la condición que guardaban los indígenas durante la Conquista permaneció, a pesar de que se hayan declarado independientes de la Corona; desafortunadamente esto propició que los naturales permanecieran en estado vulnerabilidad y marginación, y el goce y ejercicio de sus derechos como personas quedaran limitados y condicionados a que los párrocos quisieran otorgarles voz ante las instancias del Estado.

Después aparecería la Convención de Ambato de 1835 (que apenas estuvo vigente 7 años), de 1835 a 1843, enseguida se proclamó la Convención Nacional de Quito que tuvo vigencia de 1843 a 1845; posteriormente, se creó la Convención de Quito que fue promulgada de 1845 y estuvo vigente hasta 1851; después vendrían dos documentos constitucionales más como fue la Convención de Quito de 1851 (que apenas tuvo vigencia de un año) y la Constitución que promulgó la Asamblea Constituyente de Quito de 1852 que tuvo una

⁶⁰⁵M. QUEVEDO, J., “Las Constituciones de Ecuador”, *Revista Iuris Dictio*, 2000, núm. 1, p. 67-69.e

⁶⁰⁶ Constitución de Ecuador de 1830. Consultada el 13 de junio de 2021, Disponible en: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf

vigencia de 7 años y misma que sería abrogada por la Convención Nacional de Quito (que proclamó la Constitución de 1861).

En el año de 1869 se creó un nuevo texto constitucional que estuvo vigente durante 7 años; en 1878 la Asamblea Nacional de Quito proclamó un nuevo texto con el nombre de Constitución Política de la República del Ecuador, que se podría decir, fue la que más vigencia tuvo, ya que duró 12 años hasta ser sucedida por la Constitución de 1897 que también estuvo vigente durante 11 años⁶⁰⁷.

Es importante destacar que a pesar de que el Estado de Ecuador ha tenido una cantidad numerosa de textos constitucionales, fue el Congreso constituyente a través de la adopción de la Constitución de 1897, que mostró interés y voluntad por proteger al indígena tal como lo señalaba el artículo 138 de dicho ordenamiento fundamental, de la siguiente manera: “Los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social”⁶⁰⁸.

En ese mismo tenor, encontramos que la Constitución de 1906 continuaba la misma línea, proclamándose en favor de la protección de los indígenas, tal como lo señalaba en su artículo 128: “Los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social; y tomarán especialmente las medidas más eficaces y conducentes para impedir los abusos del concertaje”⁶⁰⁹.

Pareciera que la ideología imperante durante la Colonia en la mayoría de los territorios americanos, no había logrado arraigarse con la misma fuerza en el pensamiento de los constituyentes ecuatorianos, pues estos se manifestaron en favor de conservar y proteger a sus pueblos originarios, tal como lo establecía la Constitución de 1929 en su artículo 167

⁶⁰⁷AVILA SANTAMARÍA, R., *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*, Ecuador, Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012, pp. 3-19.

⁶⁰⁸ Constitución de la República del Ecuador de 1897. Disponible en: <<http://repositorio.casadelacultura.gob.ec/bitstream/34000/11228/2/LBNCCE-AN-2160-PUBCOM.pdf>>, [consulta: 14 de junio, 2021].

⁶⁰⁹Constitución Política de la República del Ecuador, decretada por la Asamblea Nacional de 1906-1907. Disponible en: <<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/9232/2/LBNCCE-AN-2168-PUBCOM.pdf>>, [consulta: 14 de junio, 2021].

que literalmente señalaba: “Los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social, muy especialmente en lo relativo a su educación y condición económica.”⁶¹⁰

A la par se crearon otras normas complementarias como la Ley de Organización y Régimen de las Comunas, que a su vez se complementaba con el Estatuto Jurídico de las Comunidades, ambos textos empezaron a tener vigencia en 1937. La primera merece especial mención pues dotaba a los indígenas de derechos y obligaciones, mismos que debían ser garantizados por el Estado de conformidad con el Estatuto Jurídico.

Después vendrán las Constituciones de 1938 y la de 1945, ambas son importantes porque comenzaron a reconocer las distintas lenguas nativas presentes en el país, además de que se dio la oportunidad para contar con un diputado indígena en el Congreso Nacional. Por su parte, la Constitución de 1946 es relevante porque en su artículo 174, inciso c, reconoce a la cultura indígena y campesina, a su vez el movimiento indígena hizo que el Estado reconociera la educación bilingüe intercultural.

En 1957 se abrió un nuevo panorama para el mundo indígena y para los pueblos indígenas de Ecuador, ya que el Estado de Ecuador ratificó el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo que tiene que ver con la protección e integración de las comunidades indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales dentro de los Estados⁶¹¹.

En este contexto, en el mundo se gestaba una corriente que buscaba un cambio de paradigma respecto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y que impactó en las Constituciones de Ecuador, lo que permitió que se ampliara la protección internacional, por lo que el Estado andino promulgó nuevas Constituciones como la de 1967 y 1979, que marcaron considerables cambios jurídicos en materia indígena.

⁶¹⁰ Constitución Política de la República del Ecuador de 1929. Disponible en: <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf>, [consulta: 14 de junio de 2021].

⁶¹¹CLETUSGREGOR, B., *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, La Paz, 2ª ed., Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2003, pp. 305-307.

La comunidad internacional tras ver que el Convenio 107 era muy limitado en cuanto a su alcance y contenido se propuso a crear un nuevo Convenio con el objetivo de brindar una verdadera protección a los derechos de los pueblos indígenas, por lo que en 1989 se expidió el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que fue ratificado por el Estado de Ecuador el 14 de abril de 1998, lo que generó que la Asamblea Nacional Constituyente de Riobamba decidiera promulgar la Constitución de Ecuador del 11 de agosto de 1998.

La Constitución de 1998 marcó un hito en la historia nacional, ya que incluyó dentro de su texto, en el apartado relativo a los deberes de los ciudadanos la siguiente frase en idioma quichua “*!Ama quilla, ama llulla, ama shua!*”, que quiere decir “*!No ser ocioso, no mentir, no robar!*”⁶¹², lo cual representa los principios esenciales para la convivencia de los pueblos indígenas. Con este hecho, se logró la inserción de la educación bilingüe en el país, así como promover el respeto a las lenguas indígenas. Probablemente, dicha disposición hubiera logrado un mayor alcance si se hubiese obligado a las autoridades a publicar las normas en los distintos idiomas indígenas presentes en el territorio, claro, sin restar que ello fue uno de los elementos que llevarían a consolidar la jurisdicción indígena a nivel nacional.

La Constitución de 1998, consagro una serie de derechos para los pueblos y comunidades indígenas, de los que podemos destacar: el reconocimiento de los idiomas indígenas y el derecho a la identidad, consagrados en los artículos 23 y 24 respectivamente; la promoción de la medicina alternativa en el artículo 44; la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos en el artículo 86; la protección al medio ambiente en el artículo 89; el reconocimiento del trueque como transacción comercial en el artículo 253; asimismo, se prohibió la violencia, racismo, sexismo, intolerancia religiosa o política con el fin de proteger la dignidad de las personas. artículos.

⁶¹²*Idem*, p. 307.

Finalmente llegamos a la Constitución de 2008 que es la que está actualmente vigente en el territorio ecuatoriano y que fue aprobada en la consulta popular del 28 de septiembre de 2008. Esta Constitución es relevante por integra el carácter plurinacional e intercultural de la nación, además de que también reconoce la jurisdicción indígena, elementos que servirían para consolidar la integridad de los pueblos indígenas en un Estado moderno⁶¹³.

Lo importante de agregar al texto constitucional los términos de plurinacional e intercultural es recalcar que no existe un solo derecho indígena sino varios derechos indígenas, tal vez por eso, las legislaciones secundarias no deberían tratar de hablar de una sola sino de varias administraciones de justicia indígena, lo que trae una gran problemática para la Corte Constitucional de Ecuador, ya que no solo debe contemplar los usos y costumbres de una comunidad sino de las 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas que integran esa plurinacionalidad, según el censo realizado en Ecuador el 28 de noviembre de 2010.⁶¹⁴

2.1. Movimientos indígenas

La historia de los movimientos de los pueblos indígenas en Ecuador es muy interesante, me refiero a que los intelectuales de la época se tomaron el tiempo de discutir el rumbo que tendrían que tomar los pueblos indígenas en el texto constitucional, donde liberales y conservadores discutieron la igualdad jurídica de la que eran parte, el problema era saber cómo garantizarla. Uno de los embates a los que se enfrentaron era que Ecuador vivía bajo los ideales que había dejado el período colonial, es decir, que el reconocer la igualdad jurídica de todos los habitantes de la nación implicaba terminar con algunos privilegios con los que contaban ciertos grupos sociales, por ejemplo, no se debían pagar impuestos por desempeñar el trabajo de concertaje, sin embargo la condiciones laborales bajo las que se desempeñaba dicho trabajo eran precarias y el pago de salario apenas les daba para comer,

⁶¹³CHUJI, M. (coord.), *Derechos Colectivos de los Pueblos y Nacionalidades. Evaluación de una década*, Quito, IWGIA, 2010, pp. 16-31.

⁶¹⁴INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS [en línea], <<https://www.ecuadorencifras.gob.ec/la-institucion/>>, [consulta: 12 de mayo, 2019]. (*El próximo está por realizarse en noviembre de 2020*).

esto y entre otras clases de conflictos legales y sociales generaron muchas interrogantes a los dos bandos.

La presente investigación partirá del año de 1907, pues se considera la época de los movimientos indígenas claves para el desarrollo de sus derechos dentro de los ordenamientos constitucionales, además de que en ese año la Asamblea Nacional discutió la calidad que debía tener el indio en la sociedad. No obstante que el tema central se mantuvo en si el concertaje⁶¹⁵ debía terminarse o no, lo cierto es que eran contratos de esclavitud que se mantenían disfrazados como contratos laborales, por ello en el año de 1907 los concertados de Patate-Uro-Provincia de Tungurahua decidieron revelarse contra los hacendados que querían seguir ocupando de sus servicios bajo las reglas y condiciones previstas en ese contrato, mismo que chocaba con el ideal de igualdad jurídica que tenían todos los ciudadanos ecuatorianos, lo cual hacía que hubiera diferencias entre los indios que vivían en el territorio, ya que no era lo mismo ser un indio libre que un concierto. El primero decidía sobre su vida, mientras que el segundo se encontraba a expensas del patrón.⁶¹⁶

Por otro lado surgieron líderes indígenas que exigían tierras a la Asamblea General, sin embargo, las discusiones se entablaron en las relaciones de concertaje que existían en gran parte del territorio, no obstante que dicho problema no se resolvería con la expedición de una ley, ya que se trataba de un práctica de explotación arraigada en las relaciones entre los ecuatorianos, lo que prolongó las discusiones entre los liberales y los conservadores sobre los destinos de esta figura; mientras que en las provincias del país continuaban los levantamientos y enfrentamientos.

⁶¹⁵ El concertaje es un contrato de servicios personales, donde la parte contratante pagaba por adelantado, con lo cual creaba una deuda con el trabajador, muchas de las veces el contratante busca crear esa deuda para presionar al trabajador y su familia que los iba a meter a la cárcel, como se ve el contrato tenía varios problemas no determinaba el tiempo de duración, se involucraba a la familia, se podía heredar la deuda a la familia, lo cual dejaba en estado de indefensión al trabajador. Cfr. IBARRA, H., *Tierra, mercado y capital comercial en la Sierra Central. El caso de Tungurahua (1850-1930)*, Tesis de maestría en Ciencias Sociales con mención en Historia Andina, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede Quito, 1987, pp.106-107.

⁶¹⁶ PRIETO, M., *Liberalismo y temor: imaginando los sujetos indígenas en el Ecuador postcolonial 1895-1950*, Ecuador, FLACSO-Producciones digitales Abya Ayala, 2004, pp.48-50.

Tiempo después se daría un segundo levantamiento en la provincia de ZigZig en el año de 1913, para ese entonces el problema aún no se resolvía, mientras los intelectuales de la época buscaban hacer una diferenciación entre jornaleros e indios en una propuesta de Ley, que se pretendía promulgar para el año de 1918, asimismo las facciones liberales y conservadoras estaban logrando consensuar puntos respecto a los contratos de concertaje, estaba claro que serían clasificados como contratos de trabajo, en los que se debería eliminar de su clausulado la transmisión de la deuda a las familias de los indios, sin embargo, la amenaza de ir a la cárcel por incumplimiento del contrato, no lograría ser eliminado del clausulado.

En el año de 1921 las provincias de Guano, Cojimies y Cumbre provincia de Chimborazo continuaron con protestas contras las autoridades estatales y la explotación que sufrían los indios por parte de los terratenientes bajo los famosos contratos de concertaje, la solución para este tema tardaría muchos años más y se daría hasta el año de 1938 cuando se consignó en el Código de Trabajo un contrato especial para los indios de las haciendas, conocido como contrato de los huasipungueros, en el que los trabajadores recibirían un salario justo, así como acceso a los recursos de las haciendas.⁶¹⁷

Hay afirmaciones que precisan que el movimiento indígena cobro fuerza en el año de 1925 cuando los partidos de izquierda tomaron la lucha del indio como estandarte, acercándose a los sectores menos favorecidos por el gobierno en turno, es así como las sublevaciones de las haciendas de Pesillo, Muyurco, la Chimba y Juan Montalvo se unieron a los partidos de izquierda.⁶¹⁸

Otra apreciación que se tiene sobre el año de 1925 es que se dio un levantamiento por parte de oficiales del ejército, conocido como la Revolución Juliana que buscaba la igualdad y protección de los pueblos indígenas, además, también se debe considerar la inestabilidad política que había en el país, ya que de 1925 a 1948 la nación había tenido 22 jefes

⁶¹⁷*Ibidem*, pp. 71-72.

⁶¹⁸BECKER M., y TUTILLO S., *Historia agraria y social de Cayambe*, Quito, FLACSO sede Ecuador-ediciones Abya Ayala, 2009, p. 128.

supremos para la dirección de sus riendas, por lo que se dio la apertura de cuatro Asambleas Generales que buscaron crear una Constitución.⁶¹⁹

El movimiento indigenista tomó fuerza en Ecuador en el año de 1986 con la Confederación de Nacionalidades Indígenas (CONAIE)⁶²⁰, que se trataba de un grupo crítico del Estado ecuatoriano y que ponía en constante discusión la postura monocultural del Estado. En este sentido, la Confederación pugnaba para que se dejara atrás al Estado liberal nacional y se pasara a la conformación del Estado plurinacional, y con ello permitir que las expresiones de las diversas culturas que habitan en el territorio de Ecuador tuvieran voz y garantizar sus derechos colectivos.

Es cierto que muchos intelectuales tomaron la bandera indigenista y se manifestaron en favor de temas como la representación indígena, la administración de las tierras, las lenguas indígenas, la educación, así como la protección laboral a los pueblos indígenas. Lo anterior trajo beneficios a las colectividades pues la noción de raza se eliminó de la Constitución por considerarse denigrante y racista, se reconocieron las lenguas de las etnias y se promovió la protección de los pueblos indígenas.⁶²¹

La Asamblea de 1928-29 aceptó la representación corporativa como una forma para que todos los gremios estuvieran representados en el Congreso, derecho del que también gozaban las comunidades de indios. Sin embargo, surgió una discusión en torno a quien sería el representante de los indios, ya que se consideraba que uno de ellos no poseería los conocimientos necesarios para manejarse al interior del Congreso, por lo que se propuso que se tratara de un académico. Dicha propuesta fue desechada por los partidarios del Estado y decidieron que el representante de los indígenas fuese una persona designada por el Consejo de Estado, decisión que prevalecería durante la década de 1930.⁶²²

⁶¹⁹PRIETO, M., *op. cit.*, nota 15, p. 123-124.

⁶²⁰LARREA MALDONADO, A. M., "El movimiento indígena ecuatoriano: participación y resistencia", *Revista OSAL, Observatorio Social de América Latina*, 2004, núm. 13, pp. 67-76, p. 68.

⁶²¹PRIETO, M., *op. cit.*, nota 15, p. 125.

⁶²²*Ibidem*, pp. 128-129.

Evidentemente esa propuesta enfadó a los pueblos de indios y en 1937 solicitaron que se retirara al representante designado por el Estado para que ellos pudieran ocupar ese puesto en el Congreso, lo cual empezó a causar eco en distintas partes del Estado, pues lo que buscaban era una verdadera representación a través de uno de ellos, para tal motivo se presentaron varias propuestas al Congreso para que un indígena fuera parte del Congreso, lo cual nunca sucedió, por el contrario, se eliminó la figura de la representación indígena en el Congreso de 1938.

Durante los años 1944 y 1945 el Estado de Ecuador se encontraba saliendo de los estragos dejados por la guerra con Perú, para lo cual, con el objetivo de unir a la nación, el Congreso propuso que se eligiera a un representante por parte de los indios, en lo que los militantes comunistas vieron una oportunidad para colarse al congreso y crearon la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI), agrupación que eligió a un médico blanco comunista para representar a los indios en la Asamblea de 1944-1945. La negación de que un indio formara parte del congreso se mantuvo y para el siguiente año se eliminó la representación india.⁶²³

En los años de 1854 y 1865 se expidieron decretos que reconocieron la propiedad comunal de los indios, sin embargo, las tierras que no estaban demarcadas y deslindadas pasaron a subasta y con ello varias tierras que pertenecían a los indios pasaron a manos de particulares. Lo anterior trajo como consecuencia que el decreto de 1867 reconociera la propiedad comunal de todas las colectividades.

Atender el tema no fue sencillo, las batallas por el reconocimiento de las propiedades comunales se habían resuelto de manera superficial con la ley civil de 1913 que regulaba los cuasi-contratos comunales que les garantizaron un pedazo de tierra comunal e indivisa que se podía transmitir sin salir de la comunidad. Como se ha dicho, se les concedieron tierras pero también se les despojaron de aquellas que no reclamaron las comunidades o aquellas que el Estado no quiso titularles.⁶²⁴

⁶²³*Ibidem*, pp. 132-133.

⁶²⁴*Ibidem*, pp. 136-140.

Mantener figuras de la Colonia como la propiedad comunal, causaba revuelo entre los liberales de la época, pues pretendían sepultar las figuras del pasado con el propósito de incorporar a los indios a la nueva realidad en la que pasaran de una comunidad a una propiedad individual, donde dejaran atrás sus rasgos étnicos y se asumieran como ciudadanos civilizados, lo cual era un doble discurso porque querían despojarlos de sus rasgos culturales pero a la vez se pretendía mantenerlos suprimidos como la clase obrera de la nueva nación.

Como lo hemos mencionado, los indígenas habían logrado el semi reconocimiento de sus propiedades comunales y con ello vendría otro problema que fue la definición de las autoridades indígenas. Como sabemos los pueblos y comunidades indígenas cuentan con autoridades representativas elegidas conforme a sus usos y costumbres, sin embargo, este derecho ya había sido reconocido por los reyes españoles durante la Colonia, que a su vez tuvieron influencia en las autoridades parroquiales. Todos estos rasgos provenientes del pasado fueron mal vistos por los intelectuales de la época, por lo que buscaron terminar con este tipo de representaciones comunales y decidieron que las comunidades de indios serían representadas por una sola persona que tendría interlocución con las autoridades estatales, con ello se promulgó la Ley Comunal de 1937 que reinventaba los cabildos con rasgos del Estado moderno.⁶²⁵

Las autoridades estatales se percataron de que los indios no estaban formando parte del nuevo Estado que se estaba creando, por lo que fue necesario que se emitiera la Ley de Organización y Régimen de Comunas y el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas⁶²⁶.

La primera trataba los temas de las dimensiones de las comunas, dotadas de un gobierno comunal integrado por un presidente, vicepresidente, secretario y tesorero; todas estas nuevas autoridades venían a desconocer las autoridades indígenas y religiosas.

⁶²⁵*Ibidem*, p. 143.

⁶²⁶*Ibidem*, pp. 152-153

La segunda, tocaba los temas referentes a los elementos de la comuna, la administración de la misma, pero lo más importante es que los temas o conflictos que se dieran en esas comunidades tenían que ser vistos por el Ministerio de Previsión Social y no por la jurisdicción ordinaria. En el año de 1950 se intentaría reformar la Ley de Comunas para terminar con la jurisdicción especial que tenían los indios, lo cual fue rechazado por el presidente Galo Plaza.⁶²⁷

Para la década de 1960 todos esos temas continuaban vigentes en las luchas de los movimientos indígenas que mantenían una pugna contra los contratos de *hausipungueros* y las jornadas en las haciendas, además de que también persistieron sus demandas por un repartimiento agrario que se lograría gracias a las reformas agrarias. De la misma manera, la prevención y erradicación de la discriminación contra los indígenas en el país se volvía un tema recurrente entre los grupos indígenas, por lo que surgieron propuestas para tratar el asunto que fueron lideradas por la Federación Ecuatoriana de Indígenas.

El año de 1973 es relevante en el contexto nacional ya que se dio una nueva reforma agraria con la promesa de hacer un reparto agrario en favor de las comunidades indígenas, sin embargo, ello nunca ocurrió, por lo que las manifestaciones por parte de grupos indígenas prevalecieron por otras dos décadas.

En el año de 1986 se creó la probablemente es la principal organización indígena en Latinoamérica conocida como CONAIE, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, como resultado de la fusión de tres organismos regionales, la Organización de las Tierras Altas de Ecuador, *Runacunapac Riccharimui* (ECUARUNARI), que se formó en 1972, la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana (CONFENIAE) creada en 1979, así como de una organización de menor envergadura.⁶²⁸

En 1990 el movimiento indígena logró un gran impacto en el Estado de Ecuador ya que por medio de una huelga indígena se paralizó todo el país en virtud de que los mismos

⁶²⁷*Ibidem*, pp. 153-154

⁶²⁸VAN COTT, D. L., "Los movimientos indígenas y sus logros: la representación y el reconocimiento jurídico en los Andes", *Revista de la Universidad de Salamanca*, 2004, pp. 141-159, p. 143.

indígenas empezaron a construir foros de discusión sobre los viajes de Colón y los males y beneficios que trajo la conquista, evidentemente eso trajo la atención de muchos pueblos indígenas además de que la prensa internacional les dio visión en todo el mundo.

En el año de 1992, las colectividades indígenas de la Amazonia realizaron una marcha para reclamar la titularidad y deslinde de los territorios, pero sobre todo buscaban la declaratoria del Estado como plurinacional, evidentemente el Estado no hizo modificación alguna a su normativa, por ello, en ese mismo año se realizó un levantamiento en conmemoración por los 500 años de la resistencia indígena. En el año de 1994 se dio otro movimiento importante conocido como la movilización por la vida, ya que las colectividades indígenas se oponían a la Ley de Desarrollo Agrario y buscaban la reivindicación de sus territorios.

Lo más importante de esa huelga fue la creación de un partido político conocido como Movimiento Plurinacional Pachakutik-Nuevo País⁶²⁹, que tuvo seis años para hacer campaña y obtener partidarios para las elecciones de 1996, en las que logró obtener un 21% del voto nacional. Consiguieron obtener ya no un solo un diputado en el Congreso, como había sucedido en 1945, sino que lograron ocupar doce espacios para diputados con circunscripción nacional y varias diputaciones provinciales, además de rescatar algunos puestos como alcaldes.

En el año de 1996, la lucha de las comunidades indígenas tomo significado y logró que el Congreso Nacional reformara el artículo 1 de la Constitución Política de la República del Ecuador⁶³⁰, lo relevante de esta reforma era que el Estado Ecuatoriano se declaraba como un Estado multiétnico y pluricultural, y que vino acompañada del reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos. Entre ellos se hizo mención de lo que próximamente se conocería como jurisdicción interna, así como la calidad que tienen las autoridades indígenas para resolver los problemas internos de sus comunidades de conformidad con sus

⁶²⁹Véase RAMÍREZ GALLEGOS, F., "El movimiento indígena y la reconstrucción de la izquierda en Ecuador: el caso del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País (PK)", en OSPINA, P., *et. al.*, *Los Andes en movimiento. Identidad y poder en el nuevo paisaje político*, Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 65-94.

⁶³⁰BECK, S. y MIJESKI, K., "Indigena Self-Identity in Ecuador and the Rejection of mestizaje", *Latin American Research Review*, Vol. 1, 2000, núm. 35, pp. 119-137, p. 122.

usos y costumbres, sin embargo, a pesar de esos grandes avances jurídicos en materia de derechos de los pueblos indígenas, estos no quedaron conformes y decidieron continuar su lucha para lograr que el Estado se declarara con carácter de ‘plurinacional’.

El año de 1997 fue complicado para el Estado de Ecuador ya que el movimiento indígena había logrado mayor vigor y simpatizantes a nivel nacional, lo que le permitió oponerse a las medidas económicas y a la corrupción del gobierno, lo que ocasionó que el presidente Abdalá Bucaram fuera destituido y se diera la necesidad de crear un nuevo texto constitucional, sin embargo, debido a que el gobierno entrante de Fabián Alarcón y el Partido Social Cristiano pretendían posponer la convocatoria por el inicio de su nuevo gobierno hasta 1998, fue que la CONAIE llamó a la caminata nacional de las nacionalidades y pueblos indígenas, seguro campesino y otros sectores sociales. Y se autoconvocara a una Asamblea constituyente, que se instaló el 13 de octubre del 1997.⁶³¹

No obstante, ya que en el año de 1998 el movimiento indígena no había logrado la declaratoria de Estado Plurinacional, el Estado de Ecuador continuó siendo Pluricultural y Multiétnico, sin lograr que se reconocieran los derechos de titularidad de la propiedad indígena.

En el año 2000 la CONAIE fue un actor clave para el panorama político en Ecuador ya que fue un actor sobresaliente en la destitución del presidente Jamil Mahuad⁶³², ya en este punto la Confederación había logrado consolidar una importante influencia y peso político que demostró el 21 de enero de 2000 con la destitución del primer mandatario.

Para el año de 2002 el partido Pachakutik trabajó con la CONAIE para apoyar la candidatura presidencial de Lucio Gutiérrez Borbúa, quien había logrado obtener el diez por ciento de la votación electoral. Una vez que el presidente Gutiérrez Borbúa tomó posesión; los indígenas comenzaron a ocupar cargos dentro de la administración pública,

⁶³¹LLASAG FERNÁNDEZ, R., *Los derechos colectivos y el movimiento indígena*, Quito, CONAIE-CEPS, 2000, p.1.

⁶³²Respecto de este proceso histórico, en donde los indígenas Ecuatorianos tomaron parte fundamental en el proceso de renuncia, el mismo es narrado día a día por el académico Kintto Lucas, dentro de su Libro “La rebelión de los Indios”. Cfr. KINTTO, L., *La rebelión de los Indios*, Quito, Abya-Yala, 2000, pp. 110-123.

por un lado, la indígena Nina Pacari encabezaría el Ministerio de Relaciones Exteriores; mientras que el indígena Luis Macas presidía el Ministerio de Agricultura. El rol y los valores indígenas de estos actores se verían cuestionados por el apoyo que le brindaron a la política monetaria que implementó el presidente, la cual consistió en dolarizar la economía y aceptar la firma del Tratado de Libre Comercio de las Américas.

Las movilizaciones indígenas continuaron de 2002 a 2005, deseosas de apoderarse de las instituciones a través de los medios democráticos, querían abandonar el sistema neoliberal, tener voz y voto en las tribunas nacionales, continuar promoviendo el reparto agrario, pero todo ello no se logró debido a los cambios que estaba viviendo el país y la transformación interna por la que estaba pasando la CONAIE.

Es importante mencionar que Luis Macas contaba con el apoyo de la CONAIE para buscar la presidencia de Ecuador⁶³³, aun cuando dentro del mismo movimiento también había facciones que se oponían. Lo que generó fricciones al interior de la Confederación de tal manera que no se dieron las condiciones necesarias para que su candidato indígena ocupara la presidencia en 2007.

Un año después se promulgaría la Constitución de 2008, dicho ordenamiento es de suma importancia y trascendental para los pueblos indígenas, ya que incorporó el plan del buen vivir, que busca la protección de la identidad indígena y de la biodiversidad del territorio⁶³⁴, así como la plurinacionalidad y el multiculturalismo del país. Cabe mencionar que todas estas conquistas sociales se deben en gran medida al impulsó por parte de las grandes movilizaciones que han hecho los pueblos indígenas en Ecuador.

⁶³³ Véase Periódico “El país”. *Los indígenas ecuatorianos designan a Luis Macas su candidato a la presidencia*, 25 de mayo, 2006. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2006/05/26/actualidad/1148594406_850215.html>, [consulta: 15 de junio, 2021].

⁶³⁴ Para los pueblos indígenas el sentimiento que tienen hacia su territorio le da una connotación especial que dista mucho de lo que se entiende por territorio como una propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos, en donde se tornan justiciables en la medida en que garanticen otro derecho, por ejemplo, la propiedad privada. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, p.15.

3. NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES A ECUADOR

Durante las últimas décadas el Estado de Ecuador se ha ocupado de impulsar reformas constitucionales para que se reconociera la jurisdicción indígena a través de mecanismos de coordinación con la jurisdicción ordinaria, sin violentar los derechos humanos que establece el Convenio 169 de la OIT.

La nación andina adoptó el Convenio 169 de la OIT, el 14 de abril de 1998⁶³⁵, es por ello que la Constitución de 2008 así como el Convenio son instrumentos jurídicos aplicables para proteger los derechos humanos de los pueblos originarios y tribales en Ecuador.

La importancia de adoptar el Convenio 169 de la OIT en la Constitución de Ecuador de 2008 tiene que ver con una justa protección a los pueblos indígenas, como lo establece el artículo 57.10 que retoma las ideas principales de los artículos 12 y 13 del Convenio 169, mismos que ayudaron a dejar firme el pluralismo jurídico en el texto constitucional, ya que el concepto de nacionalidades es una creación de los pueblos indígenas de Ecuador que los llevó a crear las plurinacionalidades.

A partir de ese momento el Estado de Ecuador comenzó a informar a la OIT que estaba creando mecanismos para que los pueblos indígenas participaran de forma activa en la vida política del país, fue por este motivo que en el año de 2007 se creó la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana.

Cabe mencionar que la OIT estuvo muy atenta a la promulgación de la Constitución de 2008 ya que se supone debía estar acorde al Convenio 169 de la OIT en cuanto a derechos sobre tierras, participación, consulta, protección al medio ambiente de los pueblos indígenas se refiere.

⁶³⁵Registro Oficial del Gobierno del Ecuador, No. 304. Publicación del 24 de abril de 1998. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Pueblos_indigenas/ro304_1998_conv169oit_ec.pdf?view=1, [consulta: 18 de junio, 2021].

4. LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ECUADOR

La Constitución de Ecuador⁶³⁶ establece en el artículo 2 la protección a los idiomas ancestrales de la siguiente forma:

La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.

El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el Kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.

Por su parte, los artículos 56 y 57 hacen mención a los derechos humanos y al bloque de constitucionalidad al que tienen derecho los pueblos y comunidades indígenas:

Art. 56.- Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.

⁶³⁶Constitución Política de Ecuador, 2008. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cons.pdf, [consulta: 17 de junio, 2021].

3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.
8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.
9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.
10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
11. No se desplazados de sus tierras ancestrales.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas, dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

Se prohíbe toda la forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.

14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación, intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje.

Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.

15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.

19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.

20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.

21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

Los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

Sobre este punto se deben hacer algunas aclaraciones, en Ecuador existen 14 nacionalidades indígenas que son: Awa, Chachi, Espera, Tsa'chila, Shuar, Achuar, Siona, Secoya, Wuaorani, A'inconfán, Shiwiar, Zápara y Kichwa. De acuerdo con la CONAIE las nacionalidades indígenas son colectivos que guardan una estrecha relación con su historia, idioma, cultura, que están establecidos en un determinado territorio, con sus propias formas de organización y que cuentan con sus propias autoridades.⁶³⁷

⁶³⁷ CONAIE, *Las nacionalidades y Pueblos y sus derechos en la legislación nacional e internacional*, Quito, 2001, p.7.

Esas 14 nacionalidades son distintas a los pueblos, en sentido estricto, el término ‘pueblo’ lo entendemos como quedó explicado en el capítulo 1 de este trabajo de investigación, pero para el Estado de Ecuador los pueblos indígenas son una colectividad que tiene identidades culturales, pero que son distintas a las de las otras colectividades ecuatorianas, e igualmente cuentan con sus propias formas de organización social política, económica y jurídica. Entonces podemos decir que la nacionalidad es lo genérico y el pueblo es lo específico.

Es necesario entrar a la explicación de lo que es comunidad indígena como también quedó establecido en el capítulo 1 de este trabajo de investigación, pero para el Estado de Ecuador es “una forma nuclear de organización socio política tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllu o centros.”⁶³⁸ Por lo tanto, se puede decir que la comunidad es un centro de organización legislativa, judicial, política y económica donde las Asambleas toman las decisiones sobre ese tema.

Las nacionalidades indígenas son colectividades con existencia milenaria anterior a la formación del Estado, que habitan en un territorio determinado y que cuentan con una identidad histórica, idioma, cultura, e instituciones propias, así como formas de organización social, económica, política, jurídica y autoridades propias también.⁶³⁹

Por su parte, los pueblos indígenas son colectividades originarias que se integran por comunidades que cuentan con identidad cultural e historia propias, mismas que los diferencian de otros sectores de la sociedad. Asimismo, cuentan con formas de organización social, económica, política y jurídica particulares.⁶⁴⁰

Finalmente, y para facilitar su comprensión, una comunidad es el gobierno comunitario que funciona dentro de las organizaciones colectivas, como las nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas.

⁶³⁸Cfr. CONAIE, *Formas de organización social comunitaria o colectiva*, Quito, 1998.

⁶³⁹TIBIAN, L., y ILAQUICHE, R., *Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Editorial Fundación Hanns Seidel, 2009, p. 12.

⁶⁴⁰*Idem*.

En relación con los artículos 60, 242 y 257, estos hacen referencia a los territorios ancestrales:

Art. 60.- Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación.

Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial.

Art. 242.- El Estado se organizará territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales.

Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales.

Art. 257.- En el marco de la organización político-administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.

Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administrativas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.

En este punto, llama la atención que la República de Ecuador consagre en distintos de sus preceptos constitucionales el respeto a las nacionalidades indígenas como un elemento diferenciador del resto de la población, donde se debe respetar la organización interna de los pueblos indígenas, así como las autoridades indígenas y las formas de solución de los conflictos dentro del territorio que habitan, sin embargo, a 12 años de la promulgación de la Constitución de 2008 aún no se han expedido las leyes como la de coordinación de jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria, que permitan materializar los ordenamientos del texto constitucional.

Por otra parte, el artículo 76 consagra el derecho a contar con un traductor o intérprete para el caso de no comprender o hablar el idioma en que se substancie el juicio, entre otra clase de garantías para el debido proceso, pero particularmente en su numeral 7 habla sobre la jurisdicción:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declara su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionada por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Este artículo es de suma importancia porque se menciona la importancia que tiene la jurisdicción indígena, la cual se encuentra a la par de la jurisdicción ordinaria e incluso si una persona es juzgada por las autoridades indígenas, su resolución alcanza estatus de cosa juzgada y no puede ser retomada por las autoridades ordinarias.

La sección segunda trata sobre justicia indígena, en específico el artículo 171:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de

las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Es importante recalcar que el hecho de que la defensa de los derechos de participación de las mujeres indígenas quede consagrada en el texto constitucional, es una manera de ir modificando las costumbres de los pueblos o comunidades indígenas, con el fin de lograr la inserción de las mujeres indígenas en la vida pública del país.

Estas garantías de protección a los derechos de la mujer indígena, ya se encuentran reguladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009 y en específico en el artículo 65 que literalmente señala que: “La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionales garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que haya conocido.”⁶⁴¹

Por otro lado, tenemos el reconocimiento de las autoridades indígenas en la Ley de Comunas de 1937, sin embargo, su regulación fue limitada ya que el Estado fue restringiendo la participación de los líderes y dirigentes tradicionales y marginando a los líderes ancianos, el argumento de los congresistas fue que se necesitaban construir liderazgos nuevos para que pudieran enfrentar los nuevos retos de la sociedad capitalista.⁶⁴²

⁶⁴¹Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf>, [consulta: 17 de junio, 2021].

⁶⁴²MARTÍNEZ VALLE, L., *Economía Política de las comunidades indígenas*, 2ª ed., Quito, Abya-Yala, 2002, p.11.

Evidentemente esa Ley de Comunas limita el acceso de las personas de los pueblos indígenas para aspirar a ser autoridades debido a que anteriormente prácticamente cualquier integrante de la comunidad podía aspirar a ser parte del aparato administrativo de la misma, por el contrario, con la ley en comento se establecieron requisitos para poder ser autoridad, cuya singularidad radica en que dichos requisitos no son satisfechos por la mayoría de la población indígena. Al respecto, en el artículo 48 del Estatuto del Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi se señalan los siguientes requisitos⁶⁴³:

- a) Ser mayor de 18 años de edad y estar en pleno goce de los derechos de ciudadanía.
- b) Tener una preparación académica de por lo menos ciclo básico.
- c) Pertener o ser miembro activo de la OSGs filiales del MICC
- d) Contar con un aval de la organización a la que pertenece, previo el cumplimiento de los procedimientos de selección y elección aplicados en las organizaciones de base y en la OSGs.
- e) Tener por lo menos cinco años de militancia y participación activa en las organizaciones de base, debidamente certificadas y comprobadas al momento de presentarse como candidato.
- f) Haber demostrado un comportamiento respetuoso de los principios, fines y objetivos del MICC.
- g) No haber fomentado división o fraccionamiento del MICC, de la OSGs de las jurisdicciones respectivas o de las comunidades de base.
- h) Presentar una propuesta en Kichwa y castellano, la misma que contendrá las actividades que va desarrollar cuando sea dirigente de manera clara, objetiva y sujeta a la realidad del MICC.

⁶⁴³ Estatuto del Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi. Disponible en: <https://www.flacso.org.ec/biblio/shared/biblio_view.php?bibid=12907&tab=opac>, [consulta: 18 de junio, 2021].

- i) Estar al día en las cuotas adquiridas y extraordinarias de las organizaciones de base.
- j) No adeudar no haber desviado los fondos de la organización de base.
- k) Ser lanzado como candidato a una dignidad por el Presidente de la OSG o su delegado.
- l) Cumplir con los requisitos que se establezcan en el reglamento especial que el consejo de gobierno del MICC elaboró para el congreso.

Como se observa, los requisitos que se implantaron para ser autoridad indígena, que más bien, han servido como limitantes, atienden a temas relativos a la política y no con el sistema de cargos ancestrales que tenían las autoridades indígenas. El Estado con un afán de modificar y controlar las representaciones indígenas propició el declive de esta figura tradicional ya que se implantaron nuevas formas de representación dentro de las comunidades indígenas.

La Constitución de 1998⁶⁴⁴ sólo contemplaba como sujetos de administración de justicia a los pueblos indígenas, cuando se promulgó la constitución de 2008 observamos que esa posibilidad se amplió hacia los colectivos indígenas como las comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas que están contemplados en los artículos 10, 56, 58, 59, 60 y 248 de dicho ordenamiento fundamental.

Una crítica que podríamos hacer al artículo 171 del texto constitucional de Ecuador, es que la jurisdicción de los pueblos indígenas se acotó a resolver los problemas del ámbito interno de la comunidad, lo que da lugar a suponer que únicamente pueden resolver sobre temas relativos al desarrollo y subsistencia de la comunidad o que la jurisdicción indígena contemple estrictamente los elementos personales y territoriales para juzgar a una persona.

⁶⁴⁴Constitución de Ecuador de 1998. Disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>, [consulta: 18 de junio, 2021].

Por otro lado, el reconocimiento que hace la Republica de Ecuador a la jurisdicción indígena es progresista, lo que ha permitido su convivencia con el sistema jurídico nacional, ya que los conflictos internos de las comunidades pueden ser resueltos conforme a sus usos y costumbres, lo que ha sido beneficioso para los indígenas, ya que si se permitiera la intromisión del Estado en los asuntos internos caeríamos en una contradicción al pluralismo.

Asimismo, de la lectura de la disposición antes referida se aprecia que las autoridades indígenas no pueden declarar sentencias definitivas dentro de su jurisdicción ya que las mismas son apelables ante la Corte Constitucional como sucede en la jurisdicción ordinaria, además de que el tribunal puede hacer uso del control constitucional para proteger los derechos humanos de los indígenas.

En ese mismo tenor se encuentra el artículo 189:

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.

Las juezas y jueces de paz utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en

funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho.

Dicho artículo recalca que la jurisdicción indígena está a la par de la jurisdicción ordinaria, por lo tanto, esta última no puede estar por encima de la otra, aunque se han documentado casos en los que los jueces de la jurisdicción ordinaria pretenden imponerse sobre las decisiones que han tomado las autoridades de la jurisdicción indígena, para resolver y evitar esta clase de situaciones, resulta indispensable expedir una ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria.

4.1. Plurinacionalidad en Ecuador

Merece la pena hacer unas breves anotaciones en torno a la plurinacionalidad, que parece un término extraño para la mayoría de Estados que no contemplan en su Constitución o normas secundarias el tema de las plurinacionalidades, ya que tradicionalmente se ha manejado el término de nacionalidad, más no el de plurinacionalidades; por ello, en cuanto al Estado de Ecuador, tendremos que mencionar que dicho país tiene 14 nacionalidades indígenas.

El origen de la plurinacionalidad lo encontramos en la década de los sesenta cuando se comenzó a deconstruir el concepto de Estado-nación, como un término en el que no es posible integrar ni representar a todas las colectividades de un territorio. Dicha discusión surgió en el viejo continente, de manera más específica en el Reino Unido y los nacionalismos escocés, galés e irlandés, pasando por España y los nacionalismos gallegos, vasco y catalán; para llegar a Canadá y el nacionalismo en Quebec, sin dejar de mencionar los movimientos que se dieron en Sudamérica en la década de los 80, cuando los movimientos indígenas lucharon por el reconocimiento de un Estado plurinacional⁶⁴⁵e intercultural.⁶⁴⁶

⁶⁴⁵No se debe pasar por alto que, respecto del surgimiento del término, existen dos posturas discordantes. Una de ellas es sostenida por Miguel Caminal y la otra por la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia. Respecto de estas posturas, se recomienda el texto “Dimensiones de lo

El problema surgió cuando se dio el reconocimiento de otras culturas y a las autodeterminaciones, del rompimiento de la concepción tradicional del Estado donde no existe una sola cultura sino varias en un mismo territorio, es así como se comenzó a gestar la aceptación de las plurinacionalidades para llegar al pluralismo.

El pluralismo se puede entender con la afirmación de los derechos de las minorías, o de aquellos grupos que han vivido una discriminación histórica, por lo que el Estado ha tenido que crear políticas públicas en favor de las colectividades.⁶⁴⁷

Para Ecuador la plurinacionalidad se entiende como “unidad en la diversidad”, que es el reconocimiento a la existencia de diversos pueblos y nacionalidades dentro del Estado ecuatoriano, con calidad de sujetos políticos y con derechos propios, sin que su existencia *per se* implique la fragmentación o disolución del Estado. Por tal razón se consideran características básicas del Estado plurinacional, el derecho al territorio, el reconocimiento del autogobierno y el estatus de autonomía de cada pueblo y/o nacionalidad.⁶⁴⁸

Aún no ha logrado llegarse a un consenso entre los estudiosos del tema en relación con el término de nacionalidades, ya que también hay posturas que consideran que la plurinacionalidad genera divisiones, inclusive dentro del mismo movimiento indígena ecuatoriano⁶⁴⁹, por ejemplo, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) adopta el término de nacionalidades y por ende ha pedido la adopción de dicho término en el texto constitucional; mientras que el resto de las organizaciones como la Confederación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras (FENOCIN), el Consejo de Pueblos y Organizaciones Indígenas Evangélicas del Ecuador (FEINE), la Confederación de Pueblos y Organizaciones Indígenas Campesinas del Ecuador (FEI), y la

Plurinacional”. Cfr. ROJAS TUDELA, F. L., “Dimensiones de lo Plurinacional”, *Direito & Práxis Revista*, Vol. 08, 2017, núm. 4, pp. 2989-3003.

⁶⁴⁶Cfr. RON ERRÁEZ, X., *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2015, p.14.

⁶⁴⁷*Ibidem.*, p. 18.

⁶⁴⁸CHUJI, M., “El Estado plurinacional”, *Revista Yachaykuna*, 2008, núm. 8, pp. 7-14, p. 7.

⁶⁴⁹ Véase: AYALA MORA, E., *Ecuador. Patria de todos*, Ecuador, 5ª ed., Vol. 19, Corporación Editora Nacional, 2017, p. 29.

Federación Nacional de Trabajadores Agroindustriales, Campesinos e Indígenas libres del Ecuador (FENACLE) han pugnado por la adopción del término interculturalidad.⁶⁵⁰

Lo anterior demuestra el motivo por el cual la Constitución del Ecuador de 2008 agregó dos términos nuevos que fueron el de *plurinacional* e *intercultural*, dado que los movimientos indígenas en Ecuador son de suma importancia para la democracia del país, sin embargo, la CONAIE tiene mayor peso en la toma de decisiones, ya que como lo hemos mencionado inclusive ha tenido representantes en el Congreso Nacional, así como en los ministerios.

Independientemente de los argumentos que se quieran verter sobre las nacionalidades de los pueblos indígenas que contempla la Constitución de Ecuador de 2008, considero que es apropiado ya que subraya la individualización de cada uno de los pueblos indígenas o afrodescendientes presentes en el territorio, con independencia de genere complicaciones respecto al término tradicional de nacionalidad.

Ahora bien, el Diccionario de la Real Academia Española define a la plurinacionalidad como “adjetivo de múltiples naciones”⁶⁵¹.

Podemos explicar a la plurinacionalidad como “el reconocimiento político de la existencia y convivencia de varios pueblos étnicamente distintos, en un mismo Estado, el país que cumple con estas características, puede denominarse como plurinacional, además de que implica la actuación del régimen del gobierno de acuerdo con la realidad de los grupos históricamente relegados, indígena, afros, montubios, etc., a fin de alcanzar una sociedad intercultural en la que se reconozca la existencia de múltiples culturas y a la vez se logre una interrelación entre ellas”.⁶⁵²

⁶⁵⁰AYALA MORA, *Interculturalidad en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar. Disponible en: <https://www.uasb.edu.ec/User_Files,Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf>, [consulta: 23 de septiembre, 2018].

⁶⁵¹REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario en línea*, “Plurinacional”. Disponible en: <https://dle.rae.es/plurinacional>, [consulta: 16 de junio, 2021].

⁶⁵²WALSH, C., *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas decoloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-AbyaYala, 2008, pp. 6, 10 y 24.

Otras conceptualizaciones de plurinacionalidad la entienden bajo el principio de plurinacionalidad como aquel principio político que permite aspirar el pleno ejercicio a los derechos de todas las naciones que existen en un Estado.⁶⁵³

El multicitado término empezó a usarse en Ecuador en el año de 1998 cuando los dirigentes de las comunidades o colectividades lo incorporaron en sus discursos, no obstante que dicho término no había logrado insertarse en el texto constitucional, que en ese entonces reconocía al Estado como pluricultural y multiétnico.⁶⁵⁴

Será hasta el año de 2008 que la Constitución de Ecuador incorpore el término de Estado Plurinacional, lo que permitió que el movimiento indígena tuviera voz en la Asamblea Nacional, de esta forma fue como quedó instaurado que el Estado plurinacional era la sociedad de varias naciones unidas en un solo Estado con reconocimiento plurinacional y sujetas todas a una misma Constitución.

5. JURISDICCIÓN INDÍGENA

Para explicar el tema de jurisdicción indígena parecería que nos tenemos que remontar a los años de la colonia, donde existía una República de españoles y una República de indios, y no hace mucho se empezó a hablar sobre una tercera República de negros, como esa tercera raíz que corre en nosotros; así lo que quiero mencionar cuando se habla de dos jurisdicciones como son la ordinaria y la indígena, ello no significa que se esté pidiendo que una esté por encima de la otra o decir que una somete a la otra, eso es un tema viejo y que no tiene nada que ver con el tema de coordinación de jurisdicciones que se está planteando en el presente trabajo de investigación.

⁶⁵³COLOMA ANDRADE, P. S., *Justicia Indígena, su aplicación, sanciones y su relación con la Legislación Ecuatoriana. Proyecto de Investigación Previa a la Obtención del Título de Abogada*, Quito, Universidad Central del Ecuador, 2017, p. 14.

⁶⁵⁴Respecto al uso del término, existen académicos (como Floresmilo Simbaña), que señalan que la propuesta de plurinacionalidad fue lanzada por la CONAIE como un proyecto político a mediados de la década de los ochenta. *Cfr.* SIMBAÑA, F., “La plurinacionalidad en la nueva Constitución”, en MUÑOZ, F. (comp.), *La Asamblea Constituyente: contexto, funcionamiento y estrategia de actores*, Quito, ILDIS, 2008.

Una de las ventajas que nos trajo la Revolución Francesa fue el postulado de la igualdad jurídica que permeó en todos legisladores modernos. Evidentemente fue un paso que inspiró a cada una de las sociedades que se estaban ajustando a los nuevos márgenes del derecho contemporáneo, sin embargo, una de las primeras luchas que buscaron los marginados fueron los derechos civiles y políticos, que si bien, en los pueblos y comunidades indígenas ya existía el principio de elegibilidad entre sus pares. Poco después se hicieron ajustes en las formas de representación india en Ecuador y con ello se ajustaron figuras del pasado al nuevo concepto de ciudadanía que tanto demandaban los intelectuales de la época.

Pero los ilustrados y modernos gobernantes quisieron construir una ciudadanía general donde no se tomaran en cuenta las particularidades que tenía su sociedad. La población ecuatoriana no era homogénea sino diversa, pues existían muchos indígenas, afrodescendientes o como se les conoce actualmente como afroecuatorianos, por ello se dice que el derecho ecuatoriano debe buscar y respetar las particularidades de su sociedad y uno de los grandes debates que hay sobre ese tema es reconocer la competencia de las autoridades de los pueblos indígenas.

El primero de los debates que surgió en torno al tema, fue sobre la existencia de un sólo sistema de justicia en el territorio, lo cual es equivocado, ya que como hemos visto, los sistemas de justicia indígena estuvieron presentes en el territorio inclusive desde antes de la formación del Estado, motivo por el cual el Estado moderno de Ecuador reconoció en su texto constitucional el sistema ordinario y el sistema indígena y una sola Corte Constitucional.

El otro problema que presenta el reconocimiento de la jurisdicción indígena tiene que ver con su aplicación y la pregunta que debe formularse es: ¿cómo sabemos qué temas son juzgados por cada jurisdicción? Lo que nos lleva a la siguiente pregunta ¿dónde ocurrió el delito o se puede aplicar el principio de territorialidad indígena? Se entiende, por lo tanto, que si el delito ocurrió en el territorio de la comunidad indígena es jurisdicción indígena. La disyuntiva se presenta cuando el indígena no vive o cometió el ilícito fuera del territorio

indígena, entonces las autoridades tienen una duda razonable sobre quien es la autoridad competente para juzgar dicho delito⁶⁵⁵.

Al respecto, otra crítica que cabe señalarse sobre al texto constitucional y a las leyes secundarias de Ecuador es que no delimitan con exactitud que territorios deben considerarse indígenas. Sumado a ello, muchos de los indígenas viven en territorios urbanos o rurales, por lo que la solución al problema de la territorialidad resulta compleja. Primeramente, se deben delimitar con precisión los territorios de los pueblos indígenas, sin caer en el aislacionismo indígena, como ocurrió en los Estados Unidos de América.

Otra de las dudas que plantea la jurisdicción indígena es sobre la revisión de las decisiones de las autoridades indígenas, sobre esto el Estado estableció que cuando existan conflictos entre una o dos comunas el cuerpo de gobierno de una Federación o Confederación podrá resolver el caso y en este caso actúa como autoridad supletoria, sin embargo, el asunto se complica cuando las autoridades indígenas dictan una “sanción” y el individuo quiere apelar y no tiene una segunda instancia reconocida en el derecho indígena para hacerlo, por lo tanto, se puede decir que las decisiones emanadas de las autoridades indígenas son inapelables, porque se ha presentado en múltiples ocasiones que los indígenas acudan a la justicia ordinaria para que puedan tener derecho a la revisión de esa decisión⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵La sentencia T-1294/05, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, ha estipulado un criterio que permitiría dilucidar la forma de superar este conflicto; a saber: *“Dos factores son importantes a la hora de establecer cuándo adquieren competencia las autoridades indígenas para definir un asunto que afecta el bienestar de la comunidad: uno es el factor personal, es decir la circunstancia de que la persona que va a ser juzgada pertenezca a la comunidad indígena respectiva, pues es precisamente tal pertenencia la que concede la identidad cultural que genera el fuero especial; el otro factor es el territorial, vale decir, el hecho de que la situación que se va a juzgar haya tenido lugar dentro de la comunidad indígena. En consecuencia, ha concluido la Corte que para que opere la jurisdicción indígena es imprescindible que la conducta sometida a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad”*. Cfr. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-1294/05. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1294-05.htm>.

⁶⁵⁶Respecto del conflicto que se origina entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, Eduardo Díaz Ocampo y Alcides Antúnez Sánchez, escriben que: *“La Justicia Indígena es uno de los temas con mayor intervención y preocupación en la administración comunitaria y de la administración estatal, como principio de desarrollo tiene costumbres, tradiciones y prácticas propias: de comunidad, autoridad, legitimidad, legalidad, correctiva, pública, gratuita, igualitaria, preventiva, participativa etc., además de ser la base de la libre determinación de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se diferencian porque al momento de juzgar se aplican penas distintas, la primera de acuerdo con la ley, y la segunda de conformidad con las normas y costumbres; sin embargo el fin es el*

Por lo tanto, considero que para que el derecho indígena sea garante del debido proceso debería constituirse una instancia interna de la jurisdicción indígena para que puedan tener derecho los miembros de la comunidad a recurrir las decisiones de las autoridades indígenas en una segunda instancia y de esta forma no tener que acudir a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino que todo el asunto en todas sus fases se resuelva dentro de la jurisdicción indígena.

Algunos otros supuestos que se presentan en torno al tema de la jurisdicción indígena, es sobre lo conducente cuando una persona que no es indígena, pero radica en un territorio indígena comete un delito dentro del territorio o contra una persona indígena. En este sentido, se ha propuesto que la persona no indígena sea juzgada por las autoridades indígenas conforme a los usos y costumbres de la comunidad y en idioma indígena. Lo cual genera una antinomia entre los principios del Derecho Indígena, pues al pretender maximizar los derechos de los pueblos indígenas sobre los de la población en general, dejamos en estado de indefensión a población no indígena, lo cual choca con los principios de un Estado democrático garante de los derechos humanos de todas las personas.

Evidentemente la tarea no es sencilla, ya que son diversos los pueblos y comunidades indígenas que habitan dentro del territorio, cada uno con formas propias para resolver sus conflictos. En este contexto y el breve panorama que hemos presentado en torno a las problemáticas que se presentan con la jurisdicción indígena, se aprecia que la labor del legislador ecuatoriano para expedir una ley de coordinación entre ambas jurisdicciones no será fácil, sin embargo, si muy necesaria y en medida de lo posible debe ser adecuada para satisfacer las necesidades de todos los indígenas del Ecuador.

Ahora atendamos el segundo punto que mencione al principio de este apartado, respecto a los indígenas que habitan fuera del territorio donde está asentada la comunidad indígena, la

mismo, mantener el orden jurídico, la paz y la armonía en la sociedad". Cfr. DÍAZ OCAMPO, E. y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., "El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador", *Revista Temas Socio Jurídicos*, Vol. 35, 2016, núm. 70, pp. 95-117, pp. 110-112.

primera solución que muchos proponen es atendiendo a temas de competencia, por ejemplo, si el conflicto se dio entre indígenas entonces las autoridades competentes para conocer del caso son las indígenas. Esta solución se critica, ya que deja muy abierto el criterio de competencia indígena y no se establece cuáles son los asuntos internos que pueden conocer sus autoridades, considero que lo más oportuno sería definir los temas de competencia sobre los que las autoridades indígenas son competentes, así como se definen las competencias de las autoridades ordinarias⁶⁵⁷.

Supongamos que el indígena no está conforme con la resolución que le dictaron las autoridades indígenas por considerar que no se respetaron sus derechos al debido proceso, por lo que decide no acatar la sanción dictada, y en consecuencia las mismas autoridades deciden expulsarlo del territorio, además resuelven que su propiedad pase a manos de la comunidad y en cuanto a sus demás bienes inmuebles ordena que se vendan. Evidentemente, las autoridades indígenas no pueden dictar resoluciones con esas características por ser violatorias de derechos humanos.

Sumado a ello, no olvidemos que sólo los miembros del pueblo o comunidad indígena conocen los usos y costumbres con los cuales resolverán los casos que son sometidos a su jurisdicción. Sobre este punto considero oportuno tomar una cuestión occidental que es escribir su derecho, con el fin de que todas las personas conozcan el derecho por el cual se rigen las comunidades indígenas. Esta tarea puede ser llevada a cabo por aquellos indígenas que han podido acceder a la educación superior con enfoque jurídico, ya que de esta forma podrían redactar un instrumento normativo en el que se detallen las normas, procedimientos e instituciones jurídicas propias de su comunidad indígena.

⁶⁵⁷Al respecto de la Competencia Territorial, académicos como Raúl Llasag Fernández, defienden la tesis de que frente a los inconvenientes que representa el delimitar lo que se entiende por un territorio de un pueblo o comunidad indígena, se puede recurrir a la competencia personal. Es decir, si hay una persona indígena comprometida en el asunto, el asunto debe remitirse a la Justicia Indígena. No obstante, ¿De qué manera se garantiza el derecho, en igualdad de condiciones, cuando el conflicto se da entre dos personas, una indígena y otra no indígena? *Cfr.* LLASAG FERNÁNDEZ, R., "Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario", en WOISCHNIK, JAN. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 749-760, p. 758.

Recordemos que la Constitución de Ecuador de 2008 en su artículo 171 establece que las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades tienen la facultad de sancionar a los miembros de dichas colectividades. Dichas autoridades se eligen de conformidad con sus usos y costumbres tradicionales de cada comunidad, y asimismo reciben nombres distintos dependiendo de la colectividad indígena de que se trate como puede ser asambleas, cabildos, comunas, shamanes, etc.

Del mismo modo, cabe recordar que las decisiones que emitan las autoridades indígenas sobre un asunto de su competencia no deben ser avaladas por ninguna otra instancia o dependencia del Estado, es decir, el asunto se califica como cosa juzgada y por lo tanto el individuo no puede ser juzgado una vez más por el mismo delito dentro o fuera de la jurisdicción indígena. Las sentencias indígenas sólo estarán sujetas al control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional de Ecuador y sólo en aquellos casos en los que la autoridad indígena haya transgredido los derechos humanos protegidos por la Constitución y los Tratados Internacionales.

5.1. Principios

Ambas jurisdicciones, tanto la indígena como la ordinaria poseen características particulares, no obstante que convergen en una y es que ambas poseen principios que en el caso de la jurisdicción indígena son necesarios para mantener la unidad y la paz en la comunidad, por ello es necesario mencionar los 7 principios que los guían:⁶⁵⁸

1. *Ama llakichina*, no agredir, no hacer daño.
2. *Ama Shua*, no robar.
3. *Ama llulla*, no mentir.
4. *Ama muku*, no avaricia.
5. *Randy, Randy*, solidaridad.

⁶⁵⁸LLASAG, FERNÁNDEZ, R., “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en ANDRADE, S., *et. al.*, *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, pp. 179-209, p. 205.

6. *Ama yallicharina*, no codiciar.
7. *Ama Killa*, trabajar.

Dichos principios son importantes para los pueblos indígenas, ya que si alguno de ellos se transgrede se rompe con el equilibrio que hay en la comunidad, que en consecuencia debe generar una sanción para aquel que rompa la armonía de todos.

5.1.1. Principio de plurinacionalidad

El principio de plurinacionalidad es el resultado de continuas luchas por parte de las colectividades para que se les permitiera gozar de los derechos fundamentales en el territorio de Ecuador⁶⁵⁹.

Dicho principio se fue gestando paulatinamente en la Constitución y después en las legislaciones secundarias. El poder judicial debe modificar los paradigmas que se tienen sobre el tema, es decir, hablar del reconocimiento del otro y su entorno.

La plurinacionalidad es un principio que exige un cambio de actitudes, a la vez que debe servir para crear, modificar o deconstruir nuevos conceptos como el de Estado, cultura, economía, democracia, territorio, entre muchos otros para dar pie a la inclusión de todas las personas dentro de ellos, con el fin de buscar el bienestar de todos los seres humanos, es decir, garantizar el *allikausay* (buen vivir).⁶⁶⁰

Reconocer la existencia de los distintos tipos de nacionalidades que habitan dentro del territorio ecuatoriano fue un gran paso para alcanzar el reconocimiento de los diversos usos y costumbres que pueden habitar en un mismo territorio, es decir, el tema del derecho

⁶⁵⁹ En el Proyecto Político de la CONAIE, se define a la Plurinacionalidad de la siguiente manera: “*es un sistema de gobierno y un modelo de organización política, económica y sociocultural, que propugna la justicia, las libertades individuales y colectivas, el respeto, la reciprocidad, la solidaridad, el desarrollo equitativo del conjunto de la sociedad ecuatoriana y de todas sus regiones y culturas.*”. Cfr. CONAIE. Proyecto político de la CONAIE 2012. Disponible en: <<https://conaie.org/2015/07/21/proyecto-politico-conaie-2012/>>, [consulta: 19 de junio, 2021].

⁶⁶⁰LLASAG, FERNANDEZ, R., “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora”, en ÁVILA SANTAMARÍA, R., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, (Justicia y Derechos Humanos 1), pp. 311-355, p. 314.

indígena no debe adoptar una postura monista sino pluralista, por lo tanto, no debemos hablar de una sola nacionalidad sino de varias nacionalidades con distintos usos, costumbres y derechos indígenas diferentes, aún dentro del mismo territorio.

5.1.2. Principio de interculturalidad

La Constitución de Ecuador de 2008 en su artículo 1, contempla el derecho a la interculturalidad, lo que ha servido como declaración de que no existe ninguna cultura superior a otra, ni tampoco un sistema jurídico por encima de otro como lo marca la teoría clásica constitucional y de esta forma romper con la idea de Estado monocultural. Reconocer que la jurisdicción ordinaria no está por encima de las jurisdicciones indígenas, sino que son dos derechos que conviven en un mismo territorio y que ambos se complementan.

Podemos entender a la interculturalidad como la necesidad de construir vínculos entre las diversidades, así como entre prácticas, lógicas y conocimientos⁶⁶¹, para construir una sola nacionalidad, sin embargo, en el Estado de Ecuador pareciera que existen diversas nacionalidades reconocidas en el texto constitucional, ya que habla de la nacionalidad ecuatoriana en términos generales y en términos específicos de la nacionalidad indígena.

Es importante resaltar que este principio es de mucha importancia, debido a que la justicia ordinaria no puede rechazar los postulados de los sistemas de justicia indígena, por lo que la Corte Constitucional tiene la obligación de respetar los usos y costumbres de cada comunidad y juzgar cada asunto de conformidad con el contexto al que corresponde.

Concretizar el principio de interculturalidad en el Estado ecuatoriano ha costado mucho trabajo, no es algo que esté sólo en la Constitución, sino que ha impregnado en

⁶⁶¹WALSH, C., “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico” en SALGADO, J., *Justicia indígena aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2002, pp. 23-36, p. 24.

legislaciones secundarios como el Código Orgánico de la Función Judicial⁶⁶², concretamente en los artículos 343, 344, 345 y 346 que se transcriben:

343.- AMBITO DE LA JURISDICCION INDIGENA. - Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, 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 conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.

344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL. - La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servicios judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

- a) Diversidad. - Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) Igualdad. - La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- c) Non bis ídem. - Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

⁶⁶² Código Orgánico de la Función Judicial. Disponible en: <https://www.milagro.gob.ec/archivos/pdf/lotaip/literal/02-cofj.pdf>.

d) Pro jurisdicción indígena. - En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

e) Interpretación intercultural. - En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

345.- DECLINACION DE COMPETENCIA. - Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

346.- PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL. - El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas.

El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena.

Dichos artículos reconocen la jurisdicción indígena, así como el respeto que debe darse hacia los derechos internos y autoridades de los pueblos indígenas, tanto por los integrantes de la propia comunidad como por parte de los operadores del sistema jurídico ordinario.

El reconocimiento a la jurisdicción indígena no implica la validación de todos sus supuestos, por el contrario, ésta se encuentra supeditada al control de constitucional con el propósito de evitar violaciones a los derechos humanos de los indígenas. En este sentido el artículo 44 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional⁶⁶³ menciona que “la vinculación de la decisión indígena a los derechos humanos de la que trata el artículo 171 de la Constitución, lo será siempre y cuando se efectuó una lectura integral e intercultural del catálogo de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente.”.

Lo anterior puede entenderse como el ejercicio que hacen los jueces constitucionales al momento de aplicar la interpretación constitucional o bien cuando se hace un ejercicio de ponderación. Al momento en que se contradicen los usos y costumbres de las colectividades con la defensa y protección de los derechos humanos contenidos en la Constitución y los Convenios internacionales chocan las dos jurisdicciones, los jueces deben auxiliarse de otras ciencias y disciplinas para comprender el sistema de cargos indígenas y los usos y costumbres que han regido por siglos a esas colectividades.

Al ser el Estado de Ecuador plurinacional debe tener en cuenta que la coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena debe ser compatible, es decir, se debe ver quién es la autoridad que resolvió o resolverá la *Litis*. Si se promueve una acción extraordinaria indígena ante la Corte Constitucional veremos que no existe un juez con rasgos indígenas, por lo que los jueces de la Corte tendrán el deber de garantizar el principio de interpretación intercultural, para ello puede allegarse del apoyo de las demás ciencias.

⁶⁶³Reglamento de sustanciación de procesos competencia de la corte constitucional. Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre de 2015. Disponible en: <<https://www.sot.gob.ec/sotadmin2/lib/file/doc/REGLAMENTO%20SUSTANCIACION%20PROCESOS%20CORTE%20CONSTITUCIONAL.pdf>>.

Lo anterior significa que los jueces tendrán que tener en mente los usos y costumbres de los pueblos indígenas junto a los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales y considerar que las sanciones indígenas no van a tener la misma connotación que en el sistema ordinario, por ejemplo, los azotes, los baños de agua fría o la ortigada no son concebidas como violaciones a los derechos humanos sino que son consideradas como sanciones, como en el caso de la comunidad quichua de la Sierra ecuatoriana.⁶⁶⁴

Es importante precisar que el término de sanción en el contexto indígena no es el mismo que concebimos en el mundo occidental, lo que intentan hacer las autoridades indígenas al momento de sancionar a alguien es restablecer el equilibrio entre la comunidad, donde se pondera más la curación espiritual que la reclusión de la persona⁶⁶⁵.

5.1.3. Principio de mayor autonomía indígena

De conformidad con la Constitución de Ecuador de 2008 los pueblos y nacionalidades indígenas tienen un amplio margen para hacer valer su autonomía y las autoridades ordinarias no pueden minimizar su competencia, autoridad, jurisdicción y su derecho indígena.

La excepción a la no transgresión del principio de autonomía indígena solo puede darse en aquellos casos en los que sea necesario salvaguardar un interés de jerárquicamente superior para la comunidad o los derechos de la colectividad, así como la protección de los derechos humanos⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴GARCÍA SERRANO, *Formas indígenas de administrar justicia. Estudio de casos de nacionalidad quichua ecuatoriana*, Quito, FLACSO Ecuador, 2002, p. 38.

⁶⁶⁵Respecto al sistema de penas en el Derecho Indígena, académicos como José Antonio Regalado, han sostenido que el ejercicio de la jurisdicción indígena no se circunscribe únicamente a conocer de los asuntos en donde exista un quiebre al orden social, sino también significa aplicar diversas medidas sancionatorias en la resolución de conflictos. *Cfr.* REGALADO, J. A., "De las sanciones y las penas en la justicia indígena" en MARTÍNEZ, J. C., *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual de operadores de justicia*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 98-110, p. 99.

⁶⁶⁶Artículos 83 y 84 de la Constitución Ecuatoriana.

Si no se dan esos casos, entonces la jurisdicción indígena no se puede minimizar y siempre se debe apostar a la maximización de la autonomía indígena, dejando de lado la superioridad de la norma escrita y occidental, para abrir paso a los nuevos sistemas de justicia.

5.1.4. Principio in dubio pro justicia indígena

Este principio se utiliza mucho en el ámbito internacional y quiere decir que en caso de duda siempre se favorezca a la jurisdicción indígena, es tan crucial que se encuentra en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial⁶⁶⁷.

Si los jueces de cualquier ámbito llegan a tener duda en cuanto a la competencia de la jurisdicción indígena, de las autoridades que resolvieron o atrajeron determinado litigio, así como del procedimiento que usaron y los fundamentos que dieron para llegar a la solución de un conflicto. Los jueces de la jurisdicción ordinaria no pueden poner en duda todos esos elementos o hacer valer su competencia e incluso se podría afirmar que deben decantarse por ella, salvo que se estén vulnerando los derechos humanos del indígena o de la colectividad.

Por lo tanto, si una autoridad occidental tuviera la duda de si la competencia para conocer de un asunto es de la jurisdicción indígena se debe apostar por ella, y para ello se puede apoyar en las demás ciencias que existen a su alrededor para conocer más sobre los sistemas de impartición de justicia de los pueblos y comunidades indígenas.

5.1.5. Principio de no doble juzgamiento

Así como existe en el derecho occidental la figura de cosa juzgada, también aplica para el caso del derecho indígena y es aplicado en doble vía. Lo que quiere decir que si una autoridad indígena ya juzgó un asunto no puede ser procesado de nuevo en la jurisdicción

⁶⁶⁷ Código Orgánico de la Función Judicial [en línea], <<https://www.milagro.gob.ec/archivos/pdf/lotaip/literal/02-cofj.pdf>>.

estatal, lo cual también debe entenderse en sentido contrario, es decir, si una autoridad estatal ya juzgó un asunto, las demás autoridades indígenas no pueden volver a juzgarlo⁶⁶⁸.

Por lo tanto, se dice que las resoluciones indígenas tienen el mismo valor que las que emite una autoridad ordinaria, ya que ambas generan cosa juzgada, por lo tanto, no son recurribles, no obstante que pueden ser revisadas por la Corte Constitucional de Ecuador a través del control de constitucionalidad de decisiones de la justicia indígena, en el entendido que las autoridades indígenas tal vez vulneraron derechos humanos.

5.2. Temas relevantes de la jurisdicción

El derecho indígena pese a ser un derecho ancestral es dinámico ya que siempre busca el equilibrio entre los miembros del pueblo indígena que se rigen por principios como *Ama Quilla* que significa no ser ocioso, *Ama Llulaque* quiere decir no mentir, *Ama Shua* que es lo mismo a no robar,⁶⁶⁹ todos ellos mantienen una estabilidad interna y espiritual dentro de la comunidad.

La justicia indígena sólo puede operar bajo los siguientes supuestos: que el delito se cometa en territorio indígena; y/o que la autoridad indígena que va a juzgar el caso sea competente. En Ecuador le prestan mucha atención a la figura jurídica de autoridad indígena ya que ésta debe ser reconocida por la comunidad. Si no tiene tal personalidad la sanción que imponga no será conforme a derecho; el debido proceso es importante ya que si no se cumple con las reglas acorde a la colectividad, las partes pueden apelar la sanción ante la Corte Constitucional de Ecuador; la defensa de las partes se debe hacer ante la Asamblea General para que todos conozcan los hechos y la aplicación de las normas y procedimientos internos, en muchas ocasiones los jueces ordinarios han tenido que solicitar peritajes antropológicos para conocer el sistema de cargos en las comunidades, así como el proceso con el que han resuelto sus conflictos, lo que lleva a analizar las normas que son aplicables

⁶⁶⁸AGUIRRE-IZURIETA, I. R., y VÁZQUEZ-CALLE, J. L., “La aplicación de la justicia indígena frente al Non bis in idem”, *Revista Polo del Conocimiento*, Vol. 5, 2020, núm. 7, pp. 921-946, p. 931.

⁶⁶⁹CHÁVARRY, W., “Ética y moral en el Perú incaico”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 2014, número 12, pp. 303-318.

al caso, lo que se protege es que las autoridades no quieran inventar una norma especial o nueva para juzgar un delito que ya tiene un procedimiento y normas que regulan a la comunidad.

Algunos indigenistas que se han dedicado a estudiar los procesos de resolución de los conflictos que llevan los pueblos y comunidades indígenas han llegado a la conclusión que los indígenas dividen sus delitos en rubros y dependiendo de ellos les asignan una sanción.

Los actos que son sancionados dentro de las colectividades tienden a estar acorde con la vida interna de las comunidades, por ello, podría señalarse la siguiente agrupación de delitos⁶⁷⁰:

1. Problemas familiares como separación de parejas, divorcio, adulterio, violencia intrafamiliar, celos, y peleas entre parientes;
2. Problemas sexuales como violaciones o negación de paternidad;
3. Problemas sociales como chismes, calumnias, peleas por embriaguez, falta de respeto a la autoridad y pandillas juveniles;
4. Problemas contra la propiedad como robo de ganado, robo de bienes materiales, disputas por herencia, deudas impagadas, conflictos de posesión y límites de tierra;
5. Atentados contra la vida como homicidios, intento de homicidio, suicidios, accidentes de tránsito y acusaciones de brujería.

Los delitos se deben resolver conforme a los procedimientos que tienen establecidos las colectividades, necesariamente se tienen que seguir los procedimientos que llevaban los antepasados para resolver sus conflictos, quizás con alguna modificación, ya que si no estaríamos diciendo que el derecho indígena es estático y no dinámico, para ello el sistema de justicia indígena ha tenido que establecer una Ley de Organización y Régimen de las

⁶⁷⁰GARCÍA SERRANO, F., *op. cit.*, nota 66, pp. 29-41.

Comunas, porque como se sabe no son las mismas autoridades en cada comunidad, tal es el caso de que la mayoría de ellas contemplan el cabildo y la Asamblea General como máximas autoridades, aunque también existen las autoridades de apoyo como son los padrinos, los abuelos y miembros de la familia.

También veremos que los procesos judiciales indígenas guardan correlaciones con los términos procesales que se tienen en el sistema jurídico occidental, para muestra se enunciarán las siguientes figuras jurídicas.

5.2.1. Competencia

La competencia para el sistema jurídico ordinario se entiende como la capacidad del órgano del Estado para ejercer la función jurisdiccional⁶⁷¹; y de acuerdo con la teoría procesal, la competencia se puede dar por materia, por persona y por territorio.

En un principio se podría decir que esos elementos no tienen relación con la jurisdicción indígena, sin embargo, veremos que efectivamente sí guarda una similitud con la teoría clásica de la teoría procesal, ya que lo primero que debemos de tener en mente es que la competencia de las autoridades indígenas deviene de la autonomía que tienen las colectividades.

Por otro lado, se entiende por competencia en cuanto a la materia, la especialización que tienen las autoridades para resolver el litigio⁶⁷², sin embargo, la jurisdicción indígena no se rige bajo dichos elementos de especialización ya que muchas de sus decisiones son tomadas de manera colegiada, es decir, por la decisión de varias personas que, por su prestigio, su edad y el conocimiento de sus creencias, mitos y tradiciones forman parte del cuerpo de decisiones.

⁶⁷¹ARMIENTA CALDERÓN, G., “Los conceptos de jurisdicción y competencia”, ponencia dictada en el XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, p. 122. Disponible en: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/download/30080/27155>>, [consulta: 19 de junio, 2021].

⁶⁷²CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, Editorial Reus, 2000, pp. 647 y 648.

Por lo tanto, las autoridades indígenas no se guían por los elementos de materia, cuantía o grado, ya que como se mencionó anteriormente no existe esa especialidad en las comunidades indígenas.

Ahora pasamos a la competencia territorial, aquí hay dos posturas, la primera es que la competencia de las autoridades colectivas se limita al territorio que tienen ocupado ancestralmente, postulado que conserva el Convenio 169 de la OIT; aunque su competencia territorial se puede extender cuando un miembro de la colectividad se ve involucrado en algún problema fuera de su ámbito territorial, es ahí cuando las autoridades indígenas deciden si lo juzgan sus autoridades o lo dejan a la jurisdicción ordinaria, esto se conoce en el Derecho Colombiano y Mexicano como elemento personal de la jurisdicción indígena. Lo anterior tiene fundamento en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Lo que debemos entender por competencia personal o identidad étnica, es cuando una persona o colectividad se autoadscribe indígena por lo tanto piden que se les aplique la jurisdicción indígena, para que su conflicto se resuelva conforme a los usos y costumbres que aplicaban sus autoridades ancestrales.

Ahora veamos que sucede cuando un juez de la jurisdicción ordinaria tiene que juzgar a una persona indígena, el juez tiene la opción de remitir el litigio a la jurisdicción indígena, respetando el principio *in dubio pro jurisdicción indígena* o principio de mayor autonomía indígena, ya que el indígena puede ser que carezca de la comprensión del castellano, idioma en el cual se está substanciando el procedimiento, sin mencionar que el indígena no comprende el delito por el cual será juzgado por el juez del sistema ordinario, lo cual deja en estado de indefensión al indígena y por eso será correcto ceder el asunto a la jurisdicción indígena⁶⁷³.

Del otro lado, si la jurisdicción indígena no quiere someter a su jurisdicción el litigio o el juez de la jurisdicción ordinaria conoce del caso, éste se ve obligado a considerar los usos y

⁶⁷³RON ERRÁEZ, X., *op. cit.*, nota 609, pp. 77-78.

costumbres de la colectividad a la que pertenece dicho miembro, para ello las sanciones pueden variar, como que la pena de cárcel no existe en la cosmogonía de los indígenas y por ello el juez tendrá que sancionarlos con hacer trabajos comunitarios, latigazos que no van acorde a la jurisdicción ordinaria, etc.

5.2.2. Debido proceso

La noción de debido proceso, no lo vamos encontrar de manera escrita en el derecho indígena, lo cierto es que los colectivos y pueblos indígenas tienen un procedimiento para dirimir sus conflictos que muchas de las veces se parecen a los términos que utilizamos en el derecho occidental, tal como el derecho a ser oído y vencido en juicio, el principio de legalidad, que se debe dar ante la Asamblea General cuando el inculcado exponga su defensa y excepciones, y para que la Asamblea de a conocer la norma que se transgredió y por lo que está siendo acusando así como la sanción que trae aparejada⁶⁷⁴.

Es necesario mencionar que las normas que expide el poder legislativo en cuanto a la normatividad que mandata a cada Estado no es de obediencia ciega a los indígenas, ya que las colectividades tienen sus propios medios y formas de dirimir sus controversias, contrario a eso, no pueden violentar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como el debido proceso y el ser oído y vencido en juicio ya que son garantías procesales que todas las nacionalidades tienen en el Estado Ecuatoriano.

Cabe resaltar que las formas de solución de conflictos de los pueblos indígenas no están escritas, ya que su derecho se transmite vía oral, por ello no hay derecho escrito, sin embargo, las autoridades y los miembros de las colectividades conocen la aplicación de las normas y procedimientos que deben regir el procedimiento, lo cual tiene su fundamento en el artículo 57.10 de la Constitución de 2008, que a la letra establece:

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 39.

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.

La autonomía de las colectividades es un derecho y lo hacen valer para resolver sus conflictos, sin embargo, es un problema para los que estudiamos el derecho indígena ya que cada una de las 14 nacionalidades en Ecuador resuelve sus problemas de manera diversa. Asimismo, los pueblos indígenas cuentan con sus mecanismos propios para la creación de normas, de tal forma que el Estado no puede intervenir para ordenarle la forma de creación y aplicación de su derecho indígena.⁶⁷⁵

Resulta interesante saber y preguntarse ¿cuál es el procedimiento en que conocen, procesan y resuelven el litigio los indígenas? Si lo expresamos en términos del sistema jurídico ordinario, encontramos las siguientes etapas:⁶⁷⁶

- a) Willachina o willana (demanda o aviso).
- b) Tapuykuna o tapuna (averiguación o investigación del conflicto).
- c) Chimbapurana o wahuichina o ñawinci (confrontación entre el acusado y el acusador).
- d) Killpichirina (resolución).
- e) Paktachina (ejecución de la resolución).
- f) ChiquiYashca

Se debe estar consiente que la anterior propuesta sólo sirve para fines didácticos y poder tener una idea de cómo se ejemplificaría un proceso indígena, lo cual no quiere decir que sea así para todos los casos, ni en todas las nacionalidades.

⁶⁷⁵SÁNCHEZ BOTERO, E., *Jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General del Estado, 2000, p. 131.

⁶⁷⁶ILAQUICHELICTA, R., *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en Ecuador, estudio de caso*, Quito, Ecuarunari, 2006, pp. 80-84.

Otro ejemplo lo encontramos en el siguiente proceso del pueblo quichua del Ecuador ante el Cabildo:⁶⁷⁷

1. Una de las partes involucradas en el problema generalmente la víctima o sus parientes, se acerca a las autoridades competentes del cabildo y presenta la denuncia respectiva o la petición de solución en forma oral; esta etapa se conoce el término quichua *Willachina* que significa aviso o reporte.

2. Posteriormente, las autoridades competentes estudian el caso e inician las investigaciones de los hechos, con inspecciones oculares, preguntas a vecinos o familiares, etc., con el fin de determinar por ellos mismos cuál fue el daño que se ocasionó exactamente, esta etapa se denomina *Tapuykuna* que significa averiguar.

3. Acto seguido, las autoridades indígenas citan a las partes involucradas a la oficina del cabildo, señalando para tal efecto fecha y hora, a fin de realizar una audiencia en la que cada parte tiene la oportunidad de explicar las razones de sus actuaciones, así como también pueden intervenir testigos para cada parte; esta etapa se denomina *Chimbapurana* que significa careo, porque el supuesto infractor y la supuesta víctima se confrontan.

4. Si de las investigaciones y la audiencia las autoridades deducen que efectivamente se cometió un acto prohibido, proceden a determinar la sentencia con la finalidad de restablecer el orden en la comunidad y lograr que el autor se arrepienta sinceramente, esta etapa se denomina *Killpichirina* que se refiere la imposición de la sanción.

5. Finalmente se procede al cumplimiento de la sentencia a través de la aplicación del remedio (sanción) por parte de personas de buena conducta que gocen de la confianza y la credibilidad de la comunidad, y en algunas comunidades por parte de las mujeres; esta etapa se denomina *Paktachina* que implica la ejecución de la decisión.

Es importante mencionar que los indígenas no podrán hacer valer el principio de etnicidad para rescatar sus usos y costumbres cuando vulneren los derechos humanos individuales, tal

⁶⁷⁷THOMAS, S., "Legal pluralism and interlegality in Ecuador, The La Cocha murder case", *Cuadernos del CEDLA*, 2009, núm. 24, pp. 61-64.

como lo refieren los artículos 21 y 171 constitucionales que tocan el tema referente a la jurisdicción indígena.

Otra legislación complementaria, que sirve para ilustrar el tema, es el Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional de Ecuador⁶⁷⁸ de 2010 ya que en el artículo 44 establece:

Examen de constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena. - En la sustanciación de las acciones extraordinarias de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República y el Convenio 169 de la OIT, se observarán los siguientes parámetros:

- 1) Existencia de una autoridad legítima. - Se verificará que la autoridad indígena ejerza justicia indígena sea legítimamente reconocida por la comunidad, pueblo o nacionalidad.
- 2) Ámbito territorial. - Se verificará que el asunto materia del litigio haya ocurrido en las tierras o territorios de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas. Se entiende por territorio indígena a aquellos espacios territoriales donde se encuentran asentados y desarrollando su vida social, cultural, económica y política, así como en los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos.
- 3) Identidad. - Se verificará que el conflicto haya sido resuelto respecto de personas que hayan sido reconocidas como indígenas en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.
- 4) Derecho propio. - Se verificará que las autoridades indígenas en la resolución del conflicto hayan aplicado sus tradiciones ancestrales y derecho propio.

⁶⁷⁸Reglamento de sustanciación de procesos competencia de la corte constitucional. Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.sot.gob.ec/sotadmin2/lib/file/doc/REGLAMENTO%20SUSTANCIACION%20PROCESOS%20CORTE%20CONSTITUCIONAL.pdf>.

5) Participación de las mujeres indígenas en el proceso de juzgamiento. - Se verificará que las autoridades indígenas hayan propendido a la implementación de mecanismos para garantizar la participación de las mujeres de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena en la toma de decisiones jurisdiccionales, pero siempre respetando el derecho propio y costumbres en la toma de decisiones internas del pueblo o nacionalidad indígena.

6) Conflicto interno. - Se constatará que las autoridades indígenas hayan conocido asuntos de cualquier naturaleza respetando los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y particularmente la no discriminación a la mujer, por el solo hecho de serlo.

La vinculación de la decisión indígena a los derechos humanos, de la que trata el artículo 171 de la Constitución, lo será siempre y cuando se efectuó una integral e intercultural del catálogo de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente.

Dicho artículo se entiende como el procedimiento que debe seguir un juez de la Corte Constitucional para verificar si la persona que impugna una sentencia dictada por la autoridad indígena cae dentro de alguno de los supuestos del artículo 44, sobre todo que en Ecuador se toma mucho en cuenta que la sentencia haya sido dictada por la autoridad indígena legítima, ya que al parecer en Ecuador existen varias colectividades que están en gestación y no son reconocidas por sus miembros ni por el propio Estado.

6. DECISIONES IMPORTANTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

La Corte Constitucional de Ecuador es el único tribunal estatal que puede resolver los conflictos entre la relación que guarda la jurisdicción estatal y la jurisdicción indígena de conformidad con el artículo 429 de la Constitución del Ecuador, además de que es la única que puede revisar las sentencias que dicten las autoridades de las colectividades, ya que algunas de las veces los usos y costumbres de las nacionalidades indígenas chocan con los derechos humanos.

6.1. Control de Constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales indígenas

Por ello cualquier indígena que estime que se le está imponiendo una sanción contraria a las normas internas de la comunidad y de los derechos humanos puede pedir que se le otorgue una acción de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, conocida como acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.⁶⁷⁹

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁶⁸⁰ y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional⁶⁸¹ definen el proceso que se debe seguir para solicitar el control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas, la misma ley establece que se cuenta con 20 días para quienes estén inconformes con la decisión de la autoridad o autoridades indígenas ya sea porque ésta vulnera sus derechos humanos o toma acciones discriminatorias en contra de la mujer.

Si la Corte Constitucional acepta a trámite la acción de control de constitucional de acciones contra autoridades indígenas debe tener en cuenta lo que mandata el artículo 66 de la Ley Orgánica ya que debe respetar los principios de interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, entre otros.

Se pensaría que la Corte Constitucional de Ecuador ha resuelto muchas acciones de control constitucional por las diversas colectividades que conviven en el país, sin embargo, aún es un tema muy técnico para las nacionalidades indígenas; ya que como lo establece la Ley Orgánica, el proceso opera sólo para algunos casos y se necesita de la ayuda de un abogado para entender los términos de la ley. Otro comentario que merece la pena hacer es que a

⁶⁷⁹BALTAZAR YUCAILLA, R., C., “La justicia indígena en Ecuador”, en Espinoza Gallegos-Anda, C. y Caicedo Tapia, D. (eds.), *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 451-472, pp. 468 y 469.

⁶⁸⁰Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 del 22 de octubre de 2009. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf>.

⁶⁸¹Reglamento de Sustanciación de Procesos Competencia de la Corte Constitucional. Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre de 2015. Disponible en: <<https://www.sot.gob.ec/sotadmin2/lib/file/doc/REGLAMENTO%20SUSTANCIACION%20PROCESOS%20CORTE%20CONSTITUCIONAL.pdf>>.

pesar de que la justicia debe ser pronta y expedita, la Corte se ha tomado varios meses o años en resolver los asuntos en cuanto a temas de jurisdicción ordinaria e indígena.

Se piensa que la Corte Constitucional de Ecuador ha dilatado las resoluciones de esas acciones de control constitucional⁶⁸² porque las decisiones van más allá de no contar con una ley de coordinación de ambas jurisdicciones, sino que atiende a temas políticos, que evidentemente no tienen nada que ver con los temas jurídicos.

6.2. Acciones Extraordinarias

En el Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, se establece dentro de su Capítulo III, una acción extraordinaria denominada “Acción Extraordinaria de Protección Contra Decisiones de la Justicia Indígena” que, por su alta relevancia, merece ser transcrito su contenido para mayor entendimiento del tema⁶⁸³:

“Art. 51 Trámite. - En lo que fuere aplicable, la Corte Constitucional observará lo establecido en los Capítulos I, II y V del título II de este reglamento, en cuanto a la recepción, registro admisión, sorteo y sustanciación.

En los casos en los que la acción sea formulada de manera verbal, la persona o grupo de personas acudirán a la Secretaría General o a las Oficinas Regionales de la Corte Constitucional, donde será receptada la demanda dejando constancia en grabación magnetofónica, que será transcrita, dentro del término de veinte días.

⁶⁸²Al respecto, Ximena Ron estipula que: “A pesar de las disposiciones constitucionales y legales acerca del reconocimiento de las justicias indígenas y su control constitucional desde el 20 de octubre del 2008, y la existencia de 14 nacionalidad y 18 pueblos indígenas en Ecuador, todos ellos con un sistema de justicia propio, se han presentado solo tres acciones extraordinarias de protección contra decisiones judiciales indígenas ante la Corte Constitucional y ninguna de ellas ha sido resuelta hasta la fecha por este organismo, dilatándose sin justificación aparente el necesario precedente jurisprudencial constitucional, que por pionero, devendría en un hito histórico.” Cfr. RON ERRÁEZ, X., *El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador. Programa Internacional de Maestría en Derecho*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.

Pp. 55.

⁶⁸³Reglamento de Sustanciación de Procesos Competencia de la Corte Constitucional. Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre de 2015. Disponible en: <https://www.sot.gob.ec/sotadmin2/lib/file/doc/REGLAMENTO%20SUSTANCIACION%20PROCESOS%20CORTE%20CONSTITUCIONAL.pdf>.

Si la acción se plantea en una lengua que no sea el castellano, la Corte contará con traductores designados para el efecto, quienes transcribirán la demanda, tanto en la lengua propia como en castellano.

Art. 52 Audiencia. - Aceptada a trámite la acción, la jueza o juez ponente, designado por sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas que tomaron la decisión, o podrá acudir a la comunidad, de estimarlo necesario.

La autoridad indígena o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción, por el Pleno de la Corte. La audiencia deberá ser grabada. De considerarse necesario, se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la decisión de la justicia indígena.

Artículo 54.- Sustanciación. - En la sustanciación de esta acción se observarán los principios establecidos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art. 55.- Examen de constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena. - en la sustanciación de las acciones extraordinarias de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República y el Convenio 169 de la OIT, se observarán los siguientes parámetros:

1) Existencia de una autoridad legítima. - Se verificará que la autoridad que ejerza justicia indígena sea legítimamente reconocida por la comunidad, pueblo o nacionalidad.

2) Ámbito territorial. - Se verificará que el asunto materia del litigio haya ocurrido en las tierras o territorios de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas. Se entiende por territorio indígena a aquellos espacios territoriales donde se encuentran asentados y desarrollando su vida social, cultural, económica y política, así como en los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos.

3) Identidad. - Se verificará que el conflicto haya sido resuelto respecto de personas que hayan sido reconocidas como indígenas en términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

4) Derecho Propio. - Se verificará que las autoridades indígenas en la resolución del conflicto, hayan aplicado sus tradiciones ancestrales y derecho propio.

5) Participación de las mujeres indígenas en el proceso de juzgamiento. - Se verificará que las autoridades indígenas hayan procedido a la implementación de mecanismos para garantizar la participación de las mujeres de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena en la toma de decisiones jurisdiccionales, pero siempre respetando el derecho propio y costumbres en la toma de decisiones internas del pueblo o nacionalidad indígena.

6) Conflicto interno. - Se constatará que las autoridades indígenas hayan conocido asuntos de cualquier naturaleza respetando los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente.

Art. 56.- Coordinación de jurisdicciones. - En los casos en los que se crucen jurisdicciones, identidades, territorios o sistemas de derecho, la jueza o juez o autoridad indígena que conoce la causa implementará procedimientos ad hoc de coordinación y cooperación entre las dos jurisdicciones.

Art. 57.- Opinión técnica.- La jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de expertos en la materia.

Art. 58.- Proyecto de Sentencia. - La jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia al Pleno para su conocimiento y resolución, en un término que no podrá ser superior a treinta días, contados desde que se efectuó la audiencia o agotados los términos necesarios para solicitar opiniones técnicas de expertos en temas relacionados con pueblos indígenas, cuando la complejidad del caso así lo amerite.

Art. 59.- Notificación de la sentencia. - La sentencia emitida por el Pleno de la Corte Constitucional en esta materia será dada a conocer, de forma oral y motivadamente, en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado, sin perjuicio de su notificación en el domicilio judicial, cuando se lo haya señalado.

La sentencia deberá ser reducido a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas, que han intervenido en el proceso.”

Siendo de especial relevancia dejar en claro que la importancia de esta Acción Extraordinaria radica justamente en su finalidad; pues es a través de ésta que el Constituyente Ecuatoriano determinó dotar al orden jurídico nacional de una *modalidad de amparo* que permita asegurar la vigencia de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas⁶⁸⁴.

Es decir, esta acción es el mecanismo de control de la constitucionalidad idóneo, que evalúa la eficacia de la justicia indígena, pero, sobre todo, que permite delimitar el marco de actuación de las autoridades indígenas; teniendo como propósito fundamental que los conflictos indígenas se resuelvan de forma plena con base en sus tradiciones y su derecho propio.

Así, derivada de esta figura, se han creado múltiples precedentes de relevancia para la Jurisdicción Indígena; tal es el caso de la sentencia No. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana, misma que ha sido objeto de múltiples críticas por su contenido, y que es de análisis de la presente investigación en los siguientes términos:

⁶⁸⁴CHÁVEZ VALLEJO, G., “Desafíos del control constitucional de la justicia indígena en el Estado Plurinacional e Intercultural”, ponencia dictada en Quito, el 17 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2244/3/Ponencia%20Gina%20Ch%C3%A1vez.pdf>, [consulta: 20 de junio, 2021].

6.2.1. La Cocha - Caso emblemático

La Parroquia de Zumbahua se compone de once comunidades como son: Chamo, La Cocha, Guantopolo, Michacalá, Rumichac, Saraucsha, Talatag, Tigua-Chimbacucho, Turulata, Yanashpa, y Yanaturo.

Los habitantes de La Cocha se consideran miembros del pueblo indígena Panzaleo pertenecientes a la nacionalidad quichua de la Sierra. De conformidad con el reglamento interno de la comunidad, la Asamblea General es la que actúa como máxima autoridad y coordina la elección del Cabildo; estando éste último integrado por un presidente, un vicepresidente, un tesorero, un síndico, un secretario y dos vocales.

Una vez determinados los elementos esenciales de la comunidad, se debe decir que este caso es emblemático para el sistema de justicia en Ecuador, ya que dentro de la comunidad se han producido dos homicidios y las autoridades indígenas han dictado sentencia. Al parecer se han excedido de sus atribuciones, razón por la cual se promovieron dos acciones de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, que son relevantes porque, pese a que no se tiene una ley de coordinación de ambas jurisdicciones, la Corte Constitucional tiene facultades para pronunciarse sobre dichos temas, fijando, con sus determinaciones, los límites a la jurisdicción indígena y configurando un posible sometimiento de la misma a la jurisdicción ordinaria.

Antecedentes del caso 1.

El caso en cuestión se conoce como la Cocha. Los hechos del mismo comienzan con la celebración de una fiesta de bautizo en la comunidad la Cocha el 21 de abril de 2002, en la cual una vez concluida todavía permanecieron tres comuneros de Guantopolo que se encontraban en estado de ebriedad; estado que los llevó a discutir con otro miembro de la

comunidad, siendo que entre los tres le propiciaron una golpiza a la otra persona, dejándolo con varias lesiones que le llevaron a la muerte el 23 de abril de 2002⁶⁸⁵.

Al ser un caso de suma importancia para la comunidad se convocó a la Asamblea General de la Cocha para sancionar a los tres involucrados, y la autoridad resolvió de la siguiente forma:⁶⁸⁶

1. El pago de \$6000 dólares que servirán de compensación a la viuda embarazada y a sus tres hijos.
2. Castigos físicos que son rituales denominados *timurina*, que consiste en pedir disculpas a la comunidad mostrando los objetos que causaron la muerte, una roca, un tubo y un destornillador, después tuvieron que caminar descalzos llevando piedras en sus espaldas, recibieron latigazos por parte de los 13 cabildos vecinos, los purificaron con un baño medicinal que incluyó ortiga, agua helada y expulsión de la comunidad durante dos años.
3. Un acuerdo económico entre los asesinos y la familia del difunto, para velar por la familia del *decujus*.

Por otro lado, las autoridades de la jurisdicción ordinaria se enteraron del caso y pensaron que los únicos competentes para juzgarlo eran ellos y no la jurisdicción indígena, bajo esos argumentos el Fiscal de Distrito de Cotopaxi realizó una investigación e inició la instrucción fiscal ordenando la prisión preventiva de los asesinos.

El proceso fue llevado ante el juez penal de Cotopaxi, Carlos Poveda, quien dudo de la competencia ordinaria, tal cual como lo estaba solicitando el fiscal para juzgar por segunda vez el caso, por lo que se negó a hacerlo y se apegó al reconocimiento de la jurisdicción indígena. El Fiscal de Cotopaxi no estaba de acuerdo con la decisión del Juez Carlos

⁶⁸⁵ILAQUICHE LICTA, R. *La administración de justicia indígena en Tigua, su evolución y práctica actual*, Ecuador, FLACSO Ecuador, 2004, p. 66.

⁶⁸⁶RON ERRÁEZ, X., *op. cit.*, nota 647, p. 58.

Poveda y apeló la resolución ante el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi, el Juez José Luis Segovia, declaró incompetente a la jurisdicción indígena para juzgar este tipo de delitos por lo que sentencio a los tres miembros de la comunidad la Cocha.

Sólo como nota a este primer caso el juez José Luis Segovia debía regirse bajo el artículo 24 numeral 16 de la Constitución de 1998, norma que estaba vigente mientras sucedió el ilícito, sin mencionar que estaba rompiendo con el principio de cosa juzgada.

*Antecedentes del caso 2.*⁶⁸⁷

Se trata de una revisión del proceso No. 0731-10-EP que se tramitó ante la Corte Constitucional de Ecuador, donde consta la demanda presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo, así como las actas de la solución del conflicto, mismas que había tomado la Asamblea General de La Cocha en las fechas 16 y 23 de mayo de 2010.

El domingo 9 de mayo de 2010 se celebró una fiesta de matrimonio en la comunidad y entre las 7 y 8 de la noche murió de asfixia por estrangulamiento el señor Marco Antonio Olivo Pallo en el parque central de la Parroquia Zumbahua; Marco Antonio fue atado del cuello con su propio cinturón y colgado en una de las verjas del parque, lugar donde lo encontró su primo KleverCununay, después de ahí lo trasladaron al hospital Claudio Benatti, donde se confirmó el deceso de Marco Antonio.

El 10 de mayo de 2010, las autoridades indígenas fueron enteradas del caso por parte de los familiares de Marco Antonio, quienes señalaron como responsables a los rockeros de Guantopolo, un grupo de jóvenes de la comunidad, de tal manera que los parientes de la víctima, así como los familiares del victimario y las autoridades de Guantopolo solicitaron la intervención de las autoridades de La Cocha con fundamento en el artículo 171 de la Constitución y el artículo 373 del Código Orgánico de la Función Judicial, con base en ello

⁶⁸⁷ La narrativa del caso, así como el peritaje de Esther Sánchez Botero fueron tomados de RON ERRÁEZ, X., *op. cit.*, nota 647, pp. 59-68.

las autoridades de la Concha y de la UNOCIC⁶⁸⁸ se declararon competentes para conocer del caso.

De las investigaciones que realizaron los miembros de la víctima y del victimario, así como por parte de los comuneros y dirigentes se encontraron culpables a: Flavio Hernán e Iván Candejeo Quishpe, Wilson Ramiro y Cléber Fernando Chaluisa Umajinga, en calidad de cómplices y a Manuel Orlando Quishpe Ante en calidad de autor material. De tal forma que las autoridades de la Asamblea General de las comunas y comunidades de la Cocha Zumbahua y la UNOCIC se reunieron el 16 de mayo de 2010 para sancionar a los delincuentes⁶⁸⁹, la sanción para los cómplices fue:

1. Indemnización de \$ 5000 dólares a favor de la familia del fallecido, los sancionados decidieron entregar el dinero a la unión UNOCIC.
2. Prohibición de que entren a fiestas sociales y culturales en la Parroquia Zumbahua por dos años.
3. Expulsión de los implicados de la comunidad y la parroquia Zumbahua por dos años y rehabilitación por parte de los familiares.
4. Baño de agua y ortiga por 30 minutos.
5. Cargar un quintal de tierra desnudos y vuelta a la plaza central.
6. Latigazos por parte de cada uno de los dirigentes de las comunidades.

En una segunda sesión de la Asamblea General del 23 de mayo de 2010 se juzgó a Orlando Qhispe y las condenas son las siguientes:

1. Vuelta a la plaza pública cargando un quintal de tierra desnudo.
2. Pedido de perdón a los familiares del fallecido y a la Asamblea General.
3. Baño de Agua y ortiga por 40 minutos.
4. Consejos por parte de los dirigentes indígenas.

⁶⁸⁸ UNOCIC es la Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de la Concha, conformada por trece comunidades: La Cocha, Cocha Vaquería, Cushca, Cocha Uma, Iracunga, Cusualó, Quilapungo, Ponce, Alalo, Caucho, Chicho y Pasobullo.

⁶⁸⁹ UGSHA CUYO, R., “Caso la Cocha 2 y la garantía de debido proceso”, *Revista Aportes Andinos*, 2013, núm. 32, pp. 58-73, p. 61.

5. Trabajo comunitario por cinco años, con seguimiento y evaluación.
6. Indemnización a la madre del difunto con \$1750 dólares.

La sesión terminó sin mayor complejidad, pero el Fiscal General de la Nación el Dr. Washington Pesantes considero que las autoridades indígenas no eran las competentes para resolver dicho delito y ordenó que se hicieran dos investigaciones, la primera para determinar la existencia de un asesinato y conocer al responsable y la segunda para establecer responsabilidades de las autoridades en los presuntos delitos de plagio y torturas a los involucrados de muerte⁶⁹⁰.

El día 28 de mayo de 2010 el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi dicto auto de inicio de Instrucción Fiscal y ordenó prisión preventiva en contra de los cinco involucrados en el caso la Cocha, quienes se entregaron voluntariamente. Después se ordenó prisión preventiva a las autoridades de la Cocha por el presunto delito de plagio, la prisión preventiva para los dirigentes Jaime Rodrigo Cuchiparte Toaquiza, Blanca Yolanda Mejía Umajinga y José Ricardo Chaluisa Cuchiparte. Misma que se hizo efectiva el 4 de junio de 2010, por lo que los abogados de ellos, Carlos Povedo y Raúl Illaquiche presentaron una acción de amparo de libertad ante el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, con efectos de 4 de junio de 2010. La Corte Provincial ordenó la libertad de las tres autoridades indígenas ya que el Juez Tercero de lo Penal se había contradicho al decir que se ordenaba la medida cautelar de prisión preventiva en contra de las autoridades y al mismo tiempo se declaró incompetente al encontrarse en duda del proceso⁶⁹¹.

Al existir esa duda, el Juez Tercero de lo Penal solicitó una consulta ante la Corte Constitucional de conformidad con el artículo 428 de la Constitución para que solucione la

⁶⁹⁰GUAMÁN ANILEMA, M. N., *Caso La Cocha II: Análisis de la problemática de la Justicia Indígena y Justicia Ordinaria en el contexto ecuatoriano, a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional en la que establece límites a la justicia ancestral*, Tesis para obtener el título de Abogada, Quito, Universidad San Francisco Quito, 2015, pp. 59-60.

⁶⁹¹POMBOZA MANOBANDA, C. B., *La legislación ecuatoriana sobre la justicia indígena y la justicia ordinaria en el caso "la cocha" en la corte provincial de cotopaxi en el año 2010*. Trabajo de Graduación previo a la obtención del Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Ecuador, Universidad Técnica de Ambato, 2013, p. 103.

contradicción del artículo 171 constitucional y lo referente al artículo 217 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el tema se vertieron distintas acciones ante la Corte Constitucional, sin embargo la que interesa a este trabajo es lo correspondiente a la causa 0731-2010-EP, acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de la justicia indígena con fecha 8 de junio de 2010 y el 20 de julio de 2010 el hermano del *de cuius* el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, a través de sus abogados presentaron la acción extraordinaria con el objetivo de que la Corte Constitucional ejerciera el control de constitucionalidad sobre las decisiones jurisdiccionales indígenas de fecha 16 y 23 de mayo de 2010 y para ello pidió que se pronunciara sobre 9 puntos⁶⁹²:

1. Si las autoridades indígenas podían o no establecer responsabilidades respecto a la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo;
2. Si la resolución de las autoridades indígenas se apega o no al mandato del art. 171 de la Constitución y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.
3. Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación a los derechos humanos.
4. Si las autoridades indígenas cometieron el delito de plagio.
5. Si los miembros de las comunidades indígenas deben someterse a la jurisdicción indígenas o su jurisdicción es voluntad de las partes.
6. Si una vez conocido el caso por las autoridades indígenas debía o no ser interferida por la justicia estatal.
7. Si es procedente o no que los cinco involucrados que ya fueron juzgados por la justicia indígena estén encarcelados y sometidos a un doble juzgamiento.
8. Cuáles son los mínimos jurídicos para la aplicación de la jurisdicción indígena.

⁶⁹²RON ERRÁEZ, X., *op. cit.*, nota 609, p. 63.

9. Si las autoridades de la Corte Nacional pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena.

Además, se solicitó la suspensión de los procesos judiciales estatales y la libertad de los cinco jóvenes y la revocación del acto administrativo que suspendió al presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, por haber otorgado amparo de libertad a las autoridades indígenas.

Con fecha 16 de junio de 2010 los cinco infractores representados por abogados de origen mestizo presentaron la impugnación a la acción extraordinaria por Víctor Manuel Olivo Pallo ya que consideraban que las resoluciones indígenas violaron su integridad física y sexual mediante torturas y la exigencia de someterse a desnudos públicos, y la violación al debido proceso y por no haberse llevado el proceso en audiencia pública y no haber contado con abogado.

El día 12 de agosto de 2010 la Corte Constitucional admitió a trámite la acción presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo pero no la impugnación de los cinco infractores, por otro lado el 30 de septiembre de 2010 el doctor Manuel Viteri actuando como juez sustanciador solicitó a las autoridades indígenas de la Cocha, a los jueces de la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, al fiscal provincial de Cotopaxi, al presidente de la Corte Provincial de Cotopaxi, al juez primero de garantías penales de Cotopaxi y demás autoridades que intervienen para que en termino de 10 días informaran los hechos ocurridos.

Es importante decir que el 8 de octubre de 2010 los cinco infractores dejan sin efectos la oposición presentada a la acción extraordinaria de protección de Víctor Manuel Olivo Pallo, pues se dejaron llevar por los consejos de los abogados mestizos, cumpliendo con las normas indígenas⁶⁹³.

⁶⁹³*Ibidem*, p. 64.

Una vez que presentaron los requerimientos las autoridades que participaron en el caso de la Cocha, El 14 de octubre de 2010 la Corte Constitucional solicitó la asistencia de la señora Esther Sánchez Botero, perita en antropología jurídica para que presente un análisis cultural en el campo de la antropología para que le ayudará a los jueces a comprender algunos aspectos de la jurisdicción indígena.

El peritaje fue presentado el 24 de enero de 2011, para ello la perita revisó bibliografía de las actuaciones jurisdiccionales de las comunidades involucradas y datos etnográficos específicos, además analizó la normativa nacional e internacional a la luz del caso planteado, entrevisto a personas relacionadas con la cultura indígena y mestiza.

Respecto a la pregunta uno que realizó Marco Antonio Olivo Pallo respondió la perita que las comunidades indígenas tienen derecho a mantener sus propias formas de organización social, política y jurídica y por lo tanto a regirse de acuerdo con sus propias normas y aplicarlas⁶⁹⁴.

En el caso la Cocha 2 las autoridades tomaron la decisión jurisdiccional fundamentada en los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 171 de la Constitución de Ecuador de 2008.

Esther Sánchez menciona que en el mundo indígena las autoridades con competencia jurisdiccional son personas socialmente reconocidas y nombradas para prestar servicios a la colectividad. Sus funciones además de la resolución de conflictos abarcan prestación de servicios a la comunidad, organización de fiestas ceremoniales, entre otras. En la comunidad la Cocha, de acuerdo con la entrevista realizada al señor Ricardo Chaluisa – autoridad indígena que participó en la decisión- los dirigentes de la comunidad son elegidos por la Asamblea General.⁶⁹⁵

⁶⁹⁴*Ibidem*, p. 65.

⁶⁹⁵ Peritaje en antropología de Esther Sánchez Botero, contenido dentro de la causa de acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales indígenas, No. 073-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador, p.20

Los dirigentes de las comunidades tienen la responsabilidad de resolver los conflictos que le plantean los miembros de la comunidad, sin embargo, los pueden auxiliar personas de confianza, eso se conoce como autoridades en cadena, proceso que fue solicitado por los familiares de la Concha.

En cuanto a la pregunta dos, la perita menciona que la atribución de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas equivale a un derecho de los pueblos indígenas relacionado con su derecho a la autodeterminación. Al ser las resoluciones indígenas equivalentes a las judiciales estatales, también están comprendidas por los mismos poderes de sus límites, esto es, *notio*, *iudicium* e *imperium*. En canto al *notio* las autoridades indígenas sólo pueden conocer conflictos que surjan en el ámbito territorial de la comunidad y un factor personal en cuanto a los involucrados en el conflicto sean indígenas.

El *iudicium*⁶⁹⁶ está delimitada por la Constitución y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, mientras que el *imperium* está delimitado por patrones fácticos, es decir por los hechos de cada caso en concreto. Por lo tanto, las autoridades indígenas atendieron a la normatividad nacional e internacional ya que su potestad la ejercieron de acuerdo a sus tradiciones ancestrales.

En cuanto a la pregunta 3, la perita menciona que el concepto de sanción en el mundo indígena no es igual al mundo occidental, para ellos implica restablecer las condiciones de existencia individual y social ya que al transgresor se le considera enfermo, por lo que al afectar su cuerpo y ver que los miembros de la comunidad les den consejos, lo que significa que están curando al enfermo. Pues si bien las sanciones pueden causar dolor, ello no quiere decir que sea el fin sino la sanación al cuerpo⁶⁹⁷.

En cuanto al punto cuatro, la perita menciona que el artículo 188 del Código Penal ecuatoriano establece:

⁶⁹⁶El término *iudicium* de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, refiere a Juicio, es decir, aquel que se sigue ante el juez sobre derechos o cosas que varias partes contrarias litigan entre sí.

⁶⁹⁷ Peritaje en antropología de Esther Sánchez Botero, contenido dentro de la causa de acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales indígenas, No. 073-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador.

El delito de plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otro, o para obligarla a pagar rescate, o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligar a un tercero que ejecute uno de los actos indicados, tendientes a la liberación del secuestrado⁶⁹⁸.

En el caso de La cocha 2 no se puede acusar a las autoridades indígenas de que su actuación sea acorde con lo que establece el artículo 188 del código penal, además de que su potestad como autoridad les permite aislar al responsable para salvaguardar su integridad, con conocimiento y aprobación de sus familiares.

En cuanto a la pregunta 5, el perito menciona que sólo puede intervenir la justicia estatal en la aplicación de la justicia indígena si la sanción de los primeros pone en riesgo la vida, de otra forma la jurisdicción estatal no puede intervenir.⁶⁹⁹

El caso se resolvió el 30 de julio de 2014 y resultó ser una sentencia bastante controvertida, pues algunos afirman que la sentencia impone límites a las autoridades indígenas e incluso se dice que se hace presente la imponente de la justicia ordinaria sobre la indígena, para muestra de ello se presenta una síntesis de la sentencia.

6.2.2. Sentencia N° 113-14-SEP-CC.⁷⁰⁰

Tema: Justicia indígena.

⁶⁹⁸ Peritaje en antropología de Esther Sánchez Botero, contenido dentro de la causa de acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales indígenas, No. 073-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador

⁶⁹⁹ Peritaje en antropología de Esther Sánchez Botero, contenido dentro de la causa de acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales indígenas, No. 073-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador

⁷⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, *Sentencia N° 113-14-SEP-CC.* Disponible en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=113-14-SEP-CC>, [consulta: 11 de diciembre, 2019].

Víctor Manuel Olivo Pallo vs Pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi.

El señor Víctor Manuel Olivo Pallo presentó acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo.

Las normas constitucionales demandadas fueron:

Art. 76. 7. i. Principio non bis in ídem

Art. 57. 10. Derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a la aplicación del derecho consuetudinario.

Art. 57. 9. Derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a sus propias formas de organización social y política

Art. 57. 1. Derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a su identidad.

El señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del difunto Marco Antonio Olivo Pallo, emitió una acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, raíz de un *linchamiento realizado por el populacho* (así lo refiere el accionante), pues argumenta que se han violado derechos constitucionales, de igual forma, solicita que la Corte Constitucional ejerza *"el control de constitucionalidad y revise la resolución de las autoridades indígenas de La Cocha"*⁷⁰¹.

(El accionante no determinó con claridad su pretensión respecto a la decisión de autoridad indígena, por lo que el escrito presentado no se admitió, dándole la oportunidad de que aclare si solicita una acción extraordinaria de protección o un control de constitucionalidad).

⁷⁰¹RON ERRÁEZ, X. *op. cit.*, nota 647, p. 63.

Una vez aclarada la demanda, la Corte emitió⁷⁰² lo siguiente:

1. Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria.;
2. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios.;
3. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico a la vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias. Mientras que, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento.;
4. De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos:
 - a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aún en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos

⁷⁰² Ficha-Relatoría de la Corte Constitucional del Ecuador de la Sentencia 113-14-SEP-CC. Consultada el 20 de junio de 2021. Disponible en: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=113-14-SEP-CC>.

pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios;

- b) Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT;
- c) Es obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario que, para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte motiva de esta sentencia.

De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios;

5. Que el Consejo de la Judicatura organice un proceso sistemático de difusión de esta sentencia con todos los operadores de justicia relacionados, debiendo diseñar una política institucional apropiada para lograr una eficaz y generalizada implementación administrativa y financiera de las instancias de cooperación y coordinación intercultural a nivel nacional, tanto en el ámbito del Ministerio Público como en las instancias judiciales pertinentes;
6. Que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en conjunto con la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, organicen a la brevedad posible un proceso nacional de difusión de esta sentencia en el nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua;
7. Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutive de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley, debiendo traducirse la parte resolutive al idioma Kichwa para

ser divulgada entre las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo de la provincia de Cotopaxi.;

8. Publíquese una gaceta exclusiva en español y Kichwa, y, la parte resolutive publíquese en español y Kichwa en un diario de circulación nacional.

6.3. Sentencias emblemáticas de la Corte Constitucional de Ecuador sobre la jurisdicción indígena

Es importante mencionar que las acciones extraordinarias de protección son una garantía constitucional que tiene todo ciudadano para acudir ante la Corte Constitucional de Ecuador para que se corrijan las resoluciones o sentencias que haya dictado el fuero judicial en perjuicio de la esfera de los derechos humanos de las personas.

Como se ha mencionado en párrafos anteriores la acción extraordinaria se encuentra en el artículo 94 de la Constitución de Ecuador y también ese encuentra en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La acción extraordinaria opera contra los actos u omisiones en las sentencias definitivas que haya emitido la Corte Nacional de Justicia, los jueces de la función judicial de cualquier materia en contra de los derechos que están consagrados en la Constitución de Ecuador de 2008 y en los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos⁷⁰³.

Las acciones extraordinarias que han presentado las comunidades o pueblos indígenas en contra de los autos o sentencias definitivas que han ejecutado las autoridades del poder judicial han servido para dejar en claro los principios que regulan la jurisdicción indígena. Pese a la dilación judicial que se presentan en las instancias de la Corte Constitucional y la manera conservadora como se han venido pronunciando no han permitido incentivar la

⁷⁰³GUERRERO CEDEÑO, S., “La acción extraordinaria de Protección Procede respecto de Decisiones Judiciales”, *Revista Jurídica*, T, IV, 2017, pp. 34-36. Disponible en: <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/31a52_LaAc_Ex_Prot_proc_resp.pdf>, [consulta: 21 de junio, 2021].

jurisdicción indígena, pero por lo menos se han defendido los fallos de las autoridades indígenas.

También es menester referirse que la Corte de Ecuador ha tenido pocos fallos de acciones extraordinarias sobre temas de litigios o temas de conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, sin embargo, se enuncian a continuación aquellas sentencias que son relevantes en cuanto a la cuestión ancestral.

6.3.1. Sentencia No. 001-10-SIN-C

La Sentencia No. 001-10-SIN-C⁷⁰⁴, 2009, es relevante por los temas de Consulta indígena, explotación de recursos naturales, violación a derechos colectivos, violación a la territorialidad de los pueblos y comunidades indígenas.

Los actores son: Marlon René Santi Gualinga, presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, Carlos Pérez Guartambel, Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay vs Arquitecto Fernando Cordero Cueva, Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional y el Presidente Constitucional de la República, Economista Rafael Correa Delgado⁷⁰⁵.

Acciones de inconstitucionalidad interpuestas ante la Corte Constitucional, respecto a la inconstitucionalidad de la Ley de Minería en contra del Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización.

Marlon René Santi Gualinga, en su calidad de presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, Carlos Pérez Guartambel, en su calidad

⁷⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 001-10-SIN-C [En línea], [Consulta: 3 de junio, 2020] Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Revista_DerechoAmbiental_Ano4-N1_04.pdf

⁷⁰⁵ Ficha Relatoría de la Sentencia 001-10-SIN-CC, emitida por la Corte Constitucional de Ecuador. Disponible en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-10-SIN-CC>, [consulta: 20 de junio, 2021].

de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay presentaron esta acción manifestando que, en cuanto a forma y fondo, la Ley de Minería viola normas constitucionales:

Cita textual: Las normas constitucionales supuestamente violadas por la Ley de Minería son los artículos: 11, numeral 2; 57, numerales 4, 7, 8, 11, 17; 66, numerales 4, 22, 26; 133, 316, 326, 408 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador⁷⁰⁶.

Asimismo:

Atenta con normas contenidas en los siguientes instrumentos internacionales: artículos 4, 6, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (OIT); adicionalmente, los artículos 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los artículos 1, numeral 1; 21, 24 y 26 de la Convención Americana sobre derechos Humanos. El artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 2, numeral 1 del pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁰⁷.

Ahora, en cuanto a forma, la Ley viola el Derecho a la consulta previa pre legislativa de las nacionalidades indígenas, dado que no hubo ninguna consulta por parte del Estado, afecta los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas por cuanto las actividades mineras concesionadas dentro de sus territorios, Adicionalmente, existe violación al principio de división y jerarquía de las leyes en la especie; la Disposición Final

⁷⁰⁶Foja 3 de la Sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 001-10-SIN-C. Disponible en: <https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Revista_DerechoAmbiental_Ano4-N1_04.pdf>, [consulta: 3 de junio, 2020].

⁷⁰⁷Foja 3 de la Sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 001-10-SIN-C. Disponible en: <https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Revista_DerechoAmbiental_Ano4-N1_04.pdf>, [consulta: 3 de junio, 2020].

Segunda de la Ley Minera es inconstitucional y arbitraria, puesto que manifiesta que las normas de la Ley Minera “prevalecen sobre otras leyes y sólo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra Ley destinada específicamente a tales fines”⁷⁰⁸, argumentando el legitimado activo que “es absurdo pretender que una ley, por más que beneficie a poderosos sectores involucrados con la actividad minera tenga ‘privilegios’ respecto a las otras leyes de igual o mayor categoría jurídica”⁷⁰⁹.

*Que, de acuerdo a la Constitución de la República, en su artículo 133, existen leyes orgánicas y ordinarias; de acuerdo a la materia que se trata, la Ley Minera es una ley ordinaria y como tal no podrá modificar ni prevalecer sobre leyes orgánicas*⁷¹⁰.

En virtud de aquello la Ley en cuestión atenta contra el respeto del bloque de constitucionalidad de los derechos, razón suficiente para que la totalidad de la Ley Minera sea declarada inconstitucional.

Así, la Ley Minera vigente contiene preceptos que permiten el desplazamiento, la división y el gravamen del territorio de las nacionalidades indígenas del Ecuador, mediante el establecimiento obligatorio y discrecional de servidumbres para la actividad minera. En la Ley Minera se consagra la “libertad de prospección”⁷¹¹, por la cual se permite a cualquier persona irrumpir en el territorio de las nacionalidades indígenas para realizar las actividades de prospección. En el Ecuador, las nacionalidades Shuar y demás pueblos Kichwa están en una situación desesperada a causa de los intereses económicos.

⁷⁰⁸Página 3 de la Demanda de la CONAIE. Demanda CONAIE. Disponible en: <<http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Documentacion/Demanda%20CONAIE.pdf>>, [consulta: 20 de junio, 2021].

⁷⁰⁹Página 3 de la Demanda de la CONAIE. Demanda CONAIE. Disponible en: <<http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Documentacion/Demanda%20CONAIE.pdf>>, [consulta: 20 de junio, 2021].

⁷¹⁰Foja 4 de la Sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 001-10-SIN-C. Disponible en: <https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Revista_DerechoAmbiental_Ano4-N1_04.pdf>, [consulta: 20 de junio, 2021].

⁷¹¹Artículo 28 de la Ley Minera. Ley de Minería. Ley 45. Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_mineria.pdf>.

De lo anterior se dilucida que⁷¹²:

- La primera razón de inconstitucionalidad es la violación de la indivisibilidad;
- La segunda razón de inconstitucionalidad es porque varios artículos de la Ley de Minería permiten que se impongan gravámenes de servidumbre legal sobre los territorios de las nacionalidades indígenas, territorios que por mandato constitucional son “inalienables” e “inembargables”;
- La tercera razón es, el hecho de que imponen una actividad económica no sustentable en el territorio de las nacionalidades indígenas, atentando al texto constitucional, que manda a que se respeten las actividades de sustento de las nacionalidades indígenas. En especial el manejo de la biodiversidad y de su territorio. Que el uso de los recursos naturales renovables de sus territorios es el medio de subsistencia de las comunidades indígenas y es un derecho garantizado por la Constitución y los instrumentos internacionales, por lo que el desarrollo de una industria que requiere grandes extensiones de terreno para excavaciones e instalaciones y grandes cantidades de agua para el procesamiento del mineral es incompatible con las actividades de subsistencia de las nacionalidades indígenas y,
- La cuarta razón es que implica que, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera “tiene la facultad de prospectar libremente para buscar sustancias minerales”; consecuentemente pueden realizar aquella actividad en propiedades privadas rurales (haciendas, fincas, terrenos) de particulares, propiedades colectivas de comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas.

La contestación por parte del presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, Arquitecto Fernando Cordero Cueva, da la siguiente contestación:

- “Los demandantes alegan violación al derecho a la Consulta Previa de las nacionalidades indígenas, aduciendo lo establecido en el artículo 57, numeral 17 de la Constitución de la República... empero, en la legislación ecuatoriana, a

⁷¹²Fojas 4 a 6 de la Sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 001-10-SIN-C. Disponible en: <https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Revista_DerechoAmbiental_Ano4-N1_04.pdf>, [consulta: 3 de junio, 2020].

Artículo 28 de la Ley Minera. Ley de Minería. Ley 45. Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_mineria.pdf>.

más de la norma constitucional, no se han definido los denominados “derechos colectivos”, y la Ley de Propiedad Intelectual, establece que los derechos colectivos se regirán en una ley, y la misma no se ha dictado al efecto, y que de igual forma no se ha dictado la Ley referente a las Nacionalidades Indígenas.

- La Comisión Especializada de desarrollo Económico y Producción fue la encargada de efectuar los informes que determina la Constitución y el Mandato 23 para la aprobación de la ley de Minería, y que para ello recibió las observaciones de los distintos actores de la sociedad, entre ellos los de las comunidades indígenas y campesinas, aceptándose algunas argumentaciones y otras no.
- Que el hecho de que hay leyes orgánicas y ordinarias no significa que las disposiciones de una ley ordinaria van a prevalecer sobre una ley orgánica, eso no es lo que dice la norma, sino más bien la especialidad. La ley Minera es una Ley Ordinaria, puesto que si se la cataloga como orgánica debería haber constado como tal, y que no dice eso en el texto normativo de dicha ley; por lo tanto, no existe contradicción alguna ni violación al texto constitucional.
- Los demandantes no han considerado que la Ley de Minería es esencialmente un instrumento jurídico que posibilita la extracción de minerales y por ende la afectación es eminentemente ambiental; que, el hecho de la consulta previa no solo implica la afectación ambiental, sino económica, social, en qué va a beneficiar a la comunidad, o si ésta no es sustentablemente económica o ambientalmente⁷¹³.

Adicionalmente, la Comisión de Legislación y de Fiscalización presenta documentación en la cual constan los criterios y observaciones de las comunidades, pueblos indígenas de la Amazonía, cooperativas y asociaciones mineras, Cámaras de Minería, etc., con lo cual se evidencia que el proyecto de la Ley de Minería tuvo conocimiento general.

⁷¹³Fojas 9-10 de la sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 001-10-SIN-C. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Revista_DerechoAmbiental_Ano4-N1_04.pdf, [consulta: 3 de junio, 2020].

Finalmente, manifiesta la Comisión que, ante la evidente falta de sustento jurídico, se deseche la demanda por ser improcedentes e infundadas las solicitudes de los legitimados activos.

Asimismo, el Dr. Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado manifiesta que, la Constitución y la Ley de Minería señalan que el Ecuador es un Estado plurinacional e intercultural, que permite el acceso a los beneficios económicos de las actividades mineras de los pueblos y comunidades ecuatorianos. Que la Ley de Minería ha procurado garantizar un ambiente sano y ecológico, la sostenibilidad y el derecho humano al agua en forma segura y permanente; que la Ley de Minería promueve también el uso de tecnologías ambientalmente limpias y no contaminantes, con lo que garantiza el derecho de los ecuatorianos al buen vivir.

Aunado a esto, el Dr. Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, en su calidad de Delegado del Presidente de la República contesta que, el artículo 417 señala que los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador “*se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución*”; por ende, no se ha violentado las disposiciones de los tratados internacionales, ya que se ha previsto el proceso de consulta previa en los términos establecidos en el artículo 398, y que se recogen de manera amplia en el Capítulo III del Título IV de la Ley de Minería⁷¹⁴.

Consta en los archivos legislativos que la Comisión de Legislación y Fiscalización recibió muchos argumentos por parte de ciudadanos y ciudadanas, entre ellos la propia CONAIE. Que, resulta improcedente que los demandantes señalen que debía efectuarse una consulta dirigida de manera particular a los sectores por ellos representados.

⁷¹⁴Fojas 15-17 de la Sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 001-10-SIN-C. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Revista_DerechoAmbiental_Ano4-N1_04.pdf, [consulta: 3 de junio, 2020].

Que la explotación de los recursos naturales y el ejercicio de los derechos mineros, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Minería deben ceñirse a los principios del desarrollo sustentable y sostenible, de la protección y conservación del medioambiente y de la participación y responsabilidad social. En donde deben observarse y respetarse el patrimonio natural y cultural de las zonas explotadas, que conformidad con aquello y a lo alegado por los demandantes respecto a la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 15 de la Ley de Minería, no existiría inconstitucionalidad de esta norma.

Una vez que, el Pleno de la Corte Constitucional escuchó lo manifestado por ambas partes, emitió en el año 2010 la siguiente sentencia:

1. Declarar que ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución; en consecuencia, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma, de la Ley de Minería⁷¹⁵.
2. Que la consulta pre-legislativa⁷¹⁶ es de carácter sustancial y no formal.
3. En ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 436 de la Constitución; 5, 76, numerales 3, 4, 5, y 95 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se declara la constitucionalidad

⁷¹⁵ Al respecto, David Cordero Heredia y Ana Cecilia Navas explican que “*la Corte Constitucional excedió sus funciones al dictar una reglamentación en un asunto que debe ser regulado por ley, si bien se tiene precedentes de Cortes y Tribunales constitucionales que han dictado lineamientos en sus sentencias (principios, estándares, etc.) su motivación proviene de fuentes del derecho interno o internacional. En estos casos la tarea de la Corte es sistematizar fuentes del sistema jurídico. Si bien la reglamentación que plantea la Corte se acerca a la normativa internacional ya vigente sobre la consulta prelegislativa, la falta de remisión a dichas fuentes le resta legitimidad a su resolución.*” Cfr. CORDERO HEREDIA, D. y CECILIA NAVAS, A., *La política encima de los derechos. La consulta previa y la sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley de Minería*. Artículo consultado el 21 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.inredh.org/archivos/boletines/politicassobrederechos.pdf>

⁷¹⁶ Autores como Santiago Machuca Lozano, han explicado que esta sentencia tiene una especial relevancia en virtud de que omitió imponer, como requisito a un acto (especialmente de tipo administrativo), la realización de la consulta previa. Es decir, la realización de la consulta prelegislativa debe condicionar la constitucionalidad de las leyes que se expidan; pero en el caso en concreto ello no ocurrió así. Cfr. MACHUCA LOZANO, S., “Análisis de la sentencia n.º 001-10-SIN-CC. Casos n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN sobre acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores” *Revista de Derecho*, 2014, núm 21, pp. 129-146, pp. 144 y 145.

condicionada de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería, referidos a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental. Es decir, serán constitucionales y se mantendrán válidas y vigentes, mientras se interprete de la siguiente manera:

- a) Son constitucionales los artículos referidos en tanto no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias.
- b) Toda actividad minera que se pretenda realizar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, en todas sus fases, a partir de la publicación de la presente sentencia, deberá someterse al proceso de consulta previa establecido en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución, en concordancia con las reglas establecidas por esta Corte, hasta tanto la Asamblea Nacional expida la correspondiente ley.

Esta Corte, de conformidad con el numeral 5 del artículo 76 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y en respeto a los principios de supremacía constitucional y eficacia normativa, deja en claro que ninguna autoridad o persona natural o jurídica, podrá efectuar o aplicar una interpretación distinta a la citada en el numeral precedente⁷¹⁷.

⁷¹⁷Fojas 59-60 de la Sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 001-10-SIN-C. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Revista_DerechoAmbiental_Ano4-N1_04.pdf, [consulta: 3 de junio, 2020].

6.3.2. Sentencia No. 0008-09-SAN-CC

La Sentencia No. 0008-09-SAN-CC⁷¹⁸ de 2009, es importante porque hace referencia a los siguientes temas: Derecho a la educación, derecho al acceso a una educación sin discriminación y lo más importante el principio de interculturalidad⁷¹⁹.

Los actores son Luis Fernando Sarango Macas y Manuel Emique Quizhpe Quizhpe, en sus calidades de Rector (e) y Procurador (e), respectivamente, de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "AMAWTAY WASI" Vs Gustavo Vega Delgado Presidente del Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP).

*Acción por incumplimiento del art. 4 de la Ley de Creación de la Universidad "AMAWTAY WASI"*⁷²⁰.

Los doctores Luis Fernando Sarango Macas y Manuel Enrique Quizhpe Quizhpe en sus calidades de rector y procurador de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas AMAWTAY WASI, presentaron una acción de incumplimiento en contra del Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP) por incumplir lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Creación de la Universidad AMAWTAY WASI, y el artículo 31 de su estatuto orgánico.

El artículo 4 de la Ley de Creación de la Universidad AMAWTAY WASI⁷²¹ estipula lo siguiente:

⁷¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 008-09-SAN-CC. Disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/13646472-45a8-4f3b-8c19-16c2e5478995/0027-09-AN-res.pdf>, [consulta: 3 de junio, 2020].

⁷¹⁹Para Solano-Paucay y Vicente, por lo que respecta a este principio, el mismo se define como “*el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa.*”, siendo la sentencia que se analiza un parteaguas respecto al tema. Véase: SOLANO PAUCAY, V. M., “El argumento interpretativo intercultural en la Corte Constitucional”, *Revista Killkana Sociales*, Vol. 2, 2018, núm. 4, pp. 33-38, p. 36.

⁷²⁰La importancia de esta Universidad es de tal relevancia, que en Ecuador dicha Universidad se considera como “*un proyecto transformador de Educación Superior*” que, si bien surgió desde los Pueblos y Nacionalidades Ecuatorianas, se proyectó como un espacio para las sociedades de dicho Estado. De allí que se promoviera esta Acción por Incumplimiento.

Art. 4.- La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Amawtay Wasi, para el cumplimiento de sus finalidades, contará con los siguientes centros del saber:

Centro del Kawsay o de la Vida;

Centro Ushay

Yachay o de la Interculturalidad;

Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la vida;

Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo; y,

Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones

Siguiendo esta línea, el artículo 31 del Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas AMAWTAY WASI determina que:

[...] Iniciará sus actividades académicas, por medio de los Centros del saber de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas AMAWTAY WASI, que son unidades organizativas de carácter académico y administrativo que se estructuran en torno a grandes campos de conocimiento y están coordinadas por un Consejo Centro.

Son los siguientes:

- a) Centro Ushay - Yachay o de la Interculturalidad;*
- b) Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la vida;*
- c) Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo; y,*
- d) Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones*
- e) Se excluye al Centro Kawsayode la vida, pues no contiene trazas de especialización [...]*

La demanda fue presentada ante la Corte Constitucional el 26 de marzo de 2009.

⁷²¹ Ley de Creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Amawtay Wasi. Consultada en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6630.pdf>>

A continuación, se hace una breve reseña de los antecedentes; Declara el accionante que, el 26 de noviembre del 2003, mediante Resolución RCP.S19. No. 493.03, el CONESUP emitió un informe favorable para la creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas "AMAWTAY WASI", con las recomendaciones de:

- 1) Que el proyecto de creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, tendrá una sola Sede Matriz y trabajará sobre la base de programas académicos en las diferentes comunidades.
- 2) Las diferencias que existen con referencia a la aplicación de las normas legales, en el Proyecto deberán ajustarse al momento de elaborar el Estatuto Orgánico de la Universidad, en el cual deberán establecerse normas que regulen la estructura académica y administrativa ajustadas a la naturaleza específica de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas como Universidad Particular Autofinanciada de conformidad con lo establecido en el Art. 20 de la Ley de Educación Superior.
- 3) Para efectos de organización administrativa, funcionamiento y designación de las autoridades de la Universidad a crearse, el H Congreso Nacional designe al Pleno del CONSEUP para que actúe y supervise dichos procesos y el cumplimiento de la transferencia de dominio de todos los bienes a la Universidad y,
- 4) Que en la Ley de Creación conste expresamente, que la nueva Universidad durante los próximos 5 años no podrá ofertar cursos de Postgrado ...⁷²².

De lo anterior, el accionante menciona que el Congreso Nacional en la Ley N°. 2004-40, publicada en agosto del 2004, existe una consideración final dice: "Que es de interés

⁷²² Foja 1 de la sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 0008-09-SAN-CC. Disponible en: <<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/13646472-45a8-4f3b-8c19-16c2e5478995/0027-09-AN-res.pdf>>.

nacional impulsar la creación del Centro de Educación Superior que complemente el sistema de educación intercultural bilingüe vigente en el Ecuador [...] ⁷²³

Por lo que, relacionando lo establecido en esa ley y en el artículo 4 que expresa que no podrán proporcionar estudios de “postgrado”, la parte actora *manifiesta* que, en ningún artículo se contempla que la Universidad imparta inicialmente determinadas carreras; así como no se señala de manera expresa que funcione obligatoriamente los primeros 5 años en la ciudad de Quito; esto es, fuera del ámbito social para el que fue creada, distante de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas y de la jurisdicción donde funciona el Sistema de Educación Intercultural Bilingüe.

La contestación dada por el Dr. Gustavo Vega Delgado, en su calidad de presidente y representante legal del CONESUP, con escrito presentado extemporáneamente el 02 de septiembre del 2009, señala:

- La acción es improcedente porque no cumple los requisitos señalados en el artículo 93 de la Constitución, tampoco con las Reglas de Procedimiento de la Corte Constitucional.
- De la simple lectura del escrito de la acción por incumplimiento se desprende que no cumple con el objeto de la misma, pues no hay ninguna ley, sentencia o informe de organismo internacional de derechos humanos que no haya sido cumplido por el CONSEUP.
- El escrito de la acción es una defensa del Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, una defensa de los pueblos indígenas, en lo que han estado y están de acuerdo y han promovido y defendido la creación de la Universidad Intercultural "AmawtayWasi" ⁷²⁴.

⁷²³Considerando quinto. Ley 40 publicada en el Registro Oficial 393 de agosto 5 de 2004. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6630.pdf>>.

⁷²⁴Fojas 6-7 de la Sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 0008-09-SAN-CC. Disponible en: <<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/13646472-45a8-4f3b-8c19-16c2e5478995/0027-09-AN-res.pdf>>.

La Corte dictó la siguiente sentencia una vez estudiado ambos argumentos decide lo siguiente:

1. Aceptar la acción por incumplimiento planteada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”⁷²⁵;
2. Declarar el incumplimiento por parte del CONESUP del artículo 4 de la Ley Creación de la Universidad “AMAWTAY WASI” y del artículo 31 del Estatuto Orgánico de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”.
3. Disponer que el CONESUP incorpore en y para todos sus actos jurídico-administrativos, que tengan relación con nacionalidades y pueblos indígenas, afrodescendientes y montubios, principios con perspectiva intercultural, en aras de aplicar a cabalidad los derechos de estos pueblos, en el marco de lo expuesto y considerado en esta sentencia.
4. En concordancia con el Convenio 169 de la OIT (artículos. 2, 3, 4, 5 y 27), el CONESUP se sujetará para la autorización solicitada por la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”, a las disposiciones de dicho Convenio, en lo siguiente:
 - a) la apertura de Programas Académicos en los territorios de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, según su cultura y cosmovisión; b) que, en pleno ejercicio de la autonomía universitaria, desarrolle sus propias modalidades y ponga en práctica sus propios métodos de aprendizaje, y esto sirva como un aporte innovador de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas al Sistema Nacional de Educación Superior; y,

⁷²⁵La importancia de este resolutivo radica en la misma esencia de la Universidad; porque tal y como se ha mencionado, la Universidad “AMAWTAY WASI” es considerada como una Universidad “anti sistémica”, en donde el planteamiento de espacios innovadores, se consideraban como una carta de buenos deseos; no obstante, con este posicionamiento de la Corte Constitucional, se afianzó la pluriversidad planteada por la misma. *Cfr.* KRAINER, A., “Educación superior intercultural y el diálogo de saberes: El caso Amawtay Wasi en Ecuador”, *Revista de Educación Superior*, Vol. 46 2017, núm. 184, pp. 55-76.

c) que implemente sus propios métodos de aprendizaje, sus modalidades, planes o programas que sean necesarios acorde con sus Centros de Saber y de conformidad con su Ley de creación, en estricto respeto a los derechos de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas reconocidos en la Constitución de la República⁷²⁶.

El Pleno de la Corte constitucional dictó un Auto de Verificación de Cumplimiento en el que ordenó:

- 1) Disponer que la medida de reparación integral contenida en el numeral tercero de la sentencia, sea entendida como una garantía de no repetición, por lo que el Consejo de Educación Superior tiene la obligación de incorporar de forma continua e indefinida, en todos los actos jurídicos-administrativos que tengan relación con nacionalidades y pueblos indígenas, afrodescendientes y montubios, principios con perspectiva intercultural, en aras de aplicar a cabalidad los derechos de estos pueblos.
- 2) Disponer que el Consejo de Educación Superior informe continuamente a esta Corte Constitucional respecto de cualquier acto jurídico administrativo que tenga relación con nacionalidades y pueblos indígenas, afrodescendientes y montubios, a efectos de verificar la inclusión de principios con perspectiva intercultural; estos actos estarán vinculados estrictamente con el ejercicio de las competencias que les son propias al Consejo de Educación Superior y que están previstas en la Ley de la materia. El Consejo de Educación Superior deberá entregar semestralmente, a partir de la fecha de notificación del presente auto, un informe pormenorizado del cumplimiento de esta medida de reparación y,

⁷²⁶La relevancia de estos resolutivos no solamente radica en la imposición de lo dado en Ley sobre la realidad; sino que se tradujo en la introducción del cambio de paradigma, para que la interculturalidad en Ecuador fuera una realidad. Además, se determinó, con esta sentencia y sus relacionadas, que, al existir un pluralismo jurídico, hay que resolver asuntos de la naturaleza planteada por la Universidad “AMAWTAY WASI” conforme a los principios de 1) Continuidad histórica; 2) Diversidad cultural; 3) Interculturalidad; 4) Interpretación intercultural. SOLANO PAUCAY, V. M., *op. cit.*, nota 719, p. 36.

3) Disponer al Ministerio de Educación la traducción íntegra del presente auto al idioma Quichua y la publicación del mismo en la gaceta constitucional, así como su difusión en el periódico de la Corte Constitucional.

6.3.3. Sentencia No. 004-14-SCN-CC.

La Sentencia No. 004-14-SCN-CC⁷²⁷, 2014, es relevante porque aborda el tema: Consulta de Constitucionalidad de Norma, destacando el tema de genocidio que contempla el artículo 441 del Código Penal sobre la nacionalidad indígena Waorani⁷²⁸.

Antecedentes: El Juzgado Segundo de lo Penal de Orellana elevó consulta a la Corte Constitucional a fin de que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 1 de la Ley s/n, Registro Oficial N.º 578-S del 27 de abril de 2009 (inserto antes del artículo 441 del Código Penal), en el que se encuentra prevista la sanción por la comisión de genocidio.

La consulta se dio a partir del juicio penal N° 223-2013 por genocidio, seguido en contra de Tocari Coba Quimintari Orengo y otros, pertenecientes a la nacionalidad indígena Waorani, por la muerte de los ancianos waoranis Ompore Omehuay y Buganey Caiga.⁷²⁹

Los hechos del caso se dieron el 27 de noviembre de 2013 se inició una instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio, por los hechos expuestos por el fiscal, en donde se manifiesta que apartir del 5 de marzo de 2013, luego de la muerte de ancianos Waoranis Ompore Omehuay y Bugancy Caiga, sucedido en la Comunidad Yarentato presuntamente

⁷²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 004-14-SCN-C. Disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8d5f66d5-a8e8-4da6-b988-94d795e531b4/0072-14-cn-sen.pdf?guest=true>, [consulta: 3 de junio,2020].

⁷²⁸ Cabe destacar, y dejar en claro, que el tema fue de tan importante relevancia que generó jurisprudencia al respecto, en la cual se estableció la obligación de realizar peritajes antropológicos y sociológicos “*con el fin de asegurar la aplicación del principio de interculturalidad en el proceso penal con la finalidad de garantizar los derechos de los pueblos indígenas*”. Cfr. BENAVIDES LLERENA, G. M., *Aportes sobre los esfuerzos para alcanzar los fines de la declaración de los derechos de los pueblos indígenas para el 2019*, Ecuador, Defensoría del Pueblo Ecuador, 2019, p. 21.

⁷²⁹ Ficha de Relatoría de la Sentencia 004-14-SCN-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Disponible en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=004-14-SCN-CC>

por un grupo denominado Tatomenane o pueblos indígenas en aislamiento, un grupo de miembros de la nacionalidad Waorani organizó una incursión a la selva con el propósito de darles muerte; señala que esta incursión se la habría realizado con la utilización de armas de fuego y lanzas tradicionales; luego del ataque sustrajeron a dos menores, una de 3 y la otra de 6 años. Posteriormente, retornaron a las Comunidades de Dikaro y Yarentaro⁷³⁰.

Se identificaron al menos 17 atacantes: Tocari Coba Quimontari Orengo; Boya Guinenegua Omeway Teca; Omeway Dabe Kaguime Fernando; Omeway Dabe Tewane Behene; Caiga Bahia Tague; Venancio Yeti Orengo; Tani Paa Velone Emou; Awa Boya Iteca; Araba Cumncagui Omewai; Minico Mihpo Inhua; Pantobe Cub Buyutal; Quihuiñamo Mena Buca; Tocari Iteca Cohue; Bahua Caiga Wilson Enrique y Nampahue Coba Cahuiya Ricardo.

De las investigaciones realizadas por la Fiscalía se desprende que tal búsqueda y localización de las familias tardó 7 días. Por lo que señala (la Fiscalía), que se establecen los supuestos de la comisión del delito tipificado en el artículo 440, es decir, genocidio, en contra de dos Tementa Bebangó Huane y un mes después a Tementa Batingare Quemo, pertenecientes a la nacionalidad indígena Waorani.

Manifiesta el fiscal que, en audiencia pública basado en el artículo 428 de la Constitución ha solicitado que se eleve a consulta el expediente por existir normas jurídicas cuya aplicación resultan contrarias a la Constitución, señalando que:

“existen motivos suficientes para generar una duda razonable y motivada respecto a la constitucionalidad de la aplicación en el presente caso, de la norma contenida en el artículo inserto antes del artículo 441 del Código Penal, en el cual se encuentra prevista la sanción por la comisión del delito de genocidio”⁷³¹.

⁷³⁰ Fiscalía General del Estado de Ecuador. Caso Waorani: Juez dictó prisión preventiva para procesados por presunto delito de genocidio. Disponible en: <<https://www.fiscalia.gob.ec/caso-waorani-juez-dicto-prision-preventiva-para-procesados-por-presunto-delito-de-genocidio/>>, [consulta: 21 de junio, 2021].

⁷³¹Foja 4 de la Sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 004-14-SCN-CC. Disponible en: <<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8d5f66d5-a8e8-4da6-b988-94d795e531b4/0072-14-cn-sen.pdf?guest=true>>, [consulta: 3 de junio, 2020].

El artículo 441 del Código Penal establece que:

Quien, con el propósito de destruir total o parcialmente aun grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado:

1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

El compareciente especifica como principios y reglas vulnerados:

Convenio 169 de la OIT □ artículo 8, al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario⁷³².

Artículo 9, numeral 2 Las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10, numeral 1 Cuando se impongan sanciones penales a miembros de pueblos indígenas deberán tenerse en cuenta características económicas, sociales y culturales.

En este orden de ideas, cuando el juez de oficio o a petición de parte considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, para que este organismo se pronuncie respecto a la constitucionalidad de la norma con el objeto de que su aplicación no atente derechos constitucionales.

Por ello, se cuestiona si el artículo 441 vulnera los derechos colectivos consagrados en la Constitución de la República (art. 57), las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT,

⁷³²Respecto de la aplicación de dicho Convenio, en la sentencia se alega que “(...) su entrada con asiento en la pacta sunt servanda en donde los compromisos internacionales legítimamente asumidos por los Estados deben ser cumplidos de buena fe.”. Cfr. CALLE IDROVO, R. F., “La interculturalidad como parámetro interpretativo en los delitos culturalmente motivados en Ecuador y Perú”, *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, t. 122, 2018, pp. 153-163, p. 158.

el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas de reciente contacto.

En el caso concreto, y atendiendo al principio *pro comunitas*⁷³³, la Corte determinó que las personas miembros del pueblo Waorani se encasillan en los presupuestos del principio de igualdad “*material*”, por lo que se debía realizar un trato diferenciado por parte de los distintos agentes en cuanto a la aplicación de la norma contenida en el artículo 441, de igual manera se debía contar con la experiencia de profesionales técnicos en peritajes sociológicos y antropológicos que permitieran demostrar en qué medida la aplicación de una norma general podía atentar derechos colectivos y culturales de un pueblo ancestral.

Por todo lo anterior, el Pleno de la Corte Constitucional expidió la siguiente sentencia:

1. Aceptar la consulta de norma remitida por el juez segundo de garantías penales de Orellana.
2. Declarar que en el caso concreto la aplicación del artículo enumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal merece una interpretación desde una perspectiva intercultural, con el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales.
3. De conformidad con artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la figura penal del genocidio solo podrá ser aplicada en el caso concreto por el juez consultante siempre que se verifique de manera argumentada el cumplimiento de todos y cada uno de los presupuestos convencionales determinados en la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, todo ello en observancia a los parámetros de interculturalidad en los términos previstos en esta decisión.

⁷³³Vicente Solano considera respecto de este principio que “*implica que si en el caso sub judice tomando en consideración los principios interculturales la aplicación de la norma, podría generar una afectación al principio de diversidad étnico y cultural, y por tanto a los derechos colectivos se debe velar por una aplicación más favorable a estos últimos*”. Cfr. SOLANO PAUCAY, V. M., *op. cit.*, nota 719, p. 37.

4. Para proceder a una interpretación intercultural en el caso concreto se dispone⁷³⁴:

4.1. Que el juez segundo de garantías penales de Orellana, que conoce el caso, previo a la aplicación de la norma consultada, implemente las medidas urgentes necesarias, entre otros peritajes sociológicos, antropológicos, con el fin de asegurar que el proceso penal sea sustanciado desde una interpretación con perspectiva intercultural con observancia de los parámetros señalados en la parte motiva de esta sentencia (*ratio decidendi*).

4.2. Todo lo resuelto se implementará de manera celeré, sin perjuicio de las medidas y acciones procesales inmediatas que deberá adoptar el juez segundo de garantías penales de Orellana, en conocimiento del caso, para subsanar las actuaciones y omisiones establecidas.

4.3. Las normas penales que fueren aplicables en el presente caso, de conformidad con el criterio del juez, deberán observar los principios constitucionales analizados y deberán ser interpretadas desde una perspectiva intercultural.

5. Que la Defensoría del Pueblo, de conformidad con la Constitución, realice la vigilancia del debido proceso e informe a la Corte Constitucional periódicamente sobre el cumplimiento de esta decisión, durante todo el desarrollo del proceso penal hasta su culminación⁷³⁵.

⁷³⁴Patricio Sánchez Padilla, considera al respecto que “dentro del caso Nro.0072-14-CN, dictada por el pleno de la Corte Constitucional, el 06 de agosto de 2014, se realizan algunas puntualizaciones muy importantes en relación con el principio de interculturalidad. Una de ellas hace alusión a que, con el fin de materializar esa diversidad cultural, se debe reconocer derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas, como sujetos colectivos de derechos, es decir la convivencia de los derechos del individuo como tal, así como el derecho de la colectividad a ser diferente y a contar con la garantía de protección del Estado para que esa diferencia sea respetada”. Cfr. SÁNCHEZ PADILLA, P., “El principio de interculturalidad en la legislación ecuatoriana”, *Revista Ciencias Sociales*, 2016, 2016, núm. 38, pp. 197-206, p. 200.

⁷³⁵Fojas 32-34 de la Sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 004-14-SCN-CC. Disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8d5f66d5-a8e8-4da6-b988-94d795e531b4/0072-14-cn-sen.pdf?guest=true>, [consulta: 3 de junio, 2020].

6.3.4. Sentencia No. 001-17-PJO-CC.

La Sentencia No. 001-17-PJO-CC⁷³⁶ de 2008 es importante porque se encarga de desarrollar el tema de Personería jurídica de comunidad indígena.

Los actores son Nilde Mireya Bustos Astudillo, presidenta de la Comunidad de Pañayacu vs Ángel Medina Lozano, secretario nacional ejecutivo del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CODENPE)⁷³⁷.

Los hechos del caso son que el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) mediante Acuerdo N.º 1306 de 17 de diciembre de 2008, resolvió "Registrar la constitución legal y conceder la personería jurídica a la comunidad Pañayacu, parroquia Pañacocha, cantón Shushufindi, provincia de Sucumbíos"⁷³⁸.

El reconocimiento jurídico de la comunidad Pañayacu generó malestar en la comunidad Pañacocha ubicada en la parroquia Pañacocha, cantón Shushufindi, provincia de Sucumbíos. Esto debido a que dicho reconocimiento se realizó dentro de un mismo ámbito territorial, lo que derivó en conflictos internos y desequilibrio en la armonía de la vida comunitaria, incluso con agresiones físicas, juicios y órdenes de desalojo; esto por cuanto, la comunidad Pañayacu inició acciones con la finalidad de exigir la adjudicación de terrenos de posesión de la comunidad Pañacocha⁷³⁹.

Mediante oficio s/n de 13 de julio de 2009, la Federación de Comunas Kichwas Unión de Nativos de la Amazonia Ecuatoriana (FCKUNAE), puso en conocimiento del CODENPE, que "La Comuna Kichwa Pañacocha y la Comunidad Pañayacu, han elevado el problema a

⁷³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 001-17-PJO-CC. Disponible en: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-17-PJO-CC>, [consulta: 3 de junio, 2020].

⁷³⁷ S/A. "Protección de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas. Extracto de la Corte Constitucional de Ecuador, 8 de noviembre de 2017" en *Diálogo Jurisprudencial*, número 21, 2017, p. 139.

⁷³⁸ *Idem*.

⁷³⁹ Foja 4. De la sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 004-14-SCN-CC. Disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8d5f66d5-a8e8-4da6-b988-94d795e531b4/0072-14-cn-sen.pdf?guest=true>, [consulta: 3 de junio, 2020].

conocimiento de las organizaciones provinciales y regionales como autoridades de instancias superiores para resolver el conflicto"⁷⁴⁰.

De ahí que, el 5 de julio de 2009, la Confederación de las Nacionalidades de la Amazonia Ecuatoriana (CONFENAIE); la Federación de Comunas Kichwas Unión de Nativos de la Amazonia Ecuatoriana (FCKNAE) y el presidente de la comunidad Pañacocha, resolvieron:

Exigir al CODENPE que, en cumplimiento de esta resolución de autoridades indígenas, dejar insubsistente en forma inmediata el registro de la comunidad Pañayacu (...) Sugerir a los directivos y miembros de Pañayacu que habitan de manera permanente en la comunidad, se integren y sean parte de la Comuna Kichwa Pañacocha, a fin de fortalecer la unidad organizativa y la identidad como pueblos y comunidades indígenas de raíces ancestrales⁷⁴¹.

El CODENPE mediante resolución de 20 de julio de 2009, dejó sin efecto legal y valor jurídico el Acuerdo N.º 1306 de 17 de diciembre de 2008, señalando en lo principal:

RESUELVE: a) Acoger la resolución de las autoridades de las nacionalidades indígenas de la amazonia ecuatoriana, por ser una resolución de última instancia; b) Dejar sin efecto legal y valor jurídico el Acuerdo 1306 de 17 de diciembre de 2008, mediante el cual se registró el estatuto de la comunidad de Pañayacu (...); c) Recomendar a los miembros de Pañayacu que se integren a la comunidad Pañacocha a fin de fortalecer la unidad como pueblos y comunidades indígenas de raíces ancestrales⁷⁴².

Ante esto, y por la complejidad del tema y para una mayor comprensión objetiva respecto del tema puesto en conocimiento la Corte Constitucional involucró derechos colectivos de comunidades indígenas, la Tercera Sala de Revisión de la Corte Constitucional,

⁷⁴⁰Foja 4. De la sentencia. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 004-14-SCN-CC. Disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8d5f66d5-a8e8-4da6-b988-94d795e531b4/0072-14-cn-sen.pdf?guest=true>, [consulta: 3 de junio, 2020].

⁷⁴¹ S/A., *op. cit.*, nota 738, p. 144.

⁷⁴² *Idem*.

conformada por los jueces Wendy Molina Andrade, Roxana Silva Chicaiza y Manuel Viteri Olvera, mediante auto de 8 de junio de 2016, requirió la colaboración de dos expertos en antropología y sociología jurídica.

De manera que, considerando que el asunto que se analiza es atinente a un conflicto entre las comunidades indígenas Pañacocha y Pañayacu, que fuera resuelto por el CODENPE sobre la base de resoluciones adoptadas por las antes citadas autoridades indígenas de segundo y tercer grado, la sala de revisión estimó necesario previo a resolver, la asistencia de peritajes que permitan una adecuada interpretación de las instituciones propias, normas, costumbres y cosmovisión de los pueblos indígenas involucrados con objeto de alcanzar un cuidadoso diálogo intercultural.

En respuesta, la parte actora (Nilda Bustos Astudillo), señaló en su demanda de acción de protección que el acto emitido por el CODENPE pretende "*... la muerte ipso facto jurídica y natural del Pueblo de Pañayacu al ordenar se fusione con el pueblo de Pañacocha significando su sometimiento de su propia identidad, sus raíces ancestrales, cultura, tradiciones ancestrales, sus formas de organización, su derecho consuetudinario, doblégandole a otra población*"⁷⁴³.

Una vez, leídos los argumentos de las partes, el Pleno de la Corte Constitucional expidió un Jurisprudencia vinculante que dispone lo siguiente:

El órgano público competente y/o autoridades indígenas de segundo y tercer grado no pueden emitir resoluciones que impidan la constitución legal de una comunidad indígena, sin considerar la conciencia del grupo interesado de sentirse o no como parte de determinada comunidad. Solo el propio pueblo interesado y sus miembros pueden decidir a qué comunidad pertenecen, no pudiendo ninguna resolución ni estatal ni indígena interferir en tal decisión, salvo que sea para posibilitar el ejercicio armónico del derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones

⁷⁴³*Ibidem*, p. 150.

*ancestrales y formas de organización social, reconocido en el artículo 57 numera 1 de la Constitución de la República*⁷⁴⁴.

Como consecuencia de lo anterior:

1. Se declaró la vulneración en el caso concreto, del derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social, reconocido en el artículo 57 numeral 1 de la Constitución de la República;
2. Dejar sin efecto la resolución emitida por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador el 20 de julio de 2009, en que se decide dejar sin efecto la personería jurídica de la comunidad Pañayacu, así como la decisión indígena adoptada el 5 de julio de 2009, por la Federación de Comunas Unión de Nativos de la Amazonía Ecuatoriana y por la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana;
3. Se dispone que el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador, dentro de un plazo razonable adopten una decisión respecto a conceder o no la personería jurídica de la comunidad Pañayacu, considerando la conciencia del grupo interesado de sentirse o no como parte de determinada comunidad. Las reales causas y consecuencia de los conflictos suscitados al interior de las comunidades Pañayacu y Pañacocha sirviéndose de peritajes sociológicos, antropológicos, entre otros, que permitan una adecuada interpretación intercultural; y la posibilidad o no de la división de los territorios ancestrales;
4. Los efectos de la sentencia expedida en la revisión del presente caso seleccionado, tienen el carácter inter partes⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴*Ibidem*, p. 154.

⁷⁴⁵Al respecto de esta sentencia, Lorena Andrade señala que “*esta causa (...) no desarrolla ningún aporte respecto al concepto u objetivos del proceso de selección y revisión de sentencias constitucionales. Sin embargo, es la primera vez que la CCE, mediante el proceso de SyR, trata un asunto de fondo diferente a cuestiones procesales, en este caso referente a los derechos de las comunidades indígenas y al debido proceso en la jurisdicción indígena*”. Cfr. ANDRADE CEDEÑO, L. B., *Dificultades de la selección y revisión de*

6.3.5. Sentencia No. 141-14-SEP-CC.

La Sentencia No. 141-14-SEP-CC⁷⁴⁶ de 2014, desarrolla el tema de Desalojo a comunidad indígena Shuar.

Los actores son Acción Extraordinaria de Protección que interpone *Silverio Saant Chapaik, miembro de la comunidad Shuar vs Sentencia del 27 de enero de 2009*, dictada por los jueces de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago.

Los antecedentes del caso versan en la acción extraordinaria de protección propuesta por Silverio Saant Chapaik misma que impugna la sentencia del 27 de enero de 2009, dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, en la cual se resuelve rechazar la acción de protección interpuesta por Silverio Saant Chapaik en contra del INDA y confirma lo resuelto por el juez cuarto de lo civil de Morona Santiago, cantón Sucúa, en la sentencia del 06 de noviembre de 2008, por la cual se deniega la acción de protección propuesta. El proceso administrativo, cuya resolución se impugnó en la acción de protección, se inició por la denuncia de invasión de predio que presentó el procurador de la Sociedad Salesiana del Ecuador y la Misión Salesiana de Bomboiza en contra de Silverio Saant Chapaik y otros⁷⁴⁷.

El demandante manifiesta que, el predio cuya invasión fue denunciada por la Sociedad Salesiana del Ecuador, pertenece a la comunidad Shuar y forma parte de sus territorios ancestrales de conformidad con el artículo 57 numeral 4 de la Constitución de la República y que, por desconocimiento de los profesionales del derecho sobre la realidad indígena y su cultura, o por miedo, no se aplican las disposiciones constitucionales y de instrumentos

sentencias en la Corte Constitucional del Ecuador. Maestría Profesional en Derecho Constitucional, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2020. p. 66.

⁷⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 008-09-SAN-CC. Disponible en: <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c4e11319-807e-4ce7-b2a5-bb2e1380e31a/0210-09-EP-sen.pdf?guest=true>, [consulta: 3 de junio, 2020].

⁷⁴⁷ Ficha Relatoria de la sentencia no. 141-14-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Disponible en: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=141-14-SEP-CC>, [consulta: 22 de junio, 2021].

internacionales que garantizan los derechos de las comunidades indígenas en materia de tierras.

Aduce el legitimado activo que el INDA vulneró los derechos de las comunidades indígenas sobre sus tierras, pues la entidad desconoció que el pueblo Shuar es semi-nómada y que ha ocupado generación tras generación territorios que el INDA ha entregado a la comunidad religiosa de los salesianos.

Los hechos del caso son: el demandado expresa que la sentencia impugnada viola el derecho a la igualdad, que se les ha privado de las mismas oportunidades dadas a la comunidad Salesiana. Que las personas que tienen que resolver sobre su situación deben recibir capacitación sobre las cuestiones indígenas, a fin de que hagan respetar los derechos de las comunidades sobre sus territorios ancestrales garantizados en la Constitución y en instrumentos internacionales.

Dice que la sentencia impugnada no cumple con el más alto deber del Estado de respetar los derechos ya que no se ha realizado una ponderación de los derechos que tienen con los que pudiera alegar la comunidad Salesiana, pues ellos necesitan de dichas tierras para la obtención de los alimentos y para el sustento de sus vidas, la de sus hijos y de toda una descendencia.

La contestación de los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Morona Santiago en lo principal, manifiestan: Que en la decisión adoptada en la acción de protección, se limitaron a acatar las disposiciones constitucionales y las dispuestas en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, cuyo artículo 43 numeral 3, determina que "no se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la Ley.

Los jueces accionados indican que "se debe considerar que en el territorio de Morona Santiago no solo viven personas de raza shuar sino también existen personas de raza mestiza; es por ello, que los diferentes gobiernos, así como la ley se han preocupado de

establecer los límites de las tierras ancestrales o comunales en todo el país, por lo que se delimitó las tierras globales pertenecientes a la raza shuar, ello implica que no toda la provincia de Morona Santiago son tierras ancestrales"⁷⁴⁸.

Alegan finalmente, que esta demanda se encuentra presentada fuera de término, de conformidad con el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Asimismo, citan los ordenamientos que tratan este tipo de figuras:

Entre los derechos colectivos más importantes de los pueblos indígenas del mundo se encuentran los vinculados a las tierras de ocupación ancestral y a los espacios geográficos donde estos pueblos se han desarrollado en todos los ámbitos de su existencia. No sorprende, por tanto, que las discusiones en torno a la nueva Constitución incluyan un enfoque en el asunto de tierras y territorios.

El Convenio No. 169 de la OIT define al territorio indígena como "la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" (Art. 13). Se debe entender que el término "territorio" en este contexto es descriptivo, y que por sí solo el uso de este término no debería dar lugar a temores de separatismo o fragmentación estatal [...].

Paralelamente al aspecto jurisdiccional, figura el aspecto relativo al de los derechos de propiedad o de uso y control de los pueblos indígenas sobre tierras o territorios"⁷⁴⁹.

Cuando la Corte conoce del caso argumenta que, se debe tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establece que el derecho a la propiedad del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos incluye los

⁷⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 008-09-SAN-CC. Disponible en: <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c4e11319-807e-4ce7-b2a5-bb2e1380e31a/0210-09-EP-sen.pdf?guest=true>, [consulta: 03 de junio, 2021].

⁷⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 008-09-SAN-CC. Disponible en: <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c4e11319-807e-4ce7-b2a5-bb2e1380e31a/0210-09-EP-sen.pdf?guest=true>, [consulta: 03 de junio, 2021].

derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales. Alude al caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, en donde la Corte resumió los principios establecidos en su jurisprudencia al respecto de la siguiente manera:

- 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; y*
- 4) *los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condiciona la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas*⁷⁵⁰.

De igual forma, argumenta que en la sentencia impugnada se ve una vulneración al debido proceso en la garantía de la motivación, pues advierte lo siguiente:

Del análisis de la sentencia impugnada se advierte que la fundamentación del principal considerando judicial, contenido en la ratio decidendi de la resolución, consiste en la simple enunciación de normas jurídicas de carácter legal anotadas anteriormente, sin justificar de forma clara y detallada la relación de pertinencia entre las disposiciones jurídicas invocadas en la sentencia, los antecedentes de hecho y la propia decisión judicial, de acuerdo a la naturaleza de la garantía puesta en su Conocimiento.

⁷⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 008-09-SAN-CC. Disponible en: <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c4e11319-807e-4ce7-b2a5-bb2e1380e31a/0210-09-EP-sen.pdf?guest=true>, [consulta: 03 de junio, 2021].

En virtud de lo expuesto se colige que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago realiza un razonamiento en cuanto a la aplicación de una norma de carácter infra-constitucional desconociendo la naturaleza de la garantía jurisdiccional puesta en su conocimiento; por tanto, se colige que este órgano jurisdiccional no ha dado cumplimiento al parámetro de razonabilidad dentro de su decisión.

Por lo antes expuesto, esta Corte Constitucional concluye que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago ha vulnerado el debido proceso en la garantía de la motivación al no haberse pronunciado respecto de la presunta vulneración a los derechos constitucionales alegados por el accionante⁷⁵¹.

Respecto a que si es procedente que el legitimado activo -miembro de la Comunidad indígena de Shuar- recurra a una acción de protección en contra de la resolución de desalojo expedida por la autoridad del INDA, para defender los derechos respecto de la propiedad y posesión de las tierras ancestrales comunitarias, habiendo sido estas adjudicadas a la Misión Religiosa Salesiana y posteriormente, ordenado el desalojo de las tierras que – dice - mantiene en posesión desde tiempos inmemoriales, la corte pronunció lo siguiente:

Desde esta perspectiva tiene lógica que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 40, determina que: "La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: ... 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado". La ratio que inspira la activación de las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, no es otra que el control al abuso y arbitrariedad del poder que puedan ejercer las autoridades u órganos de la función pública o los particulares. Por tanto, si bien puede existir otro recurso judicial ordinario, si este no fuere adecuado ni eficaz para tutelar las cuestiones estrictamente relacionadas con la relevancia constitucional, procede la

⁷⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 008-09-SAN-CC. Disponible en: <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c4e11319-807e-4ce7-b2a5-bb2e1380e31a/0210-09-EP-sen.pdf?guest=true>>>, [consulta: 03 de junio, 2021].

acción de protección, sin que se le atribuya detentación ilegítima de competencias.

Adicionalmente, cabe indicar que el recurrente no busca una protección amplia y genérica de su derecho a ser tratado en condiciones de igualdad, sino que se proteja, específicamente, el derecho a continuar en la posesión ancestral de las tierras, por tanto, es viable la demanda de protección constitucional, tanto más cuando se trata de adoptar medidas antes de que llegue el tiempo del desplazamiento.

En consecuencia, dentro del presente caso, la acción de protección, constituye un mecanismo procesal para conocer y resolver asuntos relacionados con el derecho a la propiedad de tierras comunitarias, así como de la posesión ancestral que alega el legitimado activo.

Asimismo, pronuncia lo siguiente:

En tal virtud, los bienes o entornos comunes de la población indígena, giran en torno al eje de autodeterminación, territorio y cultura, por tanto, no se debe poner en peligro la supervivencia de los miembros de la comunidad Shuar, ocasionándoles efectos sociales, culturales, peor la supresión de la diversidad que les son propios del Estado intercultural y plurinacional, modelo de Estado que exige una responsabilidad intergeneracional de la población indígena presente y futura. De allí que las características que se deben otorgar al territorio de esta población especial son: i) Su inapropiabilidad, ii) Su uso pacífico y iii) Su conservación para las generaciones futuras, toda vez que son ellos los dignos exponentes de los derechos colectivos, por tanto, corresponde proteger y permitir su recreación, cuidado y utilización de sus territorios que desde tiempos ancestrales poseen de tal manera.

Por tanto, al operador de la justicia constitucional le corresponde tutelar los derechos constitucionales, evitando en el presente caso, el desalojo que contraría aquellos aspectos que permiten el mantenimiento y el desarrollo de grupos étnicos de la Amazonia pues, nada que sea básico para la supervivencia humana puede

ser objeto de colonización, de monopolio, pretensiones hegemónicas o postulados de la oferta y la demanda, apropiándose de los bienes o entornos comunes, a partir de una supuesta filosofía occidental basada en la libre apropiación individual.

Por último, argumenta que, en virtud de lo expuesto se puede observar que ni los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Morona Santiago, ni el juez cuarto de lo civil de Morona Santiago, dentro de la acción de protección puesta en su conocimiento, se detuvieron a analizar la posible afectación de los derechos constitucionales alegados por el accionante.

El Pleno de la Corte Constitucional una vez estudiado los argumentos y bases normativas del caso, expidió la siguiente sentencia:

1. Declarar la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal 1; el derecho a la propiedad colectiva de la tierra establecido en el artículo 60 de la Constitución de la República.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección presentada.
3. Como medidas de reparación integral, esta Corte dispone:

3.1 Dejar sin efecto la sentencia impugnada expedida el 27 de enero del 2009 a las 11h20, por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago. 3.3 Dejar sin efecto la resolución administrativa del INDA (Delegación Provincial de Morona Santiago) del 27 de octubre de 2008 a las 16:30 hrs. que ordenó el desalojo del señor Silverio Saant Chapaik y otros. 3.4 Disponer la publicación en la página web de la Corte Constitucional el peritaje antropológico realizado dentro del presente caso⁷⁵².

⁷⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Sentencia No. 008-09-SAN-CC. Disponible en: <http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c4e11319-807e-4ce7-b2a5-bb2e1380e31a/0210-09-EP-sen.pdf?guest=true>, [consulta: 03 de junio, 2021].

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

“Un indio sin tierra es un indio muerto”

Viejo dicho en América

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de tres siglos los pueblos indígenas del Estado mexicano se vieron subsumidos por las ideas liberales que imperaron durante los siglos XVIII y XIX, en los cuales se instauraron figuras ilustradas en las Constituciones mexicanas como símbolos del progreso y protección a los derechos universales, dotando de garantías y creando principios como el de igualdad jurídica para todos los mexicanos como distintivo progresista de un Estado moderno.

El Estado, apoyado en estos principios progresistas, se propuso a conformar una identidad nacional en la que todos los habitantes del territorio mexicano compartieran una historia común donde se enlazaran las ideas del mestizaje, los símbolos patrios, los héroes que consumaron la Independencia, toda ella contada por medio de la lengua del castellano, dejando de lado los cientos de dialectos que se encontraban presentes en el territorio mexicano.

Otro postulado importante que se implantó fue el de la religión única que se permitía profesar en la nación, que era la católica, y que por tanto dejaba a los habitantes sin la posibilidad de practicar otra, obviamente todo esto se apoyaba en la idea de que la religión ayudaría a reafirmar los otros ideales mencionados, además de que contribuiría a desterrar las prácticas ancestrales y los cientos de dioses paganos que tenían las comunidades indígenas.

El mestizaje cultural ayudo a armonizar los usos y costumbres, tomando algunos rasgos de la cultura prehispánica para mezclarlos con los españoles y que derivaron en una nueva

cultura mestiza para todos los habitantes de México, con el objetivo de construir una identidad nacional.

Pese a que se ha pretendido erradicar a los pueblos indígenas, estos exploraron estrategias que les permitiesen sobrevivir, por ejemplo, buscaron su aislamiento geográfico e ideológico, e incluso adaptaron sus formas de organización social y política para la defensa y reconocimiento de sus derechos tradicionales y la adquisición de otros nuevos.⁷⁵³

Quizás en la historia nacional de México no es posible apreciar a simple vista los movimientos indígenas que han surgido a lo largo de la vida independiente del país, ya que en muchas ocasiones las poblaciones indígenas quedaban relegadas al mando de un personaje histórico, desvaneciendo el papel relevante que jugaron al interior de los movimientos. Cabe decir, que los indígenas siempre estuvieron presentes en la lucha por la defensa de sus derechos políticos y culturales para que se diera la conformación de un Estado multicultural con un progresivo avance hacia el pluralismo jurídico.

Lo anterior ha permitido que surjan propuestas a favor de los pueblos indígenas como lo son: el replanteamiento del sistema federal tomando en cuenta a los estados indígenas, lo cual tendría injerencia en la división clásica de poderes; otra postura va encaminada a conceder a los pueblos indígenas la calidad de Estado independiente del Estado mexicano para que puedan tener su propia organización y una verdadera separación del sistema jurídico ordinario.

Actualmente el territorio mexicano cuenta con aproximadamente 25,694,928 personas que se autoadscriben como indígenas⁷⁵⁴, que viven con sus usos y costumbres, así como autoridades propias en los territorios que han quedado apartados de la gran maquinaria que han construido los Estados Unidos Mexicanos, es por esta razón que se necesitan reformas

⁷⁵³CORREAS, O. (coord.), *Derecho indígena mexicano I*, Vol. I, México, 2ª ed., Ediciones Coyoacán, 2012, p. 257.

⁷⁵⁴INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), *Principales resultados de la encuesta intercensal 2015*. Consultada en: http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/producto_s/nueva_estruc/702825078966.pdf.

estructurales que les permitan ser parte del México pluralista al que hace alusión el artículo 2º constitucional.

Desde antes y después del nacimiento de México como nación independiente los pueblos indígenas han atravesado por procesos de resistencia y adaptación, debido a la exclusión y marginación social que se ha gestado en torno a ellos y que los ha colocado como víctimas del racismo y discriminación por parte de la población no indígena, de las instituciones y del mismo Estado.⁷⁵⁵ No obstante, pese a todos esos elementos en su contra han sabido permanecer en pie de lucha, conquistando sus derechos en las normas constitucionales y leyes reglamentarias.

2. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO

Tratar de explicar la lucha de los pueblos indígenas nos lleva a serios problemas, sobre todo cuando se trata de delimitar el período a partir del cual comenzaron a surgir los movimientos indígenas en la historia nacional. Desde mi punto de vista el momento que mejor ejemplifica la lucha de los pueblos indígenas data del año 1810, con el inicio la guerra de Independencia en México, en la que los pueblos indígenas tuvieron una participación notable para lograr la emancipación de la nación mexicana de la Corona Española.

El llamado que hizo el cura Hidalgo al pueblo mexicano para levantarse en armas logró reunir a cientos de personas que buscaban la independencia del pueblo oprimido; después tendremos el segundo momento de dicho movimiento con Morelos, quien convocó a todos aquellos que desearan continuar con la lucha de independencia⁷⁵⁶ en un movimiento más coordinado y unificado, en el que la mayoría de los que integraban las filas de ese levantamiento armado eran indígenas.

⁷⁵⁵DEL TORO HUERTA, M., “La clave intercultural en el reconocimiento del pluralismo electoral en México”, *Revista Mexicana del Derecho Electoral*, 2017, núm. 12, pp. 83-113 [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-electoral/article/view/13546/14925>>.

⁷⁵⁶VILLORO, L., *El proceso ideológico de la Revolución de Independencia*, México, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 77-100.

Se puede decir que el gran logro de este personaje fue incluir en el artículo 15 de su famoso manifiesto titulado *Los Sentimientos de la Nación* lo siguiente:

*“Que la esclavitud se proscriba para siempre y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y sólo distinguirá a un americano de otro el vicio y la virtud”*⁷⁵⁷

Desafortunadamente Morelos fue capturado y se tuvo por apaciguado el movimiento, posteriormente aparecería el general Iturbide, quien fue el encargado de llevar a cabo la consumación de la Independencia de México y con ello el movimiento indígena pasaría al olvido.

Durante el movimiento insurgente se hicieron promesas a los pueblos indígenas, asegurándoles que, a cambio de su apoyo para alcanzar la independencia, se les concederían una serie de prerrogativas, su inclusión en la toma de decisiones de la vida pública del país naciente, así como la firme y constante promesa de que se les dotaría de tierras a todos ellos, sin embargo, pese a haber logrado la independencia de México, dichas promesas no se vieron concretadas.

En el año de 1824 se promulgó la primera constitución del México independiente, se trató de un ordenamiento inspirado en las ideas ilustradas, así como en algunos parámetros dados por la Constitución de Cádiz y la Constitución de Bayona, lo que llevó a los constituyentes a contemplar el sistema federal, la división de poderes, e inclusive se comenzó a hablar acerca de una igualdad jurídica, la cual resultaba renovadora para la época en que se encontraban. A pesar de ello, dicho texto fundamental no contaría con una declaración de derechos; y en lo que respecta a los pueblos y comunidades indígenas, estos quedaron desprotegidos debido a que se desconocieron todos sus usos y costumbres ancestrales, así como sus formas de organización interna.⁷⁵⁸

⁷⁵⁷MORELOS, J. M., *Sentimientos de la Nación*, México. Disponible en: <<http://congresogro.gob.mx/LX-LEGISLATURA/images/Documentos/sentimientos.pdf>>, [consulta: 15 de febrero, 2020].

⁷⁵⁸PANTOJA MORÁN, D., *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 210-215.

Desafortunadamente los derechos de propiedad que tenían los pueblos indígenas previo a la emisión de la Constitución se vieron desvanecidos, ya que el tipo de propiedad que reconocía el texto constitucional era el de propiedad privada, acabando con la propiedad comunal que se les venía reconociendo a los pueblos y comunidades indígenas durante el período colonial por algunas ordenanzas de Castilla.

Se podría decir que la única referencia que se hace a los pueblos indígenas en la Constitución mexicana de 1824 es la contenida en su artículo 49, fracción XI, relativa a la facultad del congreso para regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes estados de la federación y con las tribus de indios, aún así, más allá de ese breve comentario no existe otra mención hacia los pueblos indígenas en el primer texto constitucional de la nación mexicana.⁷⁵⁹

La Constitución de 1836 (conocida como las Siete Leyes), se encargó de corregir las supuestas deficiencias que tenía la Constitución de 1824, aludiendo que este texto constitucional debería contar con un apartado de derechos y obligaciones de los mexicanos, aunque la principal diferencia que se dio entre estos ordenamientos jurídicos fundamentales fue respecto a la forma de organización política del Estado, ya que la Constitución de 1836 fue de corte centralista.

La realidad de este texto es que era sumamente desigual, debido a que solo concedió derechos civiles y políticos a las clases sociales altas de la época, es decir, a aquellos que tuvieran una renta anual de por lo menos 100 pesos, puesto que solo ellos podían ser considerados ciudadanos y si se deseaba aspirar a ocupar un cargo dentro de la administración pública se requería contar con una renta anual de 1500 pesos.⁷⁶⁰ Lo anterior propició que los indígenas quedaran excluidos de la vida pública y de la toma de decisiones fundamentales para el país, ya que les resultaba imposible contar con esos ingresos anuales

⁷⁵⁹SAYEG HELÚ, J., *El nacimiento de la República Federal Mexicana*, México, Secretaría de Educación Pública, 1974, pp. 116-122.

⁷⁶⁰SERRANO MIGALLÓN, F., *Historia mínima de las constituciones en México*, México, El Colegio de México, 2013, p. 198.

y que además, esta forma de elegir a las autoridades chocaba con los usos y costumbres que tenían los pueblos indígenas.

Al igual que la Constitución de 1824, las Siete Leyes seguían contemplando la propiedad privada dejando una vez más olvidada la propiedad comunal y original de los pueblos indígenas. Como hecho enunciativo debemos decir que no se hizo mención en ninguno de los debates del Congreso Constituyente sobre otro tipo de propiedad que no fuera la individual.

Una vez más, las dos logias que había en esa época como eran la yorkina y la escocesa pondrían a discusión si las Siete Leyes en verdad era el texto que demandaba la realidad del Estado mexicano, tan es así que se convocó a un nuevo Congreso para generar una nueva constitución, aunque en realidad, no es que se necesitara un nuevo texto constitucional sino que se pretendía reinstalar la Constitución de 1824 con algunas modificaciones, es por ello que se creó la Constitución de 1843 o mejor conocida como las Bases Constitucionales.

Las Bases Constitucionales plantearon la posibilidad de incorporar un apartado de derechos del hombre que más adelante se llamaría “garantías individuales” dejando en claro que sería primordial proteger ciertas prerrogativas fundamentales como la libertad de imprenta, la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la inviolabilidad de la propiedad, asimismo se hizo referencia de nueva cuenta a la prohibición de la esclavitud⁷⁶¹, a pesar de esto, el tema de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas sería una vez más ignorado.

Posteriormente, se gestaría otro golpe de Estado con el propósito de cambiar el texto constitucional, que mantendría más o menos la ideología del texto pasado, pero con algunas diferencias sustanciales. Lo anterior debido a que el asunto de los pueblos indígenas se había convertido en un problema de carácter nacional, pero de nuevo el tema quedaría relegado en vista de que se dio mayor enfoque y discusión en torno a los temas de la Iglesia y la tierra, de esta forma fue como se promulgó la Constitución de 1857.⁷⁶²

⁷⁶¹*Ibidem*, pp. 218-220.

⁷⁶²LÓPEZ BÁRCENAS, F., *Autonomía y derechos indígenas en México*, México, Ediciones Coyoacán, 2005, p. 65.

La Carta Magna de 1857 mantuvo una estricta protección a los derechos del hombre⁷⁶³, sin embargo, los constituyentes no previeron que al crear derechos individuales se vulnerarían los derechos de las comunidades indígenas. Lo relevante de este nuevo texto fue que mantuvo el sistema federal como la forma de organización del Estado mexicano.

Otra de las contradicciones del texto es que su artículo 40 llegó a ser una ilusión de la nación mexicana, ya que estableció que: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa y federal...”⁷⁶⁴ lo anterior es una ficción, toda vez que la voluntad del pueblo a la que se hacía referencia, en realidad, no reflejaba la voluntad de todos los habitantes del país, debido a que el texto fue creado por liberales dejando de lado a los conservadores y a la generalidad de los indígenas.

Durante el México independiente los indígenas tuvieron que convivir con una diversidad de instituciones jurídicas y sociales que coadyuvaron para mantenerlos en una situación de marginalidad. En los diversos cuerpos normativos de la época encontramos que la realidad de la situación jurídica de los indígenas frente a la igualdad que planteaba el cuerpo constitucional era nula. Dicho postulado se concretaría hasta el siglo XIX, cuando la ideología en torno al mestizaje se había anclado en la mente e historia de cada uno de los mexicanos.

El texto constitucional de 1857 dejaría varias disputas a la deriva, entre ellas, resurgía la idea de traer a un príncipe europeo para que ocupara el trono de México, los conservadores mexicanos consideraron que era oportuno traer a Maximiliano de Habsburgo con la idea de instaurar el Segundo Imperio Mexicano (1863-1867), el cual estuvo marcado por una protección amplia y benéfica para los indígenas. Esto resulta interesante toda vez que el tema no había estado presente en los primeros años del México independiente y

⁷⁶³ GONZÁLEZ, M. DEL R. y CASTAÑEDA, M., *La evolución histórica de los derechos humanos en México*, México, 2ª reimp., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 28.

⁷⁶⁴ Constitución de 1857. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf.

resultaba curioso que fuera un extranjero quien se diera a la tarea de poner en vigencia los derechos de los pueblos indígenas en los ordenamientos del Segundo Imperio.

Realmente las grandes reformas que se dieron durante el Segundo Imperio fueron desarrolladas e impulsadas por los emperadores Carlota y Maximiliano de Habsburgo apoyados por un grupo de intelectuales belgas que se encargaron de crear instituciones a favor de los indígenas, así como de crear alternativas que permitiesen sacarlos de la miseria en la que vivían, rescatar sus costumbres, darles la oportunidad de recibir educación, así como la manera de que pudieran acceder a tribunales en los que tuvieran la posibilidad de presentar sus quejas y hacer valer sus derechos.⁷⁶⁵

Algunas de las reformas que propusieron los emperadores consistían en dotar de tierras a los indígenas para que tuvieran una propiedad, no se sabe con precisión con qué carácter se reconocería esa propiedad, si privada o comunal, pero la inclusión de los indígenas en el sistema jurídico del país era un tema relevante en la agenda de los emperadores, tan es así que las publicaciones de las leyes que se hicieron durante su gobierno fueron en dos idiomas, el castellano y el náhuatl, como una forma de mantener informados a los indígenas de las leyes que les aplicaban.⁷⁶⁶

Desafortunadamente el desenlace que tuvo el emperador Maximiliano fue la muerte, alejado del Imperio Austrohúngaro. Todos sus buenos proyectos fueron olvidados y los liberales que dirigía Benito Juárez se encargaron de mantener sus proyectos legislativos fuera de vigencia y de los indígenas.

La muerte del indio oaxaqueño Benito Juárez mientras era presidente de la nación trajo consigo levantamientos de diversos grupos que pretendían apoderarse de la presidencia,

⁷⁶⁵GONZÁLEZ LEZAMA, R. A., “La génesis de la legislación social en el Segundo Imperio mexicano”, en MORENO-BONETT, M., y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. M. (coords.), *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-1820*, T. II, México, Facultad de Filosofía y Letras-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 383-390, pp. 385 y 386 [en línea], <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/32577>>.

⁷⁶⁶PANI, E., “La visión imperial. 1862-1867”, en FERRER MUÑOZ, M. (coord.), *La imagen del México decimonónico de los visitantes extranjeros: ¿un Estado-Nación o un mosaico plurinacional?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 287-304, pp. 291-297 [en línea], <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/252-la-imagen-del-mexico-decimononico-de-los-visitantes-extranjeros-un-estado-nacion-o-o-un-mosaico-plurinacional>>.

dando apertura para que llegara el próximo presidente que duraría casi treinta años en el poder, el general Porfirio Díaz, con él se dio un gran desarrollo industrial en el país, claro, dicho desarrollo traería como consecuencia mantener reprimidos a los pueblos indígenas en las haciendas henequeneras en el sur del país o en las minas del norte, con dicho episodio se puede apreciar una vez más la marginación de los pueblos indígenas por tres décadas más.⁷⁶⁷

Al caer la dictadura del general Porfirio Díaz y con ello el fin del período conocido como “Porfiriato”, se abrió el espacio para que los liberales y conservadores se reagruparan para ver la promulgación de un nuevo texto constitucional, no obstante que diversos sectores de la población como los pueblos y comunidades indígenas tuvieron que presenciar la construcción de la nueva nación de forma lejana, dejando sus intereses y aspiraciones fuera del nuevo orden constitucional, por lo que se decía que desde la Independencia se había contribuido para consolidar los estratos que imperaron durante la Colonia.

Era necesario redefinir la forma de gobierno así como la división de la riqueza, lo que propició que se gestara un segundo movimiento revolucionario en el Estado mexicano que se conocería como la Revolución Mexicana de 1910, en este movimiento se plantearon diversos propósitos a consolidar en caso de alcanzar el triunfo, entre ellos, lograr que los pueblos indígenas recuperaran su modo de vida ancestral y su propiedad, fue por esto que muchos indígenas se alistaron a los cuerpos armados, desafortunadamente no todos los integrantes de esta revuelta compartían los mismos anhelos y aspiraciones, por el contrario, para algunos sólo significaba entrar al progreso, a la modernidad.⁷⁶⁸

Los intelectuales también se preocuparon por empoderar a los pueblos indígenas, se pueden rescatar los pensamientos de Ricardo Flores Magón⁷⁶⁹, quien pugnaba por una mejora en la

⁷⁶⁷GUERRA, F. X., *México: del antiguo régimen a la revolución*, T. II, México, 6ª reimp., Fondo de Cultura Económica, 2003, pp.110-112.

⁷⁶⁸LENADER, B. (coord.), *Pueblos indígenas de hoy, aprender del pasado para entender el presente*, México, Universidad Veracruzana, 2013, p.11.

⁷⁶⁹ El programa del Partido Liberal Mexicano fue proclamado por la Junta Organizadora en San Luis Missouri el 1 de julio de 1906, donde se señalaba que si triunfaba el Partido Liberal confiscarían los bienes de los funcionarios enriquecidos bajo la dictadura, además de que restituiría a los yaquis, mayas y otras tribus,

protección de la raza indígena. Por otro lado también estaba el Caudillo del Sur, Emiliano Zapata, que si bien no era un intelectual, sí era un dirigente revolucionario preocupado por reclamar los derechos de los pueblos indígenas, por lo que tomó las armas y aglutinó un ejército que buscaría conquistar los derechos de los pueblos olvidados en el Plan de Ayala.⁷⁷⁰

El 14 de septiembre de 1916 Venustiano Carranza emitió un decreto en el que se adicionaba el Plan de Guadalupe, este documento fue de suma importancia, ya que a partir de él se hizo la convocatoria para formar el nuevo congreso en el que ningún indígena tendría representación en los curules.

En 1916, Venustiano Carranza, el primer Jefe del Ejército Constitucionalista, presentó un proyecto de reformas en el que se fijaban los lineamientos para dotar al país de una nueva Constitución, tomando como punto de referencia las deficiencias de la Constitución de 1857, de esta forma, se propuso que la nueva constitución contemplara la división de poderes, la transformación de derechos en garantías individuales, así como hacer un texto acorde a las realidades sociales que se vivían en el país, pero en el proyecto de reformas jamás se hizo referencia sobre colocar los derechos de los pueblos indígenas en la tribuna.

Finalmente, todas las escaramuzas que se dieron durante 7 años resultarían en una convocatoria impulsada por el ejército constitucional para integrar un nuevo Congreso Constituyente que adoptaría el texto constitucional de 1917, los indígenas que participaron en el movimiento revolucionario pensaban que sus derechos serían retomados en el Congreso de 1916-1917, lo cierto es que los constituyentes de la época, a pesar del apoyo que se había dado por parte de estos grupos para lograr el triunfo de la Revolución, nuevamente postergaron el tema y se concentraron en seguir tratando los temas estructurales para la reorganización de lo que consideraban como el nacimiento de una nueva nación, que en realidad el término ‘nueva’ ya no era aplicable debido a que el país

comunidades o individuos de los terrenos que habían sido despojados. Cfr. ZEBADÚA, E. y MORENO COLLADO, J., *Cien años de derecho agrario en México*, T. 1, México, Porrúa, 2017, p. 91.

⁷⁷⁰MORA-DONATTO, C., *Visión Panorámica de las Constituciones de México. Anhelos y Desafíos de una Nación*, México, Gobierno del Estado de Guerrero, 2017, pp.190-191.

había cumplido más de un siglo desde la independencia de España y ciertamente no podía terminar de resolver la forma de gobierno que deseaba tener.

La Constitución de 1917 nació de la deuda social histórica que se tenía desde la independencia de México, movimiento en el cual fallecieron alrededor de dos millones de personas, que en su mayoría fueron indígenas, sin embargo, cuando llegó el momento de conformar el constituyente, ningún indígena resultó electo para integrar dicho órgano colegiado, a pesar de este tropiezo, el ordenamiento fundamental sigue siendo considerado como el primero de su tipo que consagró derechos sociales en el constitucionalismo moderno.⁷⁷¹

A pesar de que la Constitución mexicana de 1917 es considerada por los doctrinarios de la materia como la pionera en el reconocimiento de derechos sociales en el mundo, su realidad era otra, ya que aun cuando para 1916 la mayoría de la población mexicana era de origen mestizo, los derechos de las comunidades indígenas no fueron tomados en cuenta en la Constitución, misma que se reconocía como la más liberal y protectora de las clases deudoras de la Revolución Mexicana, pues si regresamos al inicio de esta investigación veremos que la Constitución de 1824 en su artículo 49 fracción XI, por lo menos enunciaba a los indígenas (aunque para algunos se trataba de una copia de la Constitución norteamericana), pronunciamiento que no tuvo el texto original de 1917.

Aunque se asegura que si bien no fueron parte de la discusión general, sí se vieron inmersos en la formulación del artículo 27 fracción VI constitucional que hace referencia a que los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de la población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común de las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o se les haya restituido, pero fuera de esa maquillada mención no se dice más.⁷⁷²

⁷⁷¹GONZÁLEZ GALVÁN, J. A., “La Constitución y los derechos de los pueblos indígenas”, en ESQUIVEL, G., IBARRA PALAFOX, F. A., y SALAZAR UGARTE, P. (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, T. 3, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2017, pp. 147-166, p. 148.

⁷⁷²CRUZ PARCERO, J. A., “Los derechos colectivos indígenas y su desarrollo en la Constitución de 1917”, en ESQUIVEL, G., IBARRA PALAFOX, F. A., y SALAZAR UGARTE, P. (coords.), *Cien ensayos para el centenario*.

Finalmente es necesario mencionar que el espíritu de la soberanía popular y del ejército triunfante era dotar a la nación mexicana de una constitución que terminara con las injusticias que se vivieron en años anteriores, aunque se puede decir que fue una tarea difícil que tuvo que sortear el nuevo congreso. Este se enfrentó a las discrepancias y fricciones que surgieron desde las facciones revolucionarias que no lograban consensuar respecto a la forma en se debía estructurar y dirigir el país, con una sociedad que estaba totalmente dividida y polarizada, además de que económicamente hablando el Estado se encontraba devastado por la guerra interna por la que atravesaba.

Después de ese importante suceso la moral y el espíritu decaído de los pueblos indígenas se verían apagados, ya que tendrían que continuar viviendo en la marginalidad histórica a la que fueron condenados prácticamente desde el comienzo de la Conquista; sintiéndose excluidos de la toma de decisiones relevantes para el país, de no contar con derechos, de que ya no se les consideraran indios ni indígenas, sino que ahora la Ley Agraria los regulaba y convertía a todos en ejidatarios.⁷⁷³

El tema quedaría olvidado y resurgiría en el año de 1934, cuando el presidente Lázaro Cárdenas emprendería su camino con el propósito de propagar el indigenismo por el país, dando creación al Departamento Autónomo de Asuntos Indígenas y la idea de dotar a los indígenas de una esfera de derechos, sin embargo, fue hasta 1937 que se crearía el Departamento de Educación Indígena de la Secretaría de Educación Pública; en 1938 se establecería el Instituto de Antropología e Historia y la Escuela Nacional de Antropología e Historia, y una década después se daría paso a la formación del Instituto Nacional Indigenista en 1948.⁷⁷⁴

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, T. 3, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2017, pp. 121-146, p. 125 [en línea] <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4320-cien-ensayos-para-el-centenario-constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos-tomo-3-estudios-economicos-y-sociales>>.

⁷⁷³ETXEBERRIA, X., MUÑOZ, M. R., VÁZQUEZ, J. P. (coords), *Pueblos indígenas, Estados y derechos humanos. Los nasa en Colombia y los tseltales en México*, México, Universidad Iberoamericana, 2012, p. 80.

⁷⁷⁴CRUZ PARCERO, J. A., *op. cit.*, nota 20, p. 126.

Posteriormente, tuvieron que transcurrir varias décadas para que se retomara la cuestión relativa a los pueblos indígenas, claro, con la iniciativa impulsada desde la tribuna internacional, donde se discutió el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁷⁷⁵, que si bien fue un primer avance que se produjo a nivel internacional con el fin de velar por la protección de los derechos de los pueblos indígenas, no logró consolidar los beneficios que buscaba, debido a la poca claridad que ofrecía su contenido.

Evidentemente los actores políticos estaban conscientes de que la deuda histórica con los pueblos indígenas continuaba pendiente. Además de la política internacional que se estaba fraguando en torno al tema, en 1989 se decidió institucionalizar la Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas, desafortunadamente dicha institución solo sirvió para hacer política de otra índole y no para dar pauta al reconocimiento de los pueblos indígenas en el aparato político y jurídico, que fue el motivo para la que había sido creada.

El Estado mexicano se encargó de firmar y aprobar el Convenio 169 de la OIT, que trajo inmediatamente modificaciones al artículo 4º de la Constitución mexicana en el año de 1992, justo en el quinto centenario del descubrimiento de América⁷⁷⁶. Se decidió agregar una parte importante que dispuso que: *“la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado.”*

Se podría decir que fue el año de 1992 la primera ocasión en que se hizo referencia a los derechos de los pueblos indígenas; las reformas al artículo 4º constitucional significaron un pequeño pero significativo avance en el reconocimiento de sus derechos fundamentales y

⁷⁷⁵ Fue aprobado el 26 de junio de 1957 en Ginebra, Suiza, entra en vigor general el 2 de junio de 1959, lo aprueba el senado mexicano el 26 de diciembre de 1958 con la ratificación del presidente el 1 de junio de 1959, con entrada en vigor para México el 1 de junio de 1960. Consultado en: http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_convenio_107.pdf.

⁷⁷⁶ ARAGÓN ANDRADE, O., *Indigenismo, movimientos y derechos indígenas en México. La reforma al artículo 4º constitucional de 1992*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2007, p.

que irían de la mano con las reformas que se realizarían al artículo 27 constitucional y con ello las modificaciones a la Ley Agraria⁷⁷⁷.

Si bien sus principios e instituciones alcanzaron cabida en el texto constitucional, lo cierto es que en realidad su regulación quedó relegada a leyes secundarias, con lo cual se limitaba el actuar de las entidades federativas al impedirles que bajo la distribución de competencias no podían regular los temas relativos al territorio y disfrute de los recursos naturales dentro de los territorios indígenas.⁷⁷⁸

Como suele suceder, muchas de las veces las reformas al texto constitucional o a las leyes secundarias se hacen con celeridad para que ante el foro internacional se estime que el Estado mexicano ha cumplido con sus compromisos, aunque en la práctica, su aplicación en el ámbito nacional se deja como derecho positivo más no vigente o en lugar de proteger a los destinatarios terminan afectándolos. Fue por ello que el 1º de enero de 1994 el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), se alzó en armas contra el Estado mexicano en favor de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina.

El levantamiento que hizo el EZLN en el estado de Chiapas generó un cambio de paradigma respecto a los derechos de los pueblos indígenas, es importante mencionar que el ejército estaba compuesto en su mayoría por indígenas del grupo tzeltal, tzotzil, chol, tojolabal y mam, así como por algunos mestizos, todos ellos tomaron las principales cabeceras de algunos municipios del estado como San Cristóbal de las Casas, Las Margaritas, Altamirano, Chanal, Ocosingo, Oxchuc, Huixtán, Chalam, Simojovel y San Andrés Larráinzar.⁷⁷⁹

⁷⁷⁷DÍAZ-POLANCO, H., *La rebelión zapatista y la autonomía*, México, 4ª reimp., Siglo XXI Editores, 2011, p. 129.

⁷⁷⁸COSSÍO DÍAZ, J. R., *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 23.

⁷⁷⁹LE BOT, Y., *El sueño zapatista*, Barcelona, Anagrama, 1997, p. 39. Disponible en: <https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/PyF_revolucionarios_marxistas/Sueno_zapatista-Yvon_Le_Bot.pdf>.

El primer documento que emanó de este movimiento fue la “Declaración de la Selva Lacandona”, en años posteriores se emitirían cinco documentos más. En total el EZLN publicó un total de seis declaraciones, desde 1994 hasta 2005.

Es importante mencionar que dichas declaraciones no contienen demandas precisas sino formulaciones generales, como la declaración de guerra al ejército federal mexicano, así como el reclamo de los derechos de los pueblos indígenas, y la demanda de una nueva forma de organización para la nación y el fin del neoliberalismo.

El Gobierno tuvo que abrir una mesa de diálogo para establecer los términos de la relación que debía guardar el Estado mexicano con el EZLN, con el objetivo de definir las reformas que tendría que implementar el Estado de conformidad con las demandas impuestas por los indígenas, es así que decidieron suscribir un documento que se denomina *Acuerdos sobre Derechos y Cultura Indígena*, mejor conocidos como *Acuerdos de San Andrés Larráinzar* por haber sido firmados en dicho lugar.

El contenido de dichos acuerdos se puede resumir en las siguientes demandas: construir una nueva relación por parte del Estado con los pueblos indígenas mediante una reforma que se tenía que hacer al artículo 4 constitucional para dejar en claro su libre autodeterminación; asimismo, se solicitó una reforma al artículo 115 constitucional para reconocer a las comunidades indígenas como entidades de derecho público; también se exigieron derechos de participación y representación política, garantías de acceso a la justicia, acceso a los derechos de la mujer indígena, acceso y transferencia de medios de comunicación, educación intercultural, entre otros. Finalmente se declaró la necesidad de reformar el artículo 27 constitucional para que se garantizara el derecho de propiedad de los pueblos indígenas.⁷⁸⁰

⁷⁸⁰ZOLLA, C., y ZOLLA, E., *Los pueblos indígenas de México: 100 preguntas*, México, 2ª ed., UNAM, 2004, Disponible en: https://www.nacionmulticultural.unam.mx/100preguntas/pregunta.php?num_pre=12

Sin lugar a duda, los Acuerdos de San Andrés Larráinzar marcaron una pauta para que desde el ámbito internacional se fijara la atención hacia México y la situación en la que vivían sus pueblos indígenas.

Sobre este punto, probablemente surja entre los lectores la pregunta ¿qué se ganó con el movimiento de 1994 encabezado por el EZLN? En efecto, se logró que el Estado mexicano incluyera el término ‘multiculturalismo’ en sus políticas y reformas constitucionales, mismas que se vieron concretadas en el año 2001, en las cuales se reivindicaron los términos de libre determinación y autonomía territorial y legal para las comunidades y pueblos indígenas.⁷⁸¹

Lo anterior hace que México pueda ser considerado como una nación multicultural, aunque actualmente el artículo 2º constitucional hace referencia a un estado pluricultural, ello significa que es un Estado que cuenta con una vasta incorporación de diferentes culturas en un territorio, mismas que en algún momento disfrutaron de autonomía y gobierno propio, a diferencia de los Estados multiétnicos, cuya diversidad proviene de la inmigración.⁷⁸²

La importancia que tuvo incorporar el término ‘multiculturalismo’ en la esfera pública del Estado significó que se dieran concesiones de derechos diferenciados a los grupos vulnerables, en este caso, se facultó a los indígenas para que pudieran poseer una identidad propia y particular dentro de una identidad común. Asimismo, ya no estarían relegados, sino que debían estar inmiscuidos en la globalización.⁷⁸³

Las modificaciones que el Estado mexicano llevó a cabo en su ordenamiento fundamental, reivindicó el papel de los indígenas en la historia nacional, ya que su presencia fue fundamental para lograr el triunfo de las luchas por la Independencia y la Revolución Mexicana, asimismo, significó una deconstrucción de lo que los liberales habían impuesto

⁷⁸¹ARIAS MARÍN, A. (coord.), *Multiculturalismo y derechos indígenas. El caso mexicano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 130.

⁷⁸²*Ibidem*, p. 134.

⁷⁸³DÍAZ-POLANCO, H., *Elogio de la diversidad: Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, México, Siglo XXI, 2010, pp.172-173.

como ciudadanía mexicana, pues ahora se reconocía como una ciudadanía multicultural o diferenciada.

3. NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES A MÉXICO

El Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957, mejor conocido como Convenio 107 de la OIT entró en vigor el 7 de julio de 1960 para el Estado mexicano, pero no tuvo una efectiva aplicación en la República y en los demás Estados porque se consideró un convenio meramente integrador sin analizar el contexto que vivían los pueblos indígenas. Al ser un texto orientador para los Estados firmantes no le dieron gran importancia, fue por eso que en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo convocada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo decidió el 27 de junio de 1989 emitir el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes mejor conocido como Convenio 169 de la OIT, el cual fue ratificado por el Estado mexicano el 24 de enero de 1991.⁷⁸⁴

Un importante cambio que se dio con la formulación del Convenio 169 pues se hizo la diferenciación entre pueblos tribales y pueblos indígenas. Al parecer la distinción dentro de los artículos 1.1.a y 1.1.b se pueden entender con que el primer concepto se aplica a grupos indígenas que no guardan una relación con la conquista que hicieron las dos grandes potencias del siglo XV como fue España y Portugal; mientras que los pueblos indígenas comparten un proceso histórico como fue la conquista que realizó Hernán Cortes en gran parte de América, afectando a los habitantes del territorio conquistado, en donde los conquistados lograron mantener gran parte de sus instituciones pese a ese hecho.

Ambos conceptos aplican para México, el primero para las tribus, como la de los kikapús y tarahumaras que habitan en el norte del país, lo que antes se conocía como Aridoamérica, eran considerados nómadas o seminómadas, con asentamientos precarios y una

⁷⁸⁴ Es importante mencionar que la Organización Internacional del Trabajo no acepta ratificaciones con reservas, además de que México fue uno de los incentivadores de dicho Convenio en la Cumbre de Ginebra, por eso resultaría absurdo que el Estado quisiera incumplir su contenido o que quisiera manifestar restricciones constitucionales para cumplir con el mismo. LÓPEZ GARCÍA, A. D., *op. cit.*, nota 453, 2017, p. 124.

organización social y política sencilla. El segundo concepto es para los descendientes de los pueblos que habitaban en el área conocida como Mesoamérica con una serie de regiones que muestran características específicas de culturas diferenciadas.⁷⁸⁵

Veremos que este Convenio va a ser fundamental para que los pueblos indígenas puedan demandar sus derechos en las instancias federales, sobre todo que el artículo 8 del mismo ordenamiento hace mención al multicitado pluralismo jurídico. Mismo que tuvo que tomar en cuenta el sistema jurídico mexicano, lo cual significo que ahora tendría que tomar en cuenta los usos y costumbres de los pueblos indígenas como un sistema normativo indígena que convive con el sistema jurídico nacional.

Los artículos 9, 10 y 11 son relevantes para explicar el tema de la jurisdicción indígena, ya que desde el foro internacional se dio pauta para que el Estado reconociera dicha figura:

Artículo 9.

1. En la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10.

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11. La Ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole,

⁷⁸⁵RABASA, E., *Derecho Constitucional Indígena*, México, Porrúa, 2002, p. 50.

remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12. Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándose, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Como podemos observar la redacción de estos 4 artículos hace alusión a los derechos procesales a que tienen derecho los miembros de los pueblos indígenas, e incluso si se hace una interpretación evolucionista se alcanza a vislumbrar el tema de la cooperación entre la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena.

Un tema importante que se rescató en el Convenio 169 de la OIT fue la transición que se dio por usar el término ‘tierra’ por el de ‘territorio’, mismo que hace referencia el artículo 13 del mismo ordenamiento⁷⁸⁶, ya que ese pequeño cambio permitió que los pueblos indígenas pudieran detentar la propiedad y posesión sobre sus territorios, sin embargo, siguen existiendo disputas en cuanto a analizar si el Estado puede retirar a los indígenas de sus territorios ya que en múltiples ocasiones se considera detentador de los recursos del subsuelo y la mayoría de esos recursos están en poblaciones indígenas, por lo que tienen que ser despojados de sus tierras con el objetivo de que puedan explotarse dichos recursos, sin dejar de lado que vulnera el derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Lo anterior ha quedado demostrado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interponer varias demandas que fueron presentadas por distintos pueblos indígenas presentes en el continente americano y en las cuales se reclaman un pleno reconocimiento de su derecho de propiedad frente al derecho que ostenta el Estado.

⁷⁸⁶ El tema deja mucho que desear porque unificaron el concepto de territorio pero lo cierto es que los que salen perdiendo son los pueblos y comunidades indígenas y tribales por ser ellas las que se ajusten a los nuevos términos territoriales que quiera imponer el Estado, dejando de lado la vida colectiva de los pueblos. DÍAZ-POLANCO, H., *Autonomía regional, la autodeterminación de los pueblos indios*, México, Editores Siglo XXI, 1992, p. 207.

Otro asunto importante es el referente a la materia educativa en todos los niveles, en donde los pueblos indígenas puedan recibir una educación con sus propios valores, es decir, en su misma lengua y con las formas tradicionales que ellos implementen sin imponer los parámetros nacionales del Estado en que habitan.⁷⁸⁷

Es cierto que el Convenio no abarca muchas cuestiones esenciales para los pueblos indígenas, por ejemplo, no cuenta con un apartado especial en cuanto al tema de autonomía y libre determinación⁷⁸⁸, ya que se dejó más a criterio de cada uno de los Estados firmantes. Lo importante de este Convenio es que se puede decir que propició un verdadero realce a lo que es el derecho indígena a nivel internacional y a su vez hizo eco en varios países para que empezaran a hacer reformas constitucionales en la materia y dar paso a una nueva época de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

¿Qué impacto tuvo el Convenio 169 de la OIT en el Estado mexicano?

Todo comenzó con el levantamiento que hizo el EZLN en el año de 1994, cuando apenas se estaban cumpliendo 3 años de la aplicación del Convenio 169 de la OIT en México⁷⁸⁹, lo cual era una oportunidad para que el Ejército Zapatista colocara al país en un foro internacional donde se le evaluara conforme al mismo Convenio y demostrar qué tanto había avanzado el país firmante en cuanto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Se trató de un momento idóneo calificar la aplicación de un Convenio internacional por parte del Estado mexicano, ya que siempre se ha caracterizado por firmar

⁷⁸⁷STAVENHAGEN, R., *Los pueblos indígenas y sus derechos*, México, UNESCO, 2008, p. 98.

⁷⁸⁸DURAND ALCÁNTARA, C. H., “Crítica al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referente a los pueblos indígenas”, *Revista Alegatos*, 1993, núm. 25, pp. 27-32 [en línea], <<http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/1135/1112>>.

⁷⁸⁹En palabras de Jorge Galván se puede considerar que el Convenio 169 de la OIT es un convenio promocional, que tenía como objetivo que los países adoptaran las medidas legislativas en su normatividad interna, pero no fijo los términos o procedimientos que se debían seguir para cumplir con el fin del Convenio. GONZÁLEZ GALVÁN, J., “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones de México con su ratificación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1999, núm. 96, pp. 857-871, p. 862. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3612/4366>>.

y ratificar numerosos convenios internacionales, no obstante que la realidad del país dista mucho de lo que el Estado se compromete.

Fue así como el tema quedó agendado en la reunión de 1995 para la Comisión de la Conferencia para la Evaluación de la Aplicación de Convenios y Resoluciones. El tema dio mucho de qué hablar, pues se trataba de un asunto polémico para el Estado mexicano por la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte⁷⁹⁰ y el levantamiento del EZLN, sin dejar de lado que se evaluarían las medidas que tomó el gobierno sobre la aplicación del Convenio 169 y su estricta aplicación en el estado de Chiapas. Después de varias discusiones que se generaron sobre el tema se llegó a la conclusión de que el Estado mexicano aceptaría la visita de una misión consultiva para buscar la forma más adecuada de resolver el problema del Ejército Zapatista con el gobierno en turno.

En el año de 1996 el presidente de la OIT realizó una visita a México para coordinar los métodos de trabajo y las decisiones que se iban a tomar para que se solucionara el conflicto. Dadas las pláticas y negociaciones que se dieron con intermediarios las cosas no marcharon como se esperaba, pues las negociaciones se habían suspendido, debido a que los pueblos indígenas se sentían traicionados por la postura que había tomado el Gobierno, después de todo se retomaron las mesas de diálogo con un tono más tenso y con el riesgo de que en cualquier momento se rompieran de nuevo ya que las demandas del EZLN sobre democratizar al país no se materializaban por parte del Gobierno.

De nuevo en 1997 la Comisión de Expertos se tuvo que ocupar del asunto, ya que el Frente Auténtico de Oaxaca presentó una observación sobre la construcción de un proyecto hidroeléctrico en un territorio indígena sin la debida realización de una consulta para el pueblo indígena radicado en aquellos territorios, la Comisión reiteró su apoyo al Gobierno para que se estudiara el tema y se pudieran dar soluciones al conflicto.

⁷⁹⁰ Al respecto Gustavo Zagrebelsky menciona que las sociedades humanas, han sido un elemento mas de los ordenamientos políticos, es un hecho que era latente en el siglo pasado, donde lo económico determinaba la estructura de la sociedad y de ahí se determinaban los papeles de las demás funciones sociales, culturales, artísticas, etc. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, 10ª ed., Trotta, 2011, p.101.

Una vez más, en el año de 1999 la Comisión tuvo que atender un caso de México, en el que el Gobierno presentó un informe sobre las reformas que se habían realizado en varias entidades federales donde se introdujeron disposiciones para que se les brindaran traductores a los indígenas que estuvieran llevando un proceso judicial, y en el que se debían tomar en cuenta los usos y costumbres para dictar la sentencia, y presentó una consulta nacional a los pueblos indígenas para hacer reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia indígena.⁷⁹¹

En el año de 2000 la Comisión de Expertos exclamo las necesidades que tenía que enfrentar el Estado mexicano respecto a las obligaciones que se desprenden del Convenio y las posibles violaciones al mismo, por lo que la Comisión instó al Estado que solicitara el apoyo de la Oficina Internacional del Trabajo para contribuir en la solución de su conflicto con los pueblos indígenas, así como con los trabajadores.⁷⁹²

Entre los años 2000 y 2002 se presentaron muchas controversias alrededor del mundo y a nivel nacional con respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Recordemos que México tenía en la misma tribuna el problema de la consulta a los pueblos indígenas y el mal dialogo que había tenido con el EZLN, sumado a ello, las denuncias de los sindicatos que denunciaban maltratos a los trabajadores rurales e indígenas.

Es así que tras los grandes levantamientos que hicieron los pueblos indígenas en México se logró un avance en la conquista de sus derechos, pese a que no se logró democratizar al país como lo deseaba el EZLN, sí se lograron algunas modificaciones al texto constitucional para el año de 2001 y posteriormente en el año de 2011, no obstante que, desde entonces no se han vuelto a hacer reformas a favor de los pueblos y comunidades de los pueblos indígenas de México.

Finalmente, lo cierto es que el Convenio 169 de la OIT fue una herramienta relevante para continuar y monitorear las políticas públicas que implementaba el Gobierno en cuanto al

⁷⁹¹CASTRILLÓN ORREGO, J. D., *op. cit.*, nota 69, p. 144.

⁷⁹²*Ibidem*, p. 145.

tema de los pueblos indígenas, aunque aún carece de mecanismos que obliguen a los Estados a cumplir con su correcta aplicación, sin embargo se ha visto un avance en algunos temas, por ejemplo, en relación a la consulta previa libre e informada como parte de los indígenas, ya que logró consolidarse en el texto constitucional mexicano, no obstante, que aún en muchas ocasiones se sigue dando su incumplimiento y se le sigue dando prioridad a los mega proyectos que están planeados para desarrollarse en los territorios de los pueblos indígenas.

Las reformas constitucionales ya se hicieron, sin embargo, aún falta crear las leyes secundarias como una Ley General de Consulta previa, libre e informada, así como una Ley General de Coordinación entre la jurisdicción ordinaria e indígena, para lograr una mejor regulación y aplicación de los postulados constitucionales y no queden únicamente como meros enunciados dentro del texto constitucional.

4. LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

México al igual que muchos otros países latinoamericanos ha ido incorporando en sus normas constitucionales los derechos de los pueblos indígenas, en esta misma línea, la Constitución Política mexicana contempla diversos temas relativos en los siguientes artículos: 1º, 2º, 27 fracción VII, párrafo segundo y 115 fracción tercera. Como vimos, ese cambio reformador no fue resultado de una concientización de los legisladores nacionales, sino que fue un cambio que se impulsó desde el ámbito internacional y que obligó al Estado mexicano mediante la ratificación de múltiples tratados de derechos humanos en materia de derechos de los pueblos y comunidades indígenas a reformar su norma fundamental y leyes federales.

Realmente en el texto constitucional sólo hay un artículo que hace referencia a los derechos y obligaciones de los pueblos indígenas y es el artículo 2º constitucional, reforma que fue un logro que se realizó en el año de 2001, después de ella, el Poder Legislativo no se ha

inmutado por realizar las leyes federales que reglamenten el contenido de dicha disposición constitucional, ni por buscar la progresividad de esos derechos.

Siguiendo con la tesis de que la reforma del año 2001 al artículo 2º constitucional garantizó la autonomía de los pueblos indígenas, al ser este un tema de gran trascendencia en la materia, los defensores y promotores de los pueblos indígenas de México buscaron el reclamo y ejercicio de ese derecho ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y no en los tribunales locales. El máximo tribunal de México respondió de manera escueta y se apegó al artículo segundo transitorio de la reforma, diciendo prácticamente que el derecho de reconocimiento y autonomía de los pueblos indígenas es materia de los estados federales, siempre que ésta no rompa con la unidad nacional que establece el artículo 40 constitucional, lo cual pone en duda si en verdad se le estaba dando pleno reconocimiento a los pueblos indígenas o simplemente se mantenía el discurso que sobreponía al Estado nacional frente a los demás Estados indígenas.

La reforma que se hizo en ese año permitió que la competencia en materia indígena fuera concurrente, de tal forma que la Federación, los Estados y los municipios de la República mexicana podían legislar sobre la materia con la finalidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas. Modificación al texto constitucional que desde mi apreciación considero acertada, en el sentido de que debido a la diversidad y heterogeneidad de los pueblos y comunidades indígenas de la República mexicana, hacía que el hecho de regularlos a todos como un todo homogéneo fuera ineficiente y con poco alcance para atender la realidad de cada uno, por lo que la facultad para que los congresos estatales realicen las reformas a sus ordenamientos locales para lograr una mayor protección acorde con la necesidades de los pueblos presentes en sus territorios, no obstante, también considero lamentable que la Federación renuncie a su responsabilidad de legislar sobre el tema, ya que delega sus obligaciones a los 32 Estados de la nación mexicana.

Se puede decir que la gran reforma que se hizo en materia de derechos humanos en México fue el 10 de julio de 2011, que si bien, no se trató de una reforma específica en materia de derechos indígenas. El Estado mexicano sí tuvo un gran avance en materia de derechos

humanos para personas indígenas, tal como lo señala el informe de desempeño del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas bajo el Mecanismo de Examen Periódico Universal que tomó ocho líneas para hacer referencia a los pueblos indígenas, donde se planteó el reto de impulsar y fortalecer la participación de los pueblos y comunidades indígenas en la vida política del país, reconociendo sus usos y costumbres, así como mencionar que del 2009 al 2012 el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió cinco tesis de jurisprudencia sobre usos y costumbres de pueblos y comunidades indígenas⁷⁹³, este avance significó para muchos el inicio en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Para tener en claro lo que establece el artículo 2º constitucional, me permitiré citar el mismo para ir explicando su importancia o la connotación de algunos conceptos.

Realmente el primer párrafo del artículo segundo constitucional tiene que ver con un reconocimiento tardío que hace el Estado mexicano sobre su carácter pluricultural en el año de 1992.

Artículo 2.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

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.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Definitivamente el párrafo anterior es acorde a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 1 hace referencia de lo que se debe considerar como pueblo indígena o tribal, quizás las descripciones que se brindan en dicho apartado no son muy claras, pero sirven para identificar que personas pertenecen a un pueblo indígena. El rasgo objetivo que

⁷⁹³MOGUEL, J. (coord.), *Derechos indígenas y armonización legislativa. Declaratoria, relatorías e intervenciones del Foro Nacional Indígena el 26 de febrero de 2014*, México, CESOP/Cámara de Diputados LXII Legislatura/ Juan Pablos Editor, 2014, pp. 35-36.

se ha tomado para poder identificar que una persona es parte de un pueblo indígena es la lengua, sin embargo, no es un rasgo que deba atender a cuestiones colectivas sino individuales, ya que ni el Estado o las instituciones de este, pueden definir y delimitar quienes son indígenas.

La autoadscripción es uno de los temas más desarrollados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷⁹⁴ y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación⁷⁹⁵, donde se explica la importancia de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas la posibilidad de que se autoidentifiquen como miembros de una comunidad y sólo basta su palabra para que puedan gozar de los derechos que les pertenecen a dicho grupo.

El reconocimiento de las autoridades indígenas es esencial para mantener sus formas de organización, en este sentido, el artículo 2º constitucional continua:

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

⁷⁹⁴ Tesis 1a. CCCLXVII/2015, 10ª., personas indígenas. Las prerrogativas en el artículo 2º constitucional tiene vigencia durante todo el proceso penal, sin que obste el momento en el que se realice la autoadscripción. Con la finalidad de evitar excesos, fraudes a la ley e inseguridad jurídica para la víctima u ofendido, esta Primera Sala determinó que la "autoadscripción" como persona indígena, a fin de ser eficaz y activar en su favor la serie de prerrogativas fundamentales, deberá de realizarse en las primeras etapas del proceso penal, esto es, ya sea ante el Ministerio Público durante el procedimiento de averiguación previa, o bien, durante la fase de preinstrucción de la causa, pues de lo contrario dicha manifestación no detendrá la fuerza suficiente a fin de ordenar la reposición del procedimiento penal respectivo. Lo anterior quedó reflejado en la tesis de jurisprudencia [1a./J. 58/2013 \(10a.\)](#) (1). Dicho criterio establece una regla específica, en tanto determina una consecuencia automática para un determinado supuesto: deberá ordenarse la reposición del proceso cuando la autoadscripción se realice durante la averiguación previa o la instrucción, y se haya llevado el juicio sin la asistencia de un intérprete y defensor. No obstante, el criterio anterior no supone de ningún modo que la "autoadscripción" posterior a esas etapas conlleve la pérdida de los derechos previstos en el artículo 2o. de la Constitución General. En efecto, el derecho a ser asistido por intérpretes y defensores que conozcan su lengua y cultura no se encuentra restringido a un determinado momento procesal. Así, el hecho de que no se aduzca tempranamente en el proceso penal la "autoadscripción", no hace inefectivo el ejercicio del derecho de una persona indígena a contar con un traductor e intérprete. En todo caso, en este supuesto no es posible fijar una regla a priori sobre las consecuencias jurídicas en el juicio, pues el juzgador deberá valorar el grado y momento de la afectación al derecho de defensa adecuada para determinar las consecuencias que dicha violación debe generar en el proceso.

⁷⁹⁵ TEPJF, jurisprudencia 4/2012 Comunidades indígenas. La conciencia de identidad es suficiente para la procedencia del juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano.

La libre determinación se debe entender como la libertad que tienen los pueblos y comunidades indígenas en cuanto a la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social, cultural y judicial de manera interna, e incluso el Estado está obligado a garantizar su pleno desarrollo fuera y dentro de la comunidad. Respecto a esto, el texto constitucional señala que:

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

En el apartado “A” de la citada disposición constitucional encontramos una serie de derechos que se consideran relevantes para el desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas, de los que destacan dos por su carácter fundamental como son la libre determinación y autonomía, entendiendo que esto implica la libre elección para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, debiendo respetar y conservar su entorno.⁷⁹⁶

El tema de elegir a sus propias autoridades indígenas de conformidad con sus usos y costumbres permite que el derecho sea dinámico en cuanto a la creación de las normas, manteniendo vigente el asunto de la jurisdicción indígena en su territorio.

Uno de los puntos relevantes de este apartado es la reforma que se hizo el 22 de mayo de 2015 y que modificó la fracción III del multicitado artículo constitucional, donde se estableció la igualdad entre varones y mujeres para votar y ser votados, todo ello, de conformidad con sus formas ancestrales. Por otro lado, no se puede dejar de mencionar que las garantías procesales son esenciales para todos los procedimientos judiciales que se

⁷⁹⁶MÁRQUEZ RÁBAGO, S., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y con jurisprudencia*, México, Porrúa, 2017, pp.16-17.

desarrollen en el Estado mexicano, lo que implica que los indígenas deben gozar de los mismos, respetando sus usos y costumbres, con la ayuda de intérpretes y traductores que les asistan en la comprensión de cada etapa del proceso.⁷⁹⁷

Como lo he anunciado, en el apartado “A” se consagran una serie de prerrogativas para los pueblos y comunidades indígenas en relación con el reconocimiento de su libre determinación y autonomía, que a continuación me permito citar:

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía⁷⁹⁸ para:

I. Decidir de sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos⁷⁹⁹ en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.⁸⁰⁰ La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

⁷⁹⁷ *Idem.*

⁷⁹⁸ El concepto de libre determinación de los pueblos es muy antiguo, guarda una íntima relación con la soberanía popular y nacional, lo cual se puede entender como una conquista histórica que va relacionada con el surgimiento del Estado-nación, el cual se centra en un modelo centralizado de política y derecho, creyendo que se trata de dos tipos de regímenes jurídicos diferentes, de lo anterior se puede entender que la libre determinación va acompañada con el derecho a proclamar su existencia, a definirse de manera colectiva, a delimitar los límites de su territorio, así como a delimitar sus normas internas. ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. (coord.), *Derechos Humanos, pueblos indígenas y globalización*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, pp. 66-70.

⁷⁹⁹ En la década de los noventa el Estado mexicano comenzó a realizar una multiplicidad de leyes y reformas constitucionales, lo que llevó al reconocimiento de la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas que se rigen bajo sus propias formas de gobierno, imponiendo a las autoridades administrativas y jurisdiccionales a reconocer sus propias formas de elección de sus autoridades. MORALES MARTÍNEZ, G. N., y RAMÍREZ CRUZ, I., *La tutela de los derechos político-electorales de los pueblos y comunidades indígenas en América Latina*, México, IEEQ, 2020, p. 202.

⁸⁰⁰ Con la reforma político-electoral incorporada en el año de 2014 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las mujeres indígenas han organizado de manera local, regional y nacional participar en la elección de autoridades civiles así como en la designación de autoridades religiosas. SIERRA, M. T., “El multiculturalismo en disputa: derechos humanos, género y diversidad cultural”, *Antología: Grandes temas de la antropología jurídica*, 2006, pp. 59-76.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal, la soberanía de los Estados y la autonomía de la Ciudad de México. En ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político-electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales.⁸⁰¹

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.⁸⁰²

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.⁸⁰³

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

⁸⁰¹ Un punto interesante sobre este tema es que el Estado cuenta con órganos jurisdiccionales competentes para resolverlos los conflictos en materia electoral, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución, lo que muchas de las veces lleva al lector a pensar que los medios de impugnación se pueden enfocar con la elección autoridades del sistema ordinario, lo cierto es que estos medios también operan para los pueblos indígenas en la elección de sus autoridades. SILVA ADAYA, J. C., *Control de la constitucionalidad y elecciones indígenas*, México, Porrúa, 2004, p. 19.

⁸⁰² El tema del idioma es importante para los pueblos y comunidades indígenas para muestra está el Caso López Álvarez vs Honduras, la Corte estudio que se le prohibió al indígena expresarse en su lengua, como miembro de la comunidad garífuna, mientras fue detenido en el Centro Penal de Tela, por lo que estaba aplicando una restricción a su libertad de expresión, lo cual es contrario a la Convención Interamericana, por lo que es considerado un acto de discriminación en su contra. Por lo que la Corte concluyó que el Estado era responsable por violar el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los pueblos indígenas. Cfr. QUINTANA OSUNA, K., y GÓNGORA MAAS, J., *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, México, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019, p. 55.

⁸⁰³ Como menciona Cruz Arenas, el territorio de los pueblos indígenas es de suma importancia ya que ahí pueden desarrollarse de manera libre, llevar a cabo su vida en comunidad, su lengua, es el lugar donde enterraron a sus muertos, es el lugar donde comparten su historia y su cultura, así como su futuro. CRUZ ARENAS, R., *Territorios indígenas, el eterno conflicto en defensa comunitaria del territorio en la zona central de México: enfoques teóricos y análisis*, México, Juan Pablos Editor, 2010, p. 111.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables.

Las Constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación⁸⁰⁴ y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

Por su parte, el apartado B establece una serie de obligaciones para el Estado encaminadas a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, así como la de establecer instituciones y políticas públicas que permitan el desarrollo de los indígenas, en ese sentido podemos ver que el Estado ha implementado la promulgación de algunas leyes que les benefician, como la Ley General de los Derechos Lingüísticos de los

⁸⁰⁴ El tema de la participación de los pueblos indígenas se constituyó desde el año de 1997 cuando la Comisión Interamericana estableció que los Estados deben tomar las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades o pueblos indígenas puedan participar a través de sus representantes en los procesos de toma de decisiones, sobre todo cuando se trata de temas que les afecte directamente en su vida interna, cultural o política. El caso emblemático que ha dictado la Corte Interamericana es el caso Yatama vs Nicaragua al igual que el caso Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. QUINTANA OSUNA, K., y GÓNGORA MAAS, J., *op. cit.*, nota 803, p. 44.

Pueblos Indígenas, la Ley de la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), así como la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación.⁸⁰⁵

Las obligaciones que se fijan para la Federación, los Estados y los municipios, de conformidad con norma fundamental mexicana son las siguientes:

B. La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria,⁸⁰⁶ establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

- I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.
- II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Definir y

⁸⁰⁵GONZÁLEZ GALVÁN, J. A., “Comentario al Artículo 2º”, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, T. VI, México, 9ª ed., Miguel Ángel Porrúa, 2016, pp. 300-328, pp. 305 y 306.

⁸⁰⁶ La Recomendación general 23 referente a los derechos de los pueblos indígenas menciona: “El Comité está consciente de que en muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a los pueblos indígenas, y se les ha privado de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y concretamente, de que los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas del Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos. En consecuencia, la conservación de su cultura y de su identidad histórica se ha visto y sigue viéndose amenazada.”

desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.⁸⁰⁷

- III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

- IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

- V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación⁸⁰⁸ y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

- VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

⁸⁰⁷ Educación intercultural, se debe entender como la formación que pueden recibir en el siglo XXI como una mezcla de conocimientos de las culturas originarias (indígenas), derivadas (africana y mestiza) y extranjeras. GONZÁLEZ GALVÁN, J. A., *op. cit.*, nota 315, p. 7.

⁸⁰⁸ Varios Estados latinoamericanos han hecho en mayor medida las educaciones para contemplar el derecho a la educación intercultural en sus constituciones, tal es el caso de Argentina, Colombia, Panamá, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, con lo que se ha generado una igualdad de oportunidad, de desarrollo equitativo y de respeto a los idiomas y culturas indígenas. AGUILAR, GONZALO, *et. al.*, *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*, México, Porrúa, 2011, p. 50.

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como establezca la ley.

C. Esta Constitución reconoce a los pueblos y comunidades afromexicanas, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la Nación.⁸⁰⁹ Tendrán en lo conducente los derechos señalados en los apartados anteriores del presente artículo en los términos que establezcan las leyes, a fin de garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social.

El pluralismo jurídico al que hace referencia el artículo 2º constitucional reconoce que el derecho indígena es uno o varios sistemas normativos indígenas que tienen vigencia y aplicación en el territorio mexicano y no debe ser llamado derecho consuetudinario⁸¹⁰. Para tener el carácter de vigente en las comunidades indígenas debe pasar por un proceso de creación, dado a determinadas autoridades indígenas, por lo tanto, el pluralismo jurídico debe reconocer las autoridades, los usos, costumbres o tradiciones, procedimientos y formas de sanción de los pueblos indígenas que habitan en México.

El artículo 27 surge del Congreso Constituyente de 1916 que buscó la manera de poner fin al problema del reparto agrario, el cual era una deuda que se generó por décadas y que si no se resolvía en ese Congreso la guerra se podría mantener, es por ello que el artículo original de la Constitución de 1917 contempla la restitución de tierras, bosques y aguas a los pueblos o tribus que fueron despojados de ellas, es así como el tema de la restitución y dotación de tierras estará vigente en el texto constitucional por varias décadas e incluso se facultaba a los gobernadores de las entidades federativas para recibir los expedientes y turnarlos al ejecutivo federal y se procediera al reparto agrario, evidentemente el texto constitucional ha sufrido reformas, cambiando los procedimientos para obtener concesiones para la explotación de los recursos naturales del territorio mexicano, así como para ser titular de la tierra.

⁸⁰⁹ En el siglo XXI se reconocen los derechos humanos individuales y colectivos de los indígenas y afrodescendientes, tomando en cuenta sus características culturales como los idiomas, normas, territorios, comprometiéndose el Estado a garantizar dichos derechos para las minorías. *Cfr.* GONZÁLEZ GALVÁN, J. A., *op. cit.*, nota 315.

⁸¹⁰DURAND ALCÁNTARA, C. H., *Derecho indígena*, México, Porrúa, 2005, p. 62.

En el año de 1983 el artículo 27 comenzó a sufrir algunas adiciones respecto a la impartición de la justicia agraria con el objetivo de asegurar la tenencia de la tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad, posteriormente veremos que se modificó el mismo texto del artículo en comento para dar por terminado el reparto agrario en el año de 1992, así también se agregó la fracción séptima que hace una mención pequeña a la protección de las tierras de los grupos indígenas.

(...) La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

VII. Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas.

La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas.

La ley, considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores.

La ley, con respecto a la voluntad de los ejidatarios y comuneros para adoptar las condiciones que más les convengan en el aprovechamiento de sus recursos productivos, regulará el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela. Asimismo, establecerá los procedimientos por los cuales los ejidatarios y comuneros podrán asociarse entre sí, con el Estado o con terceros y otorgar el uso de sus tierras; y, tratándose de ejidatarios, transmitir sus derechos parcelarios entre los miembros del núcleo de población; igualmente fijará los requisitos y procedimientos conforme a los cuales la asamblea ejidal otorgará al ejidatario el dominio sobre su parcela. En caso de enajenación de parcelas se respetará el derecho de preferencia que prevea la ley.

Vamos a ver que las recientes reformas que van desde el 2011 a la fecha han buscado incluir en este artículo el derecho a la alimentación nutritiva, el desarrollo rural integral y sustentable, modificar lo conducente en materia de telecomunicaciones, así como una

reforma que dotará a la nación de la planeación y control del sistema eléctrico nacional, así también, determinar que las actividades de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos se harán a través de las empresas productivas del Estado.⁸¹¹

Como puede apreciarse, el artículo 27 constitucional tiene una redacción que hace referencia a la protección de las tierras indígenas, pero dicha propiedad se maneja de conformidad con lo que establece la Ley Federal de Reforma Agraria⁸¹², lo cual le resta valor a la propiedad indígena y es contrario a lo que establece el Convenio 169 de la OIT que contempla un derecho de propiedad comunal.

Lo anterior tiene una explicación histórica y jurídica, ya que con el decreto del 6 de enero de 1915 muchos grupos indígenas empezaron a tramitar la restitución y dotación de tierras para poder acreditar la propiedad. Cuando se expidió el Código Agrario de 1940 se estableció otro procedimiento de bienes comunales haciendo la diferencia de las otras formas de tenencia de la tierra.

Dentro de esos procedimientos que existían por decreto de 1915 muchos grupos indígenas buscaron la restitución de sus tierras, mientras que, por otro lado, también estaba el procedimiento de ejidos o nuevos centros de población ejidal, el tema se complicó cuando el Código Agrario estableció el procedimiento de reconocimiento, confirmación y titulación de los bienes comunales, procedimiento que muchas comunidades indígenas iniciaron para obtener la titularidad de sus tierras bajo el reconocimiento presidencial.

Es por ello que algunos territorios van a ser considerados comunidades indígenas y otros ejidos, todo depende del procedimiento que hayan realizado.

⁸¹¹ZEBADÚA, E. y MORENO COLLADO, J., *Cien años de derecho agrario en México*, T. 1, México, Porrúa, 2017, p. 111.

⁸¹² Como explica el maestro Jesús Anlén, Para tutelar el reparto agrario, se tuvo la idea de que los titulares de los derechos agrarios no pudieran vender, ni prescribir, ni crear gravámenes o contratos de explotación sobre los mismos como lo podemos ver en el artículo 52 de la ley federal de reforma agraria señalaba que los bienes agrarios adquiridos por los núcleo de población serían inalienables, imprescriptibles e inembargables, además de que no podrían ser sujetos de enajenación, transmisión, arrendamiento, hipoteca o gravamen. *Cfr.* ANLÉN LÓPEZ, J., “La justicia agraria y el constitucionalismo mexicano”, en CONTRERAS BUSTAMANTE, R., y ISLAS LÓPEZ, J. (coords.), *La constitución de 1917. Reflexiones sobre la vigencia de principios, derechos e instituciones para la gobernabilidad democrática del siglo XXI*, T. II, México, UNAM, 2017. p. 261.

Para la década de los noventa el monismo jurídico seguía imperando en todas las instituciones del Estado, sin embargo, tenían el compromiso de reconocer los derechos de los pueblos indígenas, tras haber suscrito el Convenio 169 de la OIT. A partir de ese convenio se tendrá que ir abandonando la idea monista e ir abriendo nuevas interpretaciones a favor de la propiedad de los pueblos y comunidades indígenas de México.

Durante todo el tiempo que ha tenido vigencia la Constitución de 1917 el artículo 115 ha sufrido grandes reformas, desde las que contemplaron los aspectos políticos y organizativos de los Estados y municipios, hasta llegar a ser completamente destinado a contener cuestiones relativas al municipio a partir de 1987.⁸¹³

El reconocimiento que se hace a la tierra comunal o ejidal en la constitución mexicana, se le piensa como organizaciones de campesinos, no de indígenas, y no como autoridades indígenas sino como agrarias, de producción de alimentos y no de espacios donde se puedan desarrollar jurídica, política y culturalmente.⁸¹⁴

En cuanto al artículo 115 constitucional, se hace una pequeña mención respecto a la libre asociación que deberían de tener los pueblos indígenas dentro de cada municipio donde hubiera mayor población indígena. Dicha referencia se hace de la siguiente forma:

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

⁸¹³QUINTANA ROLDAN, C., “La libertad municipal, su reconocimiento en la constitución de 1917”, en CONTRERAS BUSTAMANTE, R., y ISLAS LÓPEZ, J. (coords.), *La constitución de 1917. Reflexiones sobre la vigencia de principios, derechos e instituciones para la gobernabilidad democrática del siglo XXI*, T. II, México, UNAM, 2017, p. 380.

⁸¹⁴GONZÁLEZ, GALVÁN, J. A., “El municipio indígena en México”, *Hechos y Derechos*, 2019, núm. 50. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13481/14888>>.

III. Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

- a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales.
- b) Alumbrado público.
- c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos.
- d) Mercados y centrales de abastado.
- e) Panteones.
- f) Rastro.
- g) Calles, parques y jardines y su equipamiento.
- h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito; e
- i) Los demás que las Legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los Municipio, así como su capacidad administrativa y financiera.

Sin perjuicio de su competencia constitucional, en el desempeño de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, los municipios observarán lo dispuesto por las leyes federales y estatales.

Los Municipios, previo acuerdo entre sus ayuntamientos, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que le correspondan. En este caso y tratándose de la asociación de municipios de dos o más estados, deberán contar con la aprobación de las legislaturas de los Estados respectivas. Así mismo cuando a juicio del ayuntamiento respectivo sea necesario, podrán celebrar convenios con el Estado para que éste, de manera directa o a través del organismo correspondiente, se haga cargo en forma temporal de algunos de ellos, o bien se presten o ejerzan coordinadamente por el Estado y el propio municipio;

Las comunidades indígenas, dentro del ámbito de municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.

Actualmente se han gestado movimientos indígenas que han buscado ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación la celebración de elecciones bajo sus propios sistemas normativos con la idea de que los pueblos indígenas puedan elegir a sus propias autoridades indígenas, lo cual garantiza un dialogo incluyente entre el sistema electoral mexicano y el derecho indígena.⁸¹⁵

Lo complicado de este tipo de estructuras municipales lo podemos encontrar en lo relativo a las autoridades, ya que en algunos casos tendrán que confluir tres tipos de autoridades en algunos municipios indígenas como son las autoridades tradicionales que se eligen de manera religiosa, las autoridades civiles que tienen que ver más con los temas del artículo 115 constitucional y las autoridades agrarias que tiene que ver con los miembros del comisariado de los Bienes Ejidales o Comunales.

Tras largos procesos de discusión el Congreso federal determinó que la participación de los pueblos y comunidades indígenas se diera en los planes de desarrollo municipal, el control y la administración de los recursos destinados al desarrollo social, se buscaba la posibilidad de que varios pueblos indígenas pudieran asociarse entre comunidades y que los municipios reconocieran la pertenencia a un pueblo indígena con el fin de coordinar acciones.⁸¹⁶

El tema continuó siendo de importancia y tomó verdadero valor cuando los defensores de los derechos de los pueblos indígenas vieron que el EZLN salió a la esfera pública y demandaron la aplicación del Convenio 169 de la OIT por parte del Estado mexicano. Fue en ese momento cuando el andamiaje jurídico se agilizó para reconocer los derechos de los pueblos indígenas e incluso la SCJN tuvo que pronunciarse mediante la tesis de la primera sala de dicho tribunal en relación con el artículo 27 constitucional, cuyo rubro es “Ejidales y comunidades agrarias. al constituirse formas de organización interna establecidas constitucionalmente, el funcionamiento de la asamblea general, así como la elección del comisario, son actividades que no forman parte del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas.” Como se puede observar el

⁸¹⁵BUSTILLO MARÍN, R., *op. cit.*, nota 300, p. 30.

⁸¹⁶*Ibidem*, pp. 160-161.

pronunciamiento de la Corte al respecto de la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas es muy escueta y no hace mayores pronunciamientos.⁸¹⁷

Sin mencionar que el Convenio homogenizo conceptos, como el de libre autodeterminación, los territorios de los pueblos, entre otros, con el objetivo de que los estados readecuaran sus postulados constitucionales o legales internos. Si el Estado mexicano sólo firma o ratifica el convenio pero no realiza las modificaciones a las leyes internas, no tendrán el peso suficiente para que se pueda aplicar, salvo que se le considere sujeto responsable internacional.⁸¹⁸

4.1. Pluralismo en México

A lo largo de varias lecturas realizadas sobre el pluralismo, he podido percatarme que dicho término atribuye ciertas perspectivas que desean modificar lo nacional por encima de lo subnacional e incluso se llega a considerar una intromisión de una parte sobre otra, sin embargo, considero que lo adecuado es buscar la inclusión de ambas, es ahí cuando quizás traslademos la mente al constitucionalismo y lo relacionemos con el pluralismo, como esa flexibilidad que va a tener la Constitución para permitir que la posición monista del derecho se derrumbe y se permita el agregado de otro u otros derechos, donde cada uno se reconoce, pero sin que se afirme la supremacía de uno u otro, esto es lo que se conoce como pluralismo constitucional.⁸¹⁹

El pluralismo jurídico nos hace pensar que no hay centro o una jerarquía normativa, quizás entre los regímenes regulatorios transnacionales emergentes no hay una relación entre

⁸¹⁷LÓPEZ, A., *El derecho a la consulta previa a pueblos y comunidades indígenas*, México, Porrúa, 2017, p. 153.

⁸¹⁸GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, J. M., “La implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho internacional una tarea pendiente”, en GARCÍA RAMÍREZ, S., y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, M. (coords), *Recepción internacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pp. 127-150, p. 128.

⁸¹⁹BUSTOS GISBERT, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, p.14.

superior/inferior, de ahí que la evolución del Derecho pueda incluir un amplio panorama de mecanismos formales e informales.⁸²⁰

El pluralismo jurídico se entiende como la multiplicidad de prácticas jurídicas existentes en un mismo espacio sociopolítico, que interactúan por los conflictos que se les presentan en la vida diaria, los cuales pueden ser o no oficiales, o como una pluralidad de derechos concurrentes.⁸²¹

Es muy cierto que el pluralismo da apertura a la convivencia de varios sistemas jurídicos en un mismo territorio, lo cual colisiona directamente con la idea monista de que el Estado es el único capaz de producir las normas jurídicas vigentes, ya que existen otras normas que son igual de vigentes pero que se utilizan en submundos jurídicos o subsociedades.⁸²²

El pluralismo tomó un papel predominante desde su enunciación en el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, haciendo un llamado para que las costumbres e instituciones de los pueblos indígenas se respetaran y tomaran relevancia en la formulación de normas nacionales, siempre que no contravinieran ni vulneraran el marco de protección a los derechos humanos.

A partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT se comenzaron a hacer reformas al artículo 4º de la Carta Magna mexicana. En el año de 1992 se reconoció en dicho ordenamiento constitucional que la nación mexicana tenía una composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos. Asimismo, se establece la obligación del Estado para promover el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos y costumbres, recursos y formas

⁸²⁰CORREAS, O. (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros Horizontes*, México, 2ª ed., Ediciones Coyoacán, 2017, p. 239.

⁸²¹WOLKMER, A., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, trad. de David Sánchez Rubio, Sevilla, MAD, 2006, p. 194.

⁸²² Al respecto se debe ver la concepción de Pospilsil, quien considera que el pluralismo legal es la coexistencia entre diversos regímenes normativos e institucionales en conjunto con un derecho oficial estatal, lo que lleva a confirmar que hay una pluralidad de normas e instituciones, las que reclaman autonomía, conviven con el derecho de Estado, sin importar si este los reconoce de manera oficial o no. De acuerdo con dicha descripción, en cada sociedad hay subgrupos que desarrollan sus propios sistemas legales, los cuales son posibles de diferenciar respecto del resto de los subgrupos que cohabitan dentro de una misma sociedad. *Cfr.* CHÁVEZ VALLEJO, G., *El control constitucional de la justicia indígena en el Estado plurinacional, especificidades, particularidades, dilemas y desafíos*, México, Porrúa, 2018, p. 25.

específicas de organización social, así como la de garantizar a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, no obstante que en los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte se deberán tomar en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Dicha reforma, a pesar de la poca claridad que ofrecía en su redacción, significó un avance en materia de protección de los pueblos indígenas, fue por ello por lo que se continuaron con los trabajos y propuestas legislativas para mejorar el texto constitucional, de esta forma fue que se llevó a cabo la reubicación del contenido del artículo 4º constitucional para que pasara al artículo 2º constitucional.

A pesar de esas reformas constitucionales, la discusión sobre el carácter pluricultural de México continuó, debido a que en el mismo artículo 2º se seguía manteniendo la idea de que es una nación “única e indivisible”, lo cual da lugar a suponer que todos los habitantes de México poseen una misma historia, usos, costumbres y religión, como se pensó por los liberales del siglo XVIII y que se trató de imponer a la población, sin embargo, no logró permear en las mentes de todas las personas, tan es así que los pueblos indígenas mantienen otra versión de esa historia y vida única que se ha pretendido imponer.

Es así como el pluralismo en México se ha entendido como la libre determinación indígena que está fundamentada en el texto constitucional, claro, siempre y cuando no rompa con la “unidad nacional” y con lo que establezca la Constitución mexicana, lo que deja en claro que la idea del monismo jurídico está disfrazada⁸²³, ya que el sistema jurídico indígena depende de la validación del sistema jurídico nacional, evidenciando que el sistema judicial nacional es el que impera o marca los límites de la jurisdicción indígena.

El pluralismo jurídico al que se ha inmerso el sistema jurídico mexicano no sólo debe estar presente en las reformas y en los textos constitucionales, sino que se debe llevar a la práctica, lo cual siempre es más difícil. En México se presentan numerosos casos en los que las autoridades indígenas facultadas para desempeñar funciones civiles o religiosas son

⁸²³CORREAS, O. (coord.), *Pluralismo Jurídico...*, cit., nota 786, p. 8.

acusadas de cometer delitos federales por juzgar y condenar a sujetos conforme a sus usos y costumbres y terminan siendo sometidas a procedimientos judiciales tortuosos y denigrantes.⁸²⁴

Cuando una persona indígena realiza una conducta que encuadra dentro de un supuesto previsto en alguna norma del sistema jurídico mexicano, el juzgador ordinario buscará juzgar y en su caso sancionar, pero a la vez deberá velar por sus derechos y juzgar con perspectiva de etnicidad. En el peor de los casos pretenderá juzgarlo como un ciudadano común y minorizar el derecho indígena. La detención de un miembro o peor aún de una autoridad indígena no solo afecta a la persona detenida en cuanto a la suspensión de sus derechos, sino que también afecta a toda la comunidad en la que desempeña sus funciones.

¿Qué ha generado el pluralismo jurídico? Pese a la diversidad de supuestos que se han presentado en México, la respuesta mucho ha dependido del tipo de juzgador que conoce de asuntos indígenas, es decir, si el juez es progresista, defensor y promotor de la jurisdicción indígena, saldrá del monismo jurídico que hay en las normas y buscará la aplicación del artículo 2º de la Constitución con una interpretación amplia para que la jurisdicción indígena conozca del caso. En este sentido, la existencia de una ley secundaria facilitaría su labor, pues lo ayudaría a fundar su decisión de declinar la competencia del asunto si el delito se cometió en un territorio indígena o bien porque el presunto culpable es indígena, además puede buscar un dialogo interjudicial con las autoridades indígenas, rastrear la información de las personas indígenas que serán sujetas a proceso, e incluso, en caso de presentarse dudas, poder solicitar un peritaje antropológico que le permita allegarse de las formas de vida, de las autoridades y tipos de casos que conoce la jurisdicción indígena, y entonces poder decidir si es un caso que debe ser juzgado en el ámbito de su jurisdicción ordinaria o dentro de la jurisdicción indígena.

Resulta incuestionable que en un mismo territorio se tenga conocimiento de la aplicación de un derecho nacional y de varios derechos normativos indígenas, aunque la historia ha

⁸²⁴GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. (coord.), *Manual de Derecho Indígena*, México, Fondo de Cultura Económica, 2019, p. 240.

mantenido subordinado al segundo sobre el primero e incluso se ha llegado a pensar que el derecho indígena carece de legitimidad por no provenir de las autoridades federales, sin embargo, el reconocimiento que se hace en el artículo 2º de la norma fundamental genera nuevos problemas concentrados al marco del pluralismo jurídico, ya que cada sistema normativo cuenta con sus propias normas, procesos judiciales y sociales que se aplican de manera diversa para otorgar justicia en su entorno social.

Lo más conveniente sería que existiera una ley general de coordinación de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena, lo cual es una tarea que ha quedado pendiente en la agenda de trabajo del Poder Legislativo Federal mexicano, ya que en el mejor de los casos se cuenta en algunos estados de la República mexicana con una ley de justicia indígena que no aborda el tema como debe de hacerse, con una verdadera coordinación y no sometimiento a una sobre de otra, es por ello la necesidad de contar con una ley general que permita a la entidades federativa regular el tema de la coordinación entre ambas jurisdicciones como mejor convenga a las comunidades presentes en sus territorios.

5. JURISDICCIÓN INDÍGENA

El tema de la jurisdicción en México es un tema controvertido dado que el sistema federal que tiene el territorio nacional implica que los poderes federales dicten las normas generales para los 32 Estados, pero cada uno de ellos cuenta con sus propios mecanismos para realizarlos, esto quiere decir que cada uno de los 32 Estados tengan la oportunidad de hacer las reformas correspondientes a sus Constituciones así como promulgar sus propias leyes estatales en materia de derechos de los pueblos indígenas. Lo que ha permitido observar importantes cambios legislativos en 29 entidades de la República mexicana en beneficio y protección de los pueblos y comunidades indígenas del país.

Lo que atiende dicha reforma es reforzar la jurisdicción especial indígena, es decir, la jurisdicción indígena tiene dos funciones. La primera, que las autoridades indígenas tengan la potestad de resolver sobre los conflictos internos que se presenten en el interior de sus comunidades. Segundo, que impartan justicia de conformidad con sus procedimientos

apegados a sus usos y costumbres siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a los tratados en materia de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano; en tercer lugar, se puede entender a la jurisdicción como el derecho que tienen los miembros de los pueblos y comunidades indígenas de ser juzgados conforme a su cultura.

Lo anterior es sumamente importante pese al proceso de conversión que se hizo durante casi tres siglos en los que no se logró eliminar las raíces indígenas y de acuerdo a cifras de la última encuesta intercensal de 2015 alrededor de 25,694,928 personas se autoadscribieron como indígenas, lo cual permite determinar que casi un cuarto de la población del país guarda relación con algún pueblo indígena.

Ese número importante de indígenas que habitan en el territorio mexicano nos pone a pensar que deben regirse bajo sus propios usos, costumbres y tradiciones, los cuales, a su vez serán diferentes en los 64 grupos etnolingüísticos, con un aproximado de 6,011,821 hablantes en el territorio mexicano.⁸²⁵

Incluso la forma de solucionar sus problemas es diferente a las formas utilizadas en el mundo occidental, ellos regularmente tienen Asambleas Generales donde se realizan rituales para solucionar las faltas graves a la comunidad indígena o bien para hacer nombramientos de las nuevas autoridades o incluso para formalizar alguna obligación o derecho entre los miembros de la comunidad.

Como se ha visto a lo largo de los años, los indígenas han sabido resolver sus problemas internos entre ellos, con su propio derecho interno y sus resoluciones, el problema aparece cuando un ajeno al pueblo indígena afecta la organización del pueblo o los derechos de los mismos. Entonces el inconveniente no se somete a la jurisdicción indígena sino en los tribunales locales o federales, ambos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria en donde los

⁸²⁵INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN (INEE), “Porcentaje de población indígena, porcentaje de población hablante de lengua indígena y porcentaje de monolingües”, *Panorama educativo en México. Indicadores del Sistema Educativo Nacional 2005*, 2006, pp. 63-70. Disponible en: <<https://www.inee.edu.mx/wp-content/uploads/2019/03/CS04-2005.pdf>>, [consulta: 10 de julio, 2020].

jueces la mayoría de las veces no toman en cuenta que una de las partes es indígena y que requiere de garantías procesales acordes a su calidad.

En cuanto a la jurisdicción indígena en México, está reconocida en el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo, es una redacción muy pobre que no da mayores detalles y deja muchas dudas de la protección de los pueblos indígenas.

A diferencia de los Estados de Colombia y Ecuador, el Estado mexicano está considerado como un país que le presta poca protección a los derechos de los pueblos indígenas, es por ello que considero necesario mencionar que muchas de las reformas que han considerado el reconocimiento de la jurisdicción indígena en México han tenido mayor impacto en las entidades federativas, no así en el ámbito federal.

Del estudio de las 32 entidades federativas que componen los Estados Unidos Mexicanos, se puede determinar la existencia de algunos elementos en común relativos al tema de la jurisdicción indígena, mismos que han quedado plasmados en sus Constituciones o leyes secundarias, y que son los siguientes:

1. Los derechos de los pueblos indígenas están reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las Constituciones estatales, así como en algunas leyes secundarias.
2. Contemplan el principio de autoadscripción.
3. Mantiene el principio de competencia territorial.
4. Se debe respetar los usos y costumbres de cada etnia. En México hay 64 etnias, por lo tanto 64 tipos de derecho indígena.
5. En caso de que los tribunales estatales tengan que dirimir un conflicto entre un indígena y un mestizo se tomaran en cuenta los usos y costumbres del indígena.

6. Las sanciones que impongan las comunidades y pueblos indígenas no pueden ser contrarias a los derechos humanos consagrados en la Constitución mexicana y en los Tratados Internacionales.

Hay que entender que la jurisdicción indígena es la facultad que tienen las autoridades indígenas para administrar justicia en todas las ramas del derecho, de conformidad con los procedimientos internos que establezcan sus usos y costumbres dentro de cada comunidad.

Este es uno de los temas en donde hay mayor controversia, ya que en múltiples ocasiones se ha pretendido delimitar el campo de actuación de las autoridades indígenas, acotándolas al conocimiento exclusivo de delitos leves, mientras que los delitos graves pasan a ser competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. Lo cual no quiere decir que este mal, ni que se busque excluir a una de la otra, sino que se necesita darle un verdadero reconocimiento a las autoridades indígenas para que puedan juzgar toda clase de delitos y no unos cuantos.

En cuanto a los procedimientos que se siguen ante autoridades indígenas se ha documentado que en su mayoría son orales y se substancian en una sola audiencia, para que la autoridad indígena dicte sentencia que alcanza la calidad de cosa juzgada.

Se ha dicho que los miembros de las comunidades indígenas sólo tienen derecho a dirimir sus conflictos en una instancia, lo cual supone que no es posible combatir las sentencias dictadas por las autoridades indígenas, es decir son irrecurribles, lo que deja abierta la posibilidad de que los indígenas asistan a la jurisdicción ordinaria para pedir la revisión sobre la misma.

Ahí es donde se abre el dilema, debido a que en muchas ocasiones las sanciones que imponen las autoridades indígenas no son acordes a las leyes estatales, sin decir que no pueden ser contrarias a las garantías procesales y los derechos humanos, por lo que las autoridades mestizas, suelen no tomar en cuenta el procedimiento y la resolución dictada dentro de la jurisdicción indígena y someten a las partes a un nuevo juicio, esto es cuando

la sentencia dictada por las autoridades indígenas ya causo cosa juzgada y las partes no pueden ser sujetas a un nuevo procedimiento.

De las 32 entidades federativas que tiene la República Mexicana 29 de estas, han promulgado una ley correspondiente a la protección de los derechos de los pueblos indígenas sin ser necesariamente una ley sobre jurisdicción indígena.⁸²⁶

Es importante mencionar que algunas leyes como la Ley de Justicia Indígena en Quintana Roo, así como la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca permiten que las autoridades tradicionales acudan ante las autoridades ordinarias para que homologuen sus sentencias y tengan la calidad de cosa juzgada, elemento que rompe con el respeto a los sistemas normativos de los pueblos indígenas, debido a que estos, tienen la misma estructura lingüística que los ordinarios.⁸²⁷

El reconocimiento de la jurisdicción indígena en el Estado de Quintana Roo es un caso relevante ya que modifico los sistemas normativos ancestrales con algunos elementos del sistema nacional ordinario, evidentemente se sigue manteniendo un derecho supraestatal y otro supeditado a él, por lo tanto, se rompe con el pluralismo jurídico que se ha querido instalar en el Estado mexicano.⁸²⁸

Por ejemplo, los jueces son elegidos conforme a los usos y costumbres de sus comunidades indígenas, para ello se requiere ser indígena de esa comunidad y su competencia se circunscribe a la materia, civil y familiar, además de que el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo les brindo una capacitación, cabe decir que los jueces indígenas son vitalicios y no son abogados.⁸²⁹

Los jueces tradicionales además de conocer sus usos y costumbres deben respetar las garantías constitucionales que contemplan la Constitución Federal, la Constitución del

⁸²⁶GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. (coord.), *op. cit.*, nota 790, p. 209.

⁸²⁷CORREAS, O. (coord.), *op. cit.*, nota 719, p.178.

⁸²⁸GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. (coord.), *op. cit.*, nota 790, p.139.

⁸²⁹*Ibidem*, pp. 139-140.

Estado, así como la Ley de Justicia Indígena de Quintana Roo. Dicha ley es de suma importancia porque establece las facultades de los jueces indígenas, los cuales pueden realizar mediación entre las partes, asimismo, contempla los temas que pueden conocer los jueces tradicionales como lo son la integridad física, salud, temas culturales, sobre todo los que tienen que ver con los temas civiles y familiares, salvo los casos penales que quedarán bajo la competencia de la jurisdicción ordinaria. Finalmente también establece un pequeño procedimiento de los juicios indígenas, los cuales se deben desarrollar de manera oral y en una sola audiencia, la sentencia debe dictarse en un acta que contenga los acuerdos, la cual causará cosa juzgada.⁸³⁰

El caso de localidad de Cuetzalan en Puebla es importante porque se está reconstruyendo el proceso de justicia indígena desde dentro, en donde las mujeres indígenas juegan un papel importante al promover lo que han llamado como “justicia intercultural con perspectiva de género” participando en el consejo del Juzgado Indígena, donde se buscó reimplantar el derecho nahua y los procesos conciliatorios, mismos que han servido para resaltar el papel de la mujer indígena en la sociedad nahua. Si bien, es cierto que los temas que mantiene la ley de la entidad estatal son ambiguos, dejando ilegible las competencias y alcances de los jueces indígenas, ha servido en algunos territorios indígenas para sobreponer el juzgado indígena por encima de los juzgados mestizos.⁸³¹

Por otro lado, está el Estado de Yucatán que tiene la Ley del Sistema de Justicia Maya, la cual tiene ciertas peculiaridades, por ejemplo, la justicia maya se desarrolla ante un juez de paz mismo que debe conocer los usos y costumbres de la comunidad.

Los juicios se desarrollan de manera oral en una sola audiencia, en ella se debe resolver el litigio entre las partes y en caso de que lleguen a un acuerdo, el juez dictará la sentencia que puede ir en el sentido de resarcir el daño con trabajo comunitario y en el caso de que no haya un acuerdo ante el juez de paz, se pasará el litigio ante el juez ordinario de la materia. Al final se emite un acta donde firma el juez y las partes.

⁸³⁰ Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo, 2007.

⁸³¹ SIERRA, M. T., HERNÁNDEZ, R. A., y SIEDER, R. (eds.), *Justicias indígenas y Estado: Violencias contemporáneas*, México, FLACSO México/CIESAS, 2017, pp. 33-34.

A diferencia de otras legislaciones estatales el poder judicial del estado de Yucatán reconoce la competencia de las autoridades indígenas, sin mencionar que el juez de paz tradicional forma parte del organigrama del poder judicial, en esta entidad federativa a diferencia de Puebla la imposición del derecho mestizo ha cobrado mayor arraigo que en Puebla, ya que allí el Estado logró imponer sus condiciones y formas de justicia, desvalorizando la justicia indígena.⁸³²

El Estado de Sinaloa ha realizado las reformas constitucionales apropiadas a la Constitución y a los códigos locales, tan es así que el código penal del Estado en su artículo 75 maneja el principio de autodeterminación y establece que cuando una persona se considere indígena se tomaran en cuenta sus usos y costumbres para que se desarrolle un proceso acorde a su situación.

El artículo 493 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Sinaloa, establece que los miembros de los pueblos indígenas podrán ser juzgados conforme a sus usos y costumbres, pero para que este principio opere deberán estar de acuerdo las víctimas y ofendidos, además de que trata el asunto de la coordinación de jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena, pero no se hace una mayor explicación en que consiste esa coordinación, ni que autoridades son las responsables de dirimir las controversias que se puedan dar en cuanto a la aplicación de las normas ordinarias y normas ancestrales.

En realidad el Estado ubicado al norte del país, solo ha buscado cumplir con los mínimos constitucionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, no encontramos una explicación detalla de los procesos judiciales, ni un desarrollo específico de los jueces indígenas, La Ley de los Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas para el Estado de Sinaloa en sus 50 artículos hace una breve descripción de los derechos de libre determinación y de algunos otros derechos de los pueblos indígenas.

⁸³²*Ibidem*, p.34.

La justicia indígena en Chiapas es un tema sobresaliente, debido a que en dicha entidad federal se ha logrado el reconocimiento de la justicia indígena, no es un tema que se haya dado de la noche a la mañana, sino que se debe al resultado de un arduo trabajo de las autoridades zapatistas que buscaron y continúan el diálogo con todas las comunidades para decidir su propio derecho. Ese desarrollo a favor del derecho indígena se debió también a la disposición que tienen las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas para resolver los problemas inmediatos que seguir con las confrontaciones.⁸³³

Además de que las Juntas de Buen Gobierno han instalado las Juntas de Honor y Justicia Zapatistas que sirven para dirimir los conflictos para cualquier tipo de actores, sean zapatistas o no, donde lo que se busca es la no impunidad y no corrupción de los procesos, así como mantener un lenguaje incluyente de derechos y de respeto a la legalidad zapatista⁸³⁴

La entidad federativa de Oaxaca es relevante porque la mayoría de su población es indígena, lo que ha servido para fomentar y reconocer la justicia indígena en el estado, así como sus instituciones, sus usos y costumbres y para legislar normas en beneficio de los pueblos indígenas desde la década de los noventas; todos esos logros se debieron al empeño que tuvieron los grupos organizados de pueblos indígenas, así como de la asesoría que recibieron por parte del Ejército Zapatista de Liberación Nacional.⁸³⁵

Por lo que respecta a la jurisdicción indígena en México es muy poco el reconocimiento que se ha gestado en el ámbito federal, lo que podría destacarse es la concesión para que las entidades federativas tomaran un papel protector y promotor de los derechos indígenas, no obstante que cada una lo ha hecho de formas distintas y en muchas ocasiones sus cuerpos normativos no han resultado acordes con los valores indígenas, es decir, en algunos casos se han impuesto principios occidentales en los sistemas indígenas, por ejemplo, en el caso de Oaxaca, los jueces tradicionales deben aplicar la ley ordinaria conforme a la ley de

⁸³³*Ibidem*, pp. 34-37.

⁸³⁴*Idem*.

⁸³⁵ANAYA MUÑOZ, A., *Autonomía indígena, gobernabilidad y legitimidad en México. La legalización de usos y costumbres electorales en Oaxaca*, México, UIA/Plaza y Valdés, 2006, p. 176.

justicia indígena, lo cual no se hace ya que muchos de ellos aplican justicia de conformidad con sus usos y costumbres. A partir del año 2000 se dio un cambio repentino por parte de los gobierno de Oaxaca, propició la pérdida paulatina del respeto a la autonomía de los pueblos indígenas, ello, lo podemos entender debido a la aparición de figuras como el liberalismo y el libre mercado en los territorios pequeños de las comunidades y con ello se fue irrumpiendo el desarrollo legislativo a favor de los pueblos y comunidades de Oaxaca, donde se fue empujando a los indígenas a pensar de manera individual así como a estar en el mundo moderno.⁸³⁶

El estado que guardan las cosas en el Estado de Oaxaca se puede explicar con la teoría que ha desarrollado Hale como “multiculturalismo neoliberal”, donde el autoritarismo es lo que prevalece y trata de minimizar los derechos autonómicos, es decir, se busca dar la mínima interpretación de los derechos de los pueblos indígenas en las leyes, no es necesario derogar las normas que ya enuncian sus derechos sino simplemente subordinarlas a otras normas y buscar que se creen antinomias y una división local entre los operadores jurídicos y las comunidades indígenas.⁸³⁷

Sobre el papel que ha jugado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Estado mexicano, esta se ha pronunciado sobre el tema de la autoadscripción, así como la importancia que tiene garantizar que un defensor conozca su lengua y cultura de toda persona que se autoadscriba como indígena, una vez identificada a la persona se debe tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales.⁸³⁸

Digamos que los temas relevantes sobre los que se ha pronunciado la Corte son los derechos colectivos sobre todo lo que se refiere a los derechos de propiedad, lo cual conlleva a una clara problemática al momento de acreditar el interés legítimo colectivo en

⁸³⁶PORTES, A., “La ciudad bajo el libre mercado: la urbanización en América Latina durante los años del experimento neoliberal”, en PORTES, A., ROBERTS, B. R., GRIMSON, A. (coords.), *Ciudades latinoamericanas: un análisis comparativo en el umbral del nuevo siglo*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2005, pp. 19-74, pp. 15 y 16.

⁸³⁷HALE, C., “¿En contra del reconocimiento? Gobierno plural y análisis social ante la diferencia cultural” en LEYVA, X., BURGUETE, A. y SPEED, S. (coords.), *Gobernar en la diversidad. Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor*, México, CIESAS/FLACSO Guatemala, 2008, pp. 515-524, p. 520.

⁸³⁸GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. (coord.), *op. cit.*, nota 790, p. 216.

los juzgados de distrito, otro de los temas relevantes y que se han empezado a resolver en los últimos cinco años es lo referente al tema de la consulta, libre, previa e informada.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha mantenido al margen y son muy pocos los casos que han sido resueltos por este tribunal, desde mi punto de vista sus pronunciamientos han tenido muy poco alcance y trascendencia, ya que no ha dictado parámetros que delimiten las potestades de ambas jurisdicciones, además de que muchos de los casos tienen que ver con intereses comerciales, es decir, donde la contraparte es una empresa que quiere violentar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, por lo tanto, es un tema que sigue pendiente.

5.1. Principios

Los principios son instrumentos que sirven para interpretar la realidad, con el objetivo de relacionar la norma jurídica vigente con la realidad, de tal manera que con ella se puedan encontrar soluciones a los problemas que se generan con la aplicación de la norma general y abstracta al caso concreto, en este caso corresponde enunciar aquellos principios que van acorde a los derechos de los pueblos indígenas.⁸³⁹

5.1.1. Principio de autoadscripción

La calidad de indígena no es un criterio que deba ir acompañado de determinados elementos, simplemente basta con que la persona se asuma indígena, en ese sentido podemos encontrar varias tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que definen el principio de autoadscripción, tal como lo enuncia la tesis 1a./J59/2013 (10ª) que se cita:

Personas indígenas. Su protección especial a cargo del Estado surge a partir de la autoadscripción del sujeto a una o de la evaluación de oficiosa de la autoridad

⁸³⁹SILVEIRA, A., “El juzgador frente al caso concreto”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. VII, 1957, núm. 28, pp. 145-154, p. 147 [en línea], <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25594>>.

ministerial o judicial ante la sospecha fundada de que el inculpado pertenece a aquélla.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de rubro: "PERSONA INDÍGENA. PARA QUE SEA EFICAZ LA 'AUTOADSCRIPCIÓN' DE UN SUJETO A UNA COMUNIDAD INDÍGENA, DEBE REALIZARSE DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA O LA PREINSTRUCCIÓN DE LA CAUSA.", determinó que el criterio de la autoadscripción es determinante para establecer si una persona tiene o no la calidad de indígena. Por tanto, resulta lógico y jurídico que el deber de su protección especial a cargo del Estado, igualmente sea exigible a partir de dicha manifestación de voluntad (autoadscripción). Luego, si el inculpado se reserva dicha información, la autoridad estatal de que se trate, en principio, no estará en posibilidad de conocer tal circunstancia personal y activar en su favor las prerrogativas diseñadas específicamente para dicho sector; sin embargo, tal regla no es absoluta, pues cuando exista sospecha fundada en el órgano ministerial, o bien en el juzgador, de que una persona pertenece a una comunidad indígena, sin que aquélla lo haya manifestado expresamente (como podría acontecer derivado de una evidente incomprensión total o parcial de las indicaciones otorgadas por la autoridad, o bien, derivado de las constancias e informes que obren en el proceso), de oficio, dichas autoridades ordenarán una evaluación sustantiva de la cuestión, adoptando una postura activa pro-derechos, a fin de determinar si la persona sujeta a una investigación o proceso penal tiene o no la calidad de indígena y, por tanto, si debe gozar de los derechos que a su favor consagra el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello, a partir de la ponderación de diversos elementos, entre los que se pueden citar, ejemplificativamente, los siguientes: 1) constancias de la autoridad comunitaria; 2) prueba pericial antropológica; 3) testimonios; 4) criterios etnolingüísticos; y/o, 5) cualquier otro medio que permita acreditar la pertenencia, el arraigo, la identidad y/o asentamiento físico a la comunidad indígena. Lo anterior, a fin de establecer si el sujeto, conforme a sus parámetros culturales, comprende el contenido y alcance

de las normas que le son aplicables, y así estar en aptitud de determinar si se otorgan o se prescinde de los derechos que como indígena le corresponderían.

Del anterior criterio jurisprudencial se desprende que el problema de la autoadscripción debe resolverse a partir de la ponderación de cinco elementos propuestos por el máximo tribunal del Estado mexicano, por lo que resulta necesario explicar en qué consiste cada uno de ellos.

1. Las constancias de la autoridad comunitaria son los documentos que emiten las propias comunidades o pueblos indígenas dentro de su localidad, un ejemplo de ello pueden ser las actas de asamblea.⁸⁴⁰
2. La prueba pericial antropológica⁸⁴¹, en ella los expertos sobre un pueblo indígena, pueden ofrecer un marco general del sistema cultural de la persona involucrada, el papel que juega en el sistema ancestral y los usos y valores que se tomarían en cuenta para sancionarlo.
3. Los testimonios se pueden acreditar con los dichos de los miembros de la comunidad o pueblo indígena a la que pertenece una persona.
4. Los criterios etnolingüísticos permiten determinar que una persona pertenece a un pueblo indígena por hablar alguna lengua originaria, aunque otras veces este criterio no es aplicable porque la persona puede autoadscribirse indígena y no tener conocimiento de la lengua, pero sí de los usos y costumbres del pueblo indígena.⁸⁴²

⁸⁴⁰ A contrario sensu encontramos la postura que plantea la SCJN al establecer que “Quien se autoadscriba como indígena no tiene la carga de la prueba sobre esa circunstancia, pues no es una condición fenotípica o biológica, ni conlleva referentes materiales específicos e inmutables, sino que se trata de una identificación subjetiva con una identidad cultural.” SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, México, 2ª ed., SCJN, 2014, p. 35.

⁸⁴¹ “El peritaje antropológico permite de manera diferencial valorar, argumentar y probar casos penales, en los cuales se vincula a víctimas o victimarios con una identidad cultural propia... también sirve para resolver casos complejos. SÁNCHEZ BOTERO, E., *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2010, p. 9.

⁸⁴² CHACÓN HERNÁNDEZ, D., *Democracia, nación y autonomía étnica: el derecho fundamental de los pueblos indígenas*, México, Porrúa, 2009, pp. 116-122.

5. Cualquier otro medio que permita acreditar la pertenencia, el arraigo, la identidad y/o asentamiento físico de la comunidad indígena, en estos casos es importante mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos observó que la identificación de la comunidad, desde su nombre hasta la composición, era un “hecho histórico social” que forma parte incluso de su autonomía.⁸⁴³

El tema de la autoadscripción no es un elemento que pueda definir o determinar una institución o los propios operadores jurídicos, sino que es un elemento que señala cada individuo por tener conciencia de identidad, lamentablemente en múltiples ocasiones se ha observado que dicho pronunciamiento se hace con el fin de obtener los derechos que se desprenden de dicha calidad.

5.1.2. Principio de juzgar con perspectiva intercultural

Es un principio que ha tomado especial relevancia debido a que obliga a los operadores jurídicos a juzgar con perspectiva intercultural, haciendo énfasis en el pluralismo jurídico⁸⁴⁴, en donde conviven varias culturas dentro de un mismo territorio, lo que quiere decir que ambas culturas se encuentran a la par y significa que reconocen la cosmovisión de cada cultura.

Este principio se relaciona con otros, como el de maximizar la autonomía de los pueblos y no imponer los elementos o posturas de otra cultura. Al respecto, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ha señalado que el juzgar con perspectiva intercultural implica reconocer la existencia del derecho indígena, entender su contexto y ámbito de desarrollo, lo que implica, abstenerse de tratar de imponer instituciones jurídicas ajenas al sistema normativo indígena.⁸⁴⁵

⁸⁴³RUIZ CHIRIBOGA, O., y DONOSO G., *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y reparaciones*, Bélgica, versión manuscrita, 2010, p. 16. Disponible en: <www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>.

⁸⁴⁴ “El pluralismo jurídico es el resultado de la interacción de diferentes sistemas normativos en un mismo territorio, bajo la premisa del respeto a las diferencias. Su origen se relaciona con las corrientes críticas del Derecho que lo explican como un fenómeno social.” OCAMPO MUÑOZ, M. G., “Pluralismo jurídico en movimiento: la interlegalidad de Oxchuc y su efecto en los pueblos originarios de Chiapas”, en BECERRA TOLEDO, P. S. (coord.), *Oxchuc, debates jurídicos en torno al reconocimiento de sistemas normativos indígenas en Chiapas*, México, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 207-217, p. 209.

⁸⁴⁵ TEPJF, EXPEDIENTE: SUP-REC-193/2016

Con lo anterior se demuestra que lo busca el sistema jurídico mexicano es la no imposición de un sistema sobre el otro, sino la igualdad entre los sistemas jurídicos que conviven en el país, buscando siempre la maximización de la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas.

Sobre el tema existe la tesis 1ª. CCXCIX/2018 (10a) con el rubro: Interpretación intercultural. Alcance de las protecciones de la fracción VIII del artículo 2 constitucional.

El artículo 2, apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a la valoración de los hechos en la jurisdicción del Estado y la aplicación de normas jurídicas desde una perspectiva intercultural, puede entenderse en el sentido de proponer una interpretación culturalmente sensible e incluyente de los hechos y las normas jurídicas, sin que esta interpretación pueda alejarse de las características específicas de la cultura involucrada y del marco de protección de los derechos humanos de las personas, tengan o no la condición de indígenas. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*”⁸⁴⁶ sostuvo, específicamente, que, para garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio y goce de las personas sujetas a su jurisdicción, los Estados al interpretar y aplicar su normativa interna, deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y conforman su identidad cultural.⁸⁴⁷

Una interpretación culturalmente sensible resulta de considerar el contexto en el que se desarrollan las comunidades indígenas y sus particularidades culturales al momento de interpretar o definir el contenido de sus derechos a partir de un diálogo intercultural, siendo ésta la única forma en que los miembros de las comunidades indígenas pueden gozar y ejercer sus derechos y libertades en condiciones de igualdad y no discriminación.

⁸⁴⁶CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párrafo 51.

⁸⁴⁷ DONCEL DE LA COLINA, J. A., *Identidad étnica y medios de comunicación, estudiantes indígenas ante la globalización*, México, Gedisa, 2020, p.20.

Este principio es un andamiaje de otros principios que vienen en el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, mismo que fue creado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 2014.

5.1.3. Principio de igualdad y no discriminación

Históricamente los pueblos y comunidades indígenas han sido marginados por siglos⁸⁴⁸, situación que los ha mantenido en un menoscabo de sus derechos por hablar una lengua indígena, por ser parte de un pueblo indígena, o por usar una vestimenta tradicional, así como por mantener usos y costumbres diferentes a los que maneja el resto de la sociedad del territorio donde habitan, por lo que ha resultado esencial la implementación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, donde se prohíbe que se discrimine por cualquier motivo de los enunciados en el referido instrumento internacional.

Se debe entender por racismo aquella creencia de superioridad/inferioridad biológica de las razas, sustentada en una jerarquización de superioridad/inferioridad cultural y social, muchas de estas ideologías pueden ser conformaciones de prejuicios culturales, de otra forma podemos entender el racismo como el trato diferencial hacia ciertos sectores sociales, por lo que el racismo y la discriminación son expresiones generalizadas y multiformes de violencia de determinadas personas hacia los pueblos indígenas, misma que puede darse de manera simbólica o física.⁸⁴⁹

La interculturalidad debe ser un elemento fundamental para el país, debido a que ninguna persona puede ser discriminada por su identidad étnica, idioma, género, aspecto,

⁸⁴⁸ La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial plantea la idea de adoptar medidas especiales para evitar la discriminación, así como el documento de Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2013/2. Consultado en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf.

⁸⁴⁹ GASPARELLO, G., *Justicias y pueblos indígenas en Chiapas. De la violencia a la autonomía*, México, UAM Unidad Iztapalapa/Tirant Humanidades, 2018, pp. 61-63.

condiciones físicas y mentales o por su condición social. Los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas o razonables cuando estas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de aplicación de la norma que mejor proteja a los derechos de las personas.⁸⁵⁰

Este principio ha sido trascendental para todos los operadores jurídicos en el sistema judicial mexicano, ya que si bien, no contamos con jueces federales, si existen a nivel local jueces indígenas que pertenecen a alguna de las 64 etnias que habitan en el país, por lo que en el momento en el que tienen que juzgar a una persona indígena tienen la obligación de hacerle saber que tiene derecho a un abogado que conozca su idioma, y no sólo eso, sino que conozca su cultura y los usos y costumbres que se manejan dentro de su comunidad para poder brindarle una defensa adecuada.

5.1.4. Principio de maximización de la autonomía

Este principio se relaciona con el principio de libre determinación, lo cual dota de libertad a los pueblos y comunidades indígenas para poder decidir su destino, de la manera en que se organizaran internamente, la elección de sus autoridades, el uso de sus sistemas normativos y todo referente a su desarrollo y supervivencia dentro del territorio que habitan.

Lo cual implica que las instituciones y autoridades occidentales deban respetar las formas de organización de los pueblos indígenas, así como los usos y costumbres que utilicen para resolver los problemas que se presenten internamente mediante sus autoridades ancestrales,⁸⁵¹ siempre y cuando no vulneren los derechos humanos de los integrantes de la comunidad, algunos de los teóricos mexicanos agregarían que tampoco se vulnere el pacto federal y la soberanía de los Estados.

Este principio es de suma importancia porque es justamente en este punto en el que se deben coordinar la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena, en el sentido de que

⁸⁵⁰SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), *op. cit.*, nota 841, p. 32.

⁸⁵¹ Artículo 5 b, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

si un juez del fuero ordinario considera que el asunto sometido a su jurisdicción debe ser juzgado en la jurisdicción indígena, este puede declinar su jurisdicción a favor de la otra, para que la persona indígena sea juzgado por sus autoridades ancestrales, bajo el sistema normativo que conoce y sobre todo que no se violen sus derechos.

Es un tema que debe tomarse en cuenta, sobre todo cuando los operadores jurídicos tienen que ceder su jurisdicción en favor de otra, lo cual permite resaltar el pluralismo⁸⁵² que se busca implementar en el Estado mexicano.

5.1.5. Principio de acceso a la justicia

“De conformidad con el derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas deben tener acceso a la justicia a nivel externo, de los Estados, e interno, a través de los sistemas consuetudinarios y tradicionales indígenas, y deben tener acceso a justicia tanto de manera colectiva como individual”.⁸⁵³

Este es el principio que va acorde con el tema de investigación ya que de manera clara lo que enuncia el principio de acceso a la justicia va en relación con la libre determinación, el principio de maximización de la autonomía así como la coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, esto último busca evitar que se dé un doble juzgamiento de las personas en ambas jurisdicciones, los límites de la jurisdicción indígena y que las personas que sean juzgadas tengan certeza de que su sentencia tenga el valor de cosa juzgada.

Es importante recordar que los Estados tienen la obligación de reconocer los sistemas normativos indígenas y reconocer las sentencias que las autoridades ancestrales sancionen, sin embargo, muchas de las veces las entidades federativas les imponen a las autoridades indígenas que sus fallos sean homologados ante una autoridad ordinaria, lo cual rompe con

⁸⁵² Para Stavenhagen el pluralismo jurídico se debe entender como un proyecto de emancipación que permite consolidar la democracia en América Latina, no tomando en cuenta la visión instrumentalista del Derecho, con la idea de buscar una reordenación del mundo jurídico. *Cfr.* STAVENHAGEN, R., *Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México, 1998, p.15.

⁸⁵³*Ibidem*, p. 39.

el principio del pluralismo jurídico y con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

5.1.6. Principio especial a sus territorios y recursos naturales

El artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que los Estados tienen la obligación de reconocer y proteger los territorios de los pueblos, así como las costumbres y las tradiciones de la tenencia de la tierra.

Incluso el Convenio 169 de la OIT y la misma Corte Interamericana resalta la importancia de que los pueblos indígenas puedan contar con la propiedad o posesión que ejercen sobre determinados territorios y recursos,⁸⁵⁴ ya que para ellos cobran una importancia material y cultural de los pueblos.

El territorio de los pueblos indígenas puede ir desde el espacio que ocupan para asentarse y realizar sus actividades primarias o incluso se pueden incluir aquellos centros sagrados que frecuentan en sus recorridos ceremoniales.⁸⁵⁵

Algunos de los sitios son zonas naturales, cavernas o lugares que no deben ser visitados por los habitantes ya que están habitados por seres extraños, lo más importante es que estos sitios no pueden estar bajo el control de una familia o familias, sino que pertenecen a toda la comunidad.⁸⁵⁶

⁸⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *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, Párrafo 275.

⁸⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador. La Institución del Asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 Y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁸⁵⁶ CORREAS, O. (coord.), *op. cit.*, nota 719, p. 25.

5.1.7. Principio de participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte

Mantener a las comunidades y pueblos indígenas informados permite que ejerzan sus derechos individuales y colectivos, pero a su vez se abren espacios para que las mujeres indígenas participen en la toma de decisiones dentro y fuera de sus comunidades.

Garantizar que los indígenas tengan acceso a la información sobre proyectos legislativos o administrativos que pretendan permear la vida y desarrollo de sus comunidades fomenta su participación⁸⁵⁷ en la toma de decisiones para que sean consultados y de esta forma puedan otorgar o negar su consentimiento sobre dichos proyectos.⁸⁵⁸

Se han hecho las reformas constitucionales pertinentes para que México sea considerado una nación pluricultural, sin embargo, aún falta mucho trabajo por hacer, se requiere que la consulta sea previa, libre, informada, culturalmente adecuada, que se brinde esta en su lengua, de buena fe y sobre todo que sea de fácil acceso para ellos.

5.1.8. Principio de pena inusitada o trascendental

Hay principios indígenas que rompen con los principios procesales que establece la Constitución mexicana, como en aquellos casos en los que los pueblos indígenas castigan al que rompe con el equilibrio de la comunidad, pero esa pena no sólo es aplicable para ellos sino que a veces abarca a sus familias, sobre todo a los padres de familia ya que ellos son los cabezas de familia y responsables de los actos de los integrantes de la misma, lo que evidentemente irrumpe con el artículo 22 constitucional que a la letra establece “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera

⁸⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación LhakaHonhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400., Párrafo 339.

⁸⁵⁸*Ibidem*, párrafo 249.

otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

Si analizamos el contexto, por el lado indígena entendemos que es una práctica que se ha hecho desde tiempos inmemorables, así como los azotes que se imponen como pena en el interior de los pueblos, medidas de saneamiento que han servido para mantener el orden de cada pueblo.

Ahora, por lo que corresponde al tema de si esas medidas de saneamiento que impone el pueblo a los que han quebrantado el equilibrio de su comunidad va en contra de lo que establece el artículo 22 constitucional y todas las normas y tratados internacionales en cuanto a la protección de los derechos humanos es un rotundo sí, debido a que los sistemas normativos ancestrales no pueden ser violatorios de derechos humanos, por lo que es necesario ir expulsando esas prácticas de los pueblos indígenas.

Hay casos documentados en que los padres de familia indígenas consideran que la sanción impuesta en el interior de la comunidad fue inusitada y trascendental que deciden no respetar ni cumplir la sanción indígena y deciden acudir a las instancias de las autoridades de la jurisdicción ordinaria, a lo que esta última autoridad podría citar la tesis:

Conforme al contenido del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prohíbe las penas inusitadas y la definición de ese vocablo por el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia P./J. 126/2001, de título y subtítulo “PENA INUSITADA. SU ACEPTACIÓN CONSTITUCIONAL.”, una pena es inusitada cuando no está consagrada por la ley para un hecho punible determinado, es decir, su imposición no obedece a la aplicación de una norma que la prevea, sino al arbitrio de la autoridad que la contenga; en ese sentido, la finalidad de la

prohibición constitucional sobre las penas inusitadas es preservar la integridad y la dignidad personal a que tiene derecho todo ser humano.⁸⁵⁹

El juzgador podría decir que es trascendental porque afecta a un tercero o parientes del sentenciado, ya que otro de los principios del derecho es que la pena debe ser individualizada, principio que con frecuencia no se toma en cuenta en las decisiones que emiten las autoridades indígenas.

Finalmente, si vemos la sanción indígena desde los ojos del mundo occidental, no entenderemos la decisión de las autoridades indígenas y diremos que es contraria a derecho, pese a que un análisis antropológico jurídico nos establecerá que es una práctica reiterada en los pueblos indígenas desde hace siglos y aun así se debe de eliminar.

5.2. Amparo como protección para los derechos de los pueblos indígenas

El amparo sirve como el sistema de control constitucional y legal que se ejerce por la parte agraviada, cuando considera que ha sufrido una violación en su esfera jurídica por parte de las autoridades indígenas⁸⁶⁰, previo a agotar todos los recursos que marque la ley de la materia como lo indica el principio de definitividad, todo ello de conformidad con los artículos 103 y 107 de la Constitución Política Mexicana y lo referente al procedimiento se sigue con apego a la ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitución mexicana.

El juicio de amparo es competencia de los tribunales federales y puede operar bajo los 3 supuestos que menciona el artículo 103 constitucional que a la letra establece:

I. Por normas generales, actos y omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta

⁸⁵⁹SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Tesis: 1ª. CCCXLIX/2018, décima época, primera sala.

⁸⁶⁰ESQUINCA MUÑOZ, C., *El juicio de amparo indirecto en materia de trabajo*, México, 3ª ed., Porrúa, 1998, p. 56.

Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

De igual manera se deben tener en cuenta las reglas del juicio de amparo prevista en el artículo 107 constitucional:

I.- El juicio de amparo se seguirá siempre de parte agraviada, debe demostrar el interés legítimo individual o colectivo siempre que alegue que se le viola los derechos reconocidos en la Constitución.

II.- Las sentencias que se pronuncien en el juicio de amparo sólo se ocuparan de los quejosos que lo hubieren solicitado.

III.- Procede contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

IV.- En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

V.- El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado competente.

VI.- En relación a la fracción anterior la ley reglamentaria señalará los términos y procedimientos.

VII.- El amparo contra actos u omisiones en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales o contra actos u omisiones de autoridad administrativa, se tramitará ante el Juez de Distrito.

VIII.- Contra las sentencias que pronuncien en amparo los jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión ante la Suprema Corte de Justicia.

IX.- En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, sobre la interpretación directa de un precepto de la Constitución.

X.- Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión de conformidad con la ley reglamentaria.

XI.- La demanda de amparo se presentará ante autoridad responsable.

XII.- Las violaciones a las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que lo cometa, o ante juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito.

XIII.- Cuando haya tesis contrarias se atenderán por el Pleno del Circuito correspondiente, y cuando existan contradicción de tesis por parte de los Plenos de Circuito conocerá la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

XIV.-Derogada.

XV.- En los actos reclamados que provengan de procedimientos del orden penal y aquellos que determine la ley será parte el Fiscal General de la República o el Agente del Ministerio.

XVI.- El cumplimiento de las sentencias de amparo podrá ser solicitado por el quejoso al órgano jurisdiccional o por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

XVII.-La autoridad responsable que desobedezca un auto de suspensión o que admita fianza o contrafianza que resulte ilusoria o insuficiente será sancionada penalmente.

XVIII.- Derogada.

Bajo ese entendido los pueblos indígenas pueden hacer uso del juicio amparo cuando consideren que se han afectado sus derechos de manera individual o colectiva, encontrando fundamento en la Constitución mexicana o bien en los tratados internacionales, la problemática se presenta cuando desean presentar el juicio de amparo colectivo, aquí las autoridades indígenas o los miembros de las comunidades indígenas tendrán que acreditar el interés legítimo colectivo⁸⁶¹, lo cual es sumamente complicado porque los tribunales de

⁸⁶¹INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

la federación así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación han hecho pronunciamientos que han representado obstáculos para hacer efectivo el juicio de amparo a favor de los pueblos indígenas, afirmando que no es posible la operatividad de dicho juicio ya que no se acredita la afectación que sufre la colectividad, o bien porque no se le quiere acreditar su pertenencia a un grupo a determinados indígenas.

Muchas de las veces los actos de autoridad emanados de leyes federales o locales violentan la esfera de derechos de los pueblos indígenas, como puede ser que un territorio indígena fraccione su propiedad a favor de terceros, o que en ese mismo sentido las leyes sean interpretadas por las autoridades locales o federales para conceder la explotación de recursos que están dentro del territorio indígena y las garantías que reconoce el artículo 2º constitucional queden olvidadas.

Cabe decir que los pueblos indígenas han cambiado de postura pues han dejado de lado las manifestaciones violentas y han acudido a las instancias legales para defenderse en temas contra la invasión de sus territorios, para pedir que se fijen los límites con otras poblaciones, para defender el uso de los recursos naturales dentro de sus propiedades donde se han establecido proyectos de gran escala, causando una afectación directa a cada una de las comunidades.

MEXICANOS. El citado precepto establece que el juicio de amparo indirecto se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, "teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo", con lo que atribuye consecuencias de derecho, desde el punto de vista de la legitimación del promovente, tanto al interés jurídico en sentido estricto, como al legítimo, pues en ambos supuestos a la persona que se ubique dentro de ellos se le otorga legitimación para instar la acción de amparo. En tal virtud, atento a la naturaleza del acto reclamado y a la de la autoridad que lo emite, el quejoso en el juicio de amparo debe acreditar fehacientemente el interés, jurídico o legítimo, que le asiste para ello y no inferirse con base en presunciones. Así, los elementos constitutivos del interés jurídico consisten en demostrar: a) la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado; y, b) que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente. Por su parte, para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que: a) exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada; b) el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y, c) el promovente pertenezca a esa colectividad. Lo anterior, porque si el interés legítimo supone una afectación jurídica al quejoso, éste debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo. Sobre el particular es dable indicar que los elementos constitutivos destacados son concurrentes, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para que el medio de defensa intentado sea improcedente. Tesis 2a. /J. 51/2019 <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2019456>

Lo positivo del juicio de amparo en relación con las comunidades indígenas es que se trata de una forma para que ejerzan sus derechos contra los terceros que afecten su esfera de derechos, es por ello que los tribunales federales son la instancia adecuada para que se protejan los derechos de los pueblos indígenas, pero a su vez ha servido para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda esclarecer las lagunas que hay respecto a este tema, que si bien, no han sido muchos los asuntos que han llegado al máximo tribunal, han contribuido para promover, proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

6. DECISIONES IMPORTANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha servido para que los pueblos indígenas puedan tener garantizado el acceso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya sea cuando se haga de manera individual o como pueblo indígena.

Pese a los pocos años en los que los que se ha facultado a los pueblos indígenas para acudir al máximo tribunal del Estado mexicano, se han registrado varios casos controvertidos que han marcado la pauta en cuanto se refiere a la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Hay algunas similitudes que podemos observar de las sentencias que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya que como se sabe las sentencias que dicte el tribunal regional en donde el Estado mexicano sea parte son de aplicación obligatoria y las demás en las que no sea parte servirán como criterios interpretativos, bajo esa tesitura la Suprema Corte ha resuelto asuntos sobre temas de propiedad indígena, consulta libre (en relación con los mega proyectos), previa e informada, que ha sido el análisis más reciente que ha hecho este tribunal en el año 2020 con respecto al derecho a la consulta y la falta de una ley federal que regule este derecho de los pueblos indígenas en las 32 entidades.

Las sentencias de la Suprema Corte han permitido que se resalte la diversidad cultural, la realización de acciones afirmativas que permitan brindar mejores circunstancias a los pueblos indígenas, garantizando sus derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos sociales, culturales y ambientales.

Un tema importante que se debe dejar claro es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido dos momentos en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, el primer momento es cuando el Estado mexicano firma el Convenio 169 de la OIT y comienzan a hacer reformas a la Constitución mexicana y a las constituciones de las entidades federales, además de que se promulgaron algunas leyes secundarias, a partir de ese momento los derechos de los indígenas están reconocidos en la norma suprema de la nación por cumplir con los estándares internacionales, sin embargo, los asuntos de los pueblos indígenas que se sometieron a las instancias judiciales ya sean locales o federales no les otorgaban la protección necesaria para garantizar dichas prerrogativas, e incluso los ministros de la Suprema Corte, se cuestionaban la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

El segundo momento de la Suprema Corte lo vamos a ver cuándo el tribunal había logrado consensuar respecto a la aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT, pero además se hizo una reforma constitucional en materia de derechos humanos en el año de 2011, que propició que se integraran a sus sentencias el bloque de convencionalidad para proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas. En este momento la Suprema Corte se encargaría de hacer una interpretación evolutiva de las normas nacionales e internacionales, pero además tomaría como eje rector las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han servido de parámetro para que el tribunal mexicano pueda dirimir conflictos sobre todo en temas de autonomía, propiedad colectiva y el derecho a la consulta libre, previa e informada, temas en los que aún falta mucho por decir.

6.1. Casos emblemáticos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

6.1.1. Amparo Directo 6/2018⁸⁶²

El 10 de junio de 2015 alrededor de las diez de la mañana acudieron integrantes del Comisariado de Bienes Comunales de un municipio de Oaxaca⁸⁶³ a una propiedad vedada de una comunidad indígena. En el peritaje observaron que había un rebaño de 50 chivos propiedad de Juan N.

El cabildo⁸⁶⁴ acordó sancionar con una multa de 2, 000.00 MN al infractor y lo apercibieron de que en caso de que su conducta fuera reiterada se presentaría una denuncia ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.

El veintidós de junio de dos mil quince los miembros del Comisariado de Bienes Comunales encontraron a María, esposa de Juan N., con un rebaño de 100 chivos en la zona reforestada, a lo que los miembros del Comisariado le llamaron la atención y sólo recibieron insultos de parte de la señora.

Ante el Síndico Municipal⁸⁶⁵ la señora María aceptó que había dejado a su rebaño en la zona vedada de la comunidad indígena, a lo que el Síndico sancionó con una multa de 2,

⁸⁶²SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), *Amparo directo 6/2018*. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AD%206-2018_0.pdf>.

⁸⁶³ De conformidad con el artículo 39 de la Ley Agraria todo ejido o comunidad agraria cuenta con un Comisariado Ejidal y un Consejo de Vigilancia, el Comisariado debe estar conformado por un presidente, un secretario y un tesorero que duran en el encargo 3 años, artículo 33 de la misma ley, las principales funciones de este órgano tripartito es velar por los derechos de los comuneros, así como convocar a asambleas y que se respeten los acuerdos de la misma.

⁸⁶⁴ El Cabildo elige a sus autoridades por medio de elección popular, realiza trabajo de análisis, valoración y dictamen de asuntos, depende del asunto de que se trate ya que se puede turnar a la comisión permanente o especial, una vez analizado se reúne en pleno y se dicta sanción. Sus actos y resoluciones están normadas por el reglamento interior del cabildo y de los acuerdos internos con los que cuenten. SEDESOL, *Organización del Cabildo*, México, 2010, p. 11. Consultado en: <http://www.inafed.gob.mx/work/models/inafed/Resource/322/1/images/Organizacion_Cabildo2.pdf>.

⁸⁶⁵ El síndico municipal así como el número de los mismos estará regulado por el Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca, mismos que serán electos de manera directa. Entre sus facultades se encuentran la de ser el representante jurídico del municipio, vigilar la administración del erario público y patrimonial del municipio, auxiliar a las autoridades ministeriales en las investigaciones, proponer reformas a los bandos de policía y de gobierno, intervenir en los juicios y procedimientos donde sea parte.

000.00 MN, la señora dijo que no contaba con esa cantidad y se negó a firmar un pagare por dicha cantidad y el acta correspondiente. También insulto al Síndico y lo amenazó de agredirlo físicamente.

Debido a la actitud de la señora María, el Cabildo decidió arrestarla por 24 horas de conformidad con las sanciones que se imponen a las faltas cometidas por integrantes de la comunidad.

El veintisiete de junio de dos mil quince vecinos de la localidad informaron a la oficina del Comisariado que había ganado en la zona que se había reforestado, a lo que acudieron miembros del Comisariado para percatarse de los hechos, donde encontraron 100 chivos propiedad de Juan N., el Comisariado informó al Síndico y al Regidor⁸⁶⁶ encargado de la Policía Municipal para que arrearan al ganado al corral del municipio.

Constituida la Asamblea General de la comunidad acordaron que el ganado caprino quedaría en resguardo de las autoridades municipales, mientras se asesoraban para levantar la denuncia correspondiente, acto seguido la autoridad municipal impuso a Juan N., la cantidad de cinco pesos por cabeza, así como una multa de quinientos pesos por cada árbol dañado por el ganado.

El veintiséis de enero de dos mil dieciséis las autoridades municipales citaron a Juan N., y María para que cumplieran con sus obligaciones en la población y los bienes comunales, en el citatorio se les hizo saber de qué en caso de no acudir se venderían a los chivos para cubrir los gastos generados por el cuidado y encierro de los mismos.

El trece de febrero de 2016, otra vez reunida la Asamblea General se decidió imponer las siguientes sanciones a los responsables; la deuda total era de doscientos cuarenta y nueve

Artículo 71 de la Ley Orgánica municipal del Estado de Oaxaca. Disponible en: <https://www.municipiodeoaxaca.gob.mx/uploads/attachment/file/112/LEY_ORGANICA_MUNICIPAL_DE_L_ESTADO_DE_OAXACA.pdf>.

⁸⁶⁶ El regidor, el presidente y los síndicos son el cuerpo colegiado denominado Ayuntamiento. En materia indígena es el encargado de proteger los derechos de los pueblos indígenas del municipio, así como que se respeten los usos y costumbres de la comunidad. Artículo 73 fracción XII de la Ley Orgánica municipal del Estado de Oaxaca.

mil novecientos veinte pesos, cantidad que se desglosa: ciento diecisiete mil quinientos veinte pesos por uso de piso, noventa mil cuatrocientos pesos por sementeras y cuarenta y dos mil pesos por daños causados a ochenta y cuatro plantas y árboles. Lo cual se les debía notificar a los dueños de los chivos y se les daban cinco días naturales para efectuar el pago.

María presentó una denuncia ante el ministerio público de Asunción Nochixtlán, Oaxaca, contra la presidenta municipal, el síndico y regidor tercero, y los integrantes del Comisariado de Bienes Comunales y un miembro del Consejo de Vigilancia y todas las autoridades del Municipio, a los que se les atribuyeron los delitos de abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, allanamiento de morada, abigeato y los que resultaran; denuncia a la que se adhirió Juan N.

Cuando las autoridades indígenas son notificadas piden la declaración de improcedencia y el archivo de la investigación, al no obtener respuesta le recalcan a la fiscal que dichos actos se resuelven en la comunidad indígena de conformidad con su sistema normativo interno por lo que le solicitaron declinar su competencia en favor de la comunidad.⁸⁶⁷ El representante social desestimó la solicitud y judicializó la carpeta ante un juez de control y formular la imputación contra los miembros de la comunidad, la jueza de garantías señaló las doce horas del cinco de mayo del dos mil dieciséis para la audiencia de comunicación de imputación.

6.2. Juicio de Derecho Indígena

El presidente y el síndico municipales del ayuntamiento de Oaxaca promovieron un juicio de derecho indígena ante la Sala de Justicia Indígena y Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca con fecha catorce de marzo de dos mil dieciséis,

⁸⁶⁷Desafortunadamente es un elemento que se guarda en los archivos históricos, donde la justicia indígena ha estado supeditada al Estado, han dejado algunos espacios para la justicia indígena para los asuntos de menor cuantía. GONZÁLEZ VILLARUEL, “Reseña de María Teresa Sierra (ed.), Haciendo Justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas, México, CIESAS/Porrúa, 2006”, *Dimensión Antropológica*, Vol. 38, 2006, pp. 194-200. Disponible en: <<https://www.dimensionantropologica.inah.gob.mx/?p=426>>.

en ese mismo auto se demanda a Juan N. y su esposa María, a su vez se le informó al Ministerio Público de Asunción Nochixtlán, Oaxaca.

La Sala de Justicia Indígena dictó sentencia el nueve de septiembre de dos mil dieciséis, en la que se declaró competente para conocer del asunto y convalidar⁸⁶⁸ el sistema normativo interno y el procedimiento jurisdiccional indígena que se impuso contra Juan y María, también ordenó al juez de control de Asunción Nochixtlán, Oaxaca extinguir la acción penal y del mismo modo al agente del Ministerio Público, exhortándolo a que en futuras ocasiones verificara la existencia de la jurisdicción indígena y reencauzará los casos a las autoridades indígenas o a la Sala Indígena para su resolución.

Concluye diciendo que las sanciones impuestas a los demandados debían someterse a la consideración de la Asamblea General de la comunidad indígena, con el fin de buscar alternativas en el pago y la reparación del daño.

Juan N., inconforme con la resolución de la Sala decidió promover el amparo directo por sentirse agraviado en su esfera de derechos.

El Tribunal colegiado en materias penal y administrativas del decimotercer circuito ordenó la remisión al expediente al séptimo tribunal colegiado del centro auxiliar de la primera región, con residencia en Naucalpan de Juárez, Estado de México para que dictará la resolución.

Por otro lado, el síndico municipal y el comisariado de bienes comunales de Oaxaca, solicitaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejerciera de oficio su facultad de atracción para conocer del amparo en cuestión.

⁸⁶⁸ Se utiliza mucho el término compatibilización y Convalidación en Oaxaca para las decisiones que toman las autoridades indígenas, siempre que no contravengan la Constitución, los derechos humanos y los derechos de las mujeres, por lo tanto se considera que las autoridades indígenas no están facultadas para juzgar, entonces la pregunta que se plantea Yuri Escalante es ¿La cláusula de constitucionalidad exigida a la impartición de justicia indígena representa el establecimiento del pluralismo jurídico? Realmente no, porque dicha justicia está sometida a otra. ESCALANTE, Y., "Pluralismo jurídico o asimilacionismo legalizado", ponencia presentada en el Cuarto Congreso de la Red Latinoamericana de Pluralismo Jurídico (RELAJU), Quito, el 17-20 agosto del 2004.

El presidente del alto tribunal de México declaró que la SCJN se avocaba a conocer de este asunto radicado como amparo directo 6/2018 por acuerdo del veintiocho de febrero de dos mil dieciocho y se turnó a la ponencia del ministro Pardo Rebolledo e instruyó este expediente a la Primera Sala, posteriormente en sesión de veinte de febrero de dos mil diecinueve se ordenó el retorno del expediente al ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá.

De conformidad con los actos reclamados del quejoso Juan N., la Sala de Justicia Indígena y Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca⁸⁶⁹ argumentaron lo siguiente:

1.- Desde la reforma del 2001 al artículo 2º constitucional obligaba a las autoridades a reconocer el derecho que tienen las comunidades y los pueblos indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos con el fin de solucionar sus conflictos, por lo que la Sala en comento sólo estaba materializando lo mandatado por dicha reforma, así que la Sala era competente para conocer del asunto.

2.- Hizo mención a elementos del pluralismo jurídico en la Constitución y en los Tratados internacionales en materia de derechos indígenas para hacer valer la jurisdicción indígena.⁸⁷⁰

En cuanto a los conceptos de violación el quejoso aduce los siguientes:

⁸⁶⁹ Es necesario precisar como se mencionó en páginas arriba que no todas las entidades federativas del Estado han hecho las reformas pertinentes a sus constituciones, tal es el caso de Hidalgo en 1991, Campeche 1996, Quintana Roo 1998. Uno de los primeros Estados que hicieron las reformas correspondientes fue Oaxaca, 1998, dejando muy en claro su inclusión al pluralismo, así como considerar a las comunidades indígenas como entidades de derecho público. SIERRA, M. T., “Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2005, núm. 41, pp. 287-314, p. 292 [en línea] <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/8239/7384>>.

⁸⁷⁰ De igual manera consideramos que la pluralidad y el modelo político y social necesitan cambios sustanciales en la diversidad, en los campos de educación, de la justicia, del desarrollo económico, de la distribución de la riqueza, de la seguridad social, temas que se deben desarrollar sobre hechos reales y no en utopías. BAEZA ESPEJEL, J. G., *et. al.*, *Pueblos indígenas: debates y perspectivas*, México, UNAM, 2011, p. 103.

1.- Argumenta que la Sala de Justicia Indígena no tiene competencia para conocer del asunto que se planteó en los tribunales, por ello, considera que se viola el artículo 14 constitucional en relación al principio de no retroactividad penal.⁸⁷¹

2.- Considera que su actuar no viola el sistema normativo de la comunidad, por lo que no debieron sancionarlo, ya que no se valoraron las pruebas que presento en cuanto al supuesto daño que causo su ganado.

3.- Considera que al darle la competencia a la jurisdicción indígena se está contraviniendo lo que contempla la Constitución, las leyes y convenciones que de ella emanen, si bien es cierto, que los pueblos indígenas pueden solucionar sus conflictos de manera interna sin contravenir los derechos fundamentales ya que en su caso se dio una vulneración de sus derechos al privársele de su ganado y en consecuencia de su propiedad.⁸⁷²

4.- La sanción fijada es desproporcionada ya que anteriormente en ninguna situación similar se había impuesta una sanción con una suma tan elevada, con independencia de que no tiene dinero para pagarla.

5.- Se duele de que la Sala no tomo en cuenta las pruebas emitidas por la Asamblea General, las cuales se levantaron sin su consentimiento.

El estudio de fondo que realizó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia fue que al tratarse el quejoso como miembro de un pueblo indígena debe ser tratado bajo los

⁸⁷¹ “El principio de irretroactividad de la ley garantiza la certeza jurídica en torno a las leyes previamente existente que deben aplicarse para juzgar un delito sin que leyes futuras puedan tener algún efecto sobre actos pasados de una persona. FIX-FIERRO, HÉCTOR, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, T. IV, México, Porrúa, 2016, p. 791.

⁸⁷² El artículo 2 constitucional tiene como finalidad reconocer la autonomía, la libre determinación y la decisión de los pueblos indígenas para resolver sus problemas internos mediante la aplicación de sus sistemas normativos, lo que ya fue interpretado por el poder judicial de la federación, además de que contemple la jurisdicción indígena para garantizar los derechos fundamentales en la Constitución. SAN MIGUEL MORA, J., “La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos: Realidad social y filosofía política, con un enfoque diferenciado”, *Revista IIDH*, Vol. 65, 2017, pp. 281-327, p. 305 [en línea], <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37860.pdf>>.

principios que establece el artículo 2 constitucional, si bien, la Corte se ha manifestado sobre la interpretación de este artículo sólo se ha hecho referencia al derecho de las personas, pueblos y comunidades indígenas en cuanto tienen derecho a acceder a la justicia ordinaria desde su cultura pero no se ha pronunciado respecto de los asuntos tramitados bajo el sistema normativo de los pueblos indígenas.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia se cuestionó si la Sala especializada tenía competencia para conocer del asunto en cuestión, lo cierto es que fue creada para materializar la reforma constitucional de 2001 y validar las resoluciones de los sistemas normativos internos.

En resumen, la Primera Sala se encargó de resolver si la Sala de Justicia Indígena y Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca tenía competencia para convalidar la decisión de la comunidad, con ello se debe atender el tema que suscito el amparo en cuestión, es decir, si los actos realizados por su rebaño corresponden o no a la jurisdicción indígena.

El punto importante de esta sentencia dicta en lo siguiente, que a lo largo de la historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se había pronunciado sobre el alcance de la jurisdicción especial indígena por lo que su misión es establecer los principios y reglas que guiarán al resto de los tribunales que tengan que enfrentarse a los problemas de jurisdicción ordinaria vs la jurisdicción indígena.

El análisis que realizó la Primera Sala del máximo tribunal atenderá la perspectiva intercultural de conformidad con el artículo 2, apartado A, fracción VIII de la Constitución mexicana y lo referente al numeral 9, numeral 1, del Convenio 169 de la OIT.

La Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre cinco puntos, el primero de ellos versa sobre las obligaciones constitucionales y convencionales para el Estado mexicano en materia de jurisdicción especial indígena.

A lo que se refirió que el Estado mexicano tiene que cumplir con lo que establece el artículo 2, apartado A, fracciones II y VIII constitucional, así como lo que se desprende de los numerales 2, 4.1 y 12 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por México el 5 de septiembre de 1992, así como lo referente al artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Lo anterior deja en claro que existe una obligación por parte del Estado mexicano de implementar mecanismos o procedimientos eficientes con sus respectivos órganos jurisdiccionales para conocer de los mismos, sin mencionar que la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sobre su visita a México dejó en claro que las normas nacionales son incompatibles con los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁸⁷³

El punto de ese informe y que guarda una relación con el máximo tribunal del Estado mexicano es que los tribunales deben buscar que las normas nacionales, así como las normas internacionales deben prestar mayor compatibilidad, pero no sólo ello que se debe fortalecer los sistemas de autonomía y autogobierno indígena, así como sus sistemas normativos, donde se refuerce el reconocimiento de los juzgados indígenas y buscar la coordinación de la jurisdicción indígena y la ordinaria.

¿Qué compromiso tenía el Estado libre y Soberano de Oaxaca? El mismo que tiene la Federación conforme a la Constitución federal y a las Convenciones, lo cual tiene fundamento a su vez en el artículo 16 de la Constitución del Estado de Oaxaca que a la letra establece:

Art. 16.- El Estado de Oaxaca tiene una composición multiétnica, multilingüe y pluricultural, sustentada en la presencia y diversidad de los pueblos y comunidades que lo integran. El derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, así como del Pueblo y comunidades afromexicanas se expresa como

⁸⁷³ Relatora especial para el Consejo de Derechos Humanos 2019, en su informe sobre “Sistemas indígenas de justicia y su armonización con el sistema de justicia ordinaria”.

autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en el marco del orden jurídico vigente; por tanto, dichos pueblos y comunidades tienen personalidad jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales. La ley reglamentaria establecerá las medidas y procedimientos que permitan hacer valer y respetar los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas y del Pueblo y comunidades afroamericanas.

Los pueblos indígenas del Estado de Oaxaca son: Amuzgos, Cuicatecos, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Huaves, Ixcatecos, Mazatecos, Mixes, Mixtecos, Nahuas, Triquis, Zapotecos y Zoques. El Estado reconoce a las comunidades indígenas y afroamericanas que los conforman, a sus reagrupamientos étnicos, lingüísticos o culturales. La ley reglamentaria protegerá al Pueblo y las comunidades afroamericanas, así como a los indígenas pertenecientes a cualquier otro pueblo procedente de otros Estados de la República y que, por cualquier circunstancia, residan dentro del territorio del Estado de Oaxaca. Asimismo, el Estado reconoce a los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas sus formas de organización social, política y de gobierno, sus sistemas normativos internos, la jurisdicción que tendrán en sus territorios, el acceso a los recursos naturales de sus tierras y territorios, su participación en el quehacer educativo y en los planes y programas de desarrollo, sus formas de expresión religiosa y artística, la protección de las mismas y de su acervo cultural y, en general, para todos los elementos que configuran su identidad. Por tanto, la ley reglamentaria establecerá las normas, medidas y procedimientos que aseguren la protección y respeto de dichos derechos sociales, los cuales serán ejercidos directamente por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas o por quienes legalmente los representen.

La ley reglamentaria castigará las diversas formas de discriminación étnica y las conductas etnocidas; así como el saqueo cultural en el Estado. Igualmente protegerá a los pueblos y comunidades indígenas y al Pueblo y comunidades afroamericanas contra reacomodos y desplazamientos, determinando los derechos y obligaciones

que se deriven de los casos de excepción que pudieran darse, así como las sanciones que procedan con motivo de su contravención.⁸⁷⁴

La Ley establecerá los procedimientos que aseguren a los indígenas y afromexicanos el acceso efectivo a la protección jurídica que el Estado brinda a todos sus habitantes.

En los juicios en que un indígena o un afromexicano sea parte, las autoridades se asegurarán que, de preferencia, los procuradores de justicia y los jueces sean hablantes de la lengua nativa o, en su defecto, cuenten con un traductor bilingüe y se tomarán en consideración dentro del marco de la Ley vigente, su condición, prácticas y costumbres, durante el proceso y al dictar sentencia.

En los conflictos de límites ejidales, municipales o de bienes comunales, el Estado promoverá la conciliación y concertación para la solución definitiva, con la participación de las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.

Se reconocen los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, así como jurisdicción a las autoridades comunitarias de los mismos. La Ley reglamentaria establecerá los casos y formalidades en que proceda la jurisdicción mencionada y las formas de homologación y convalidación de los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones de las autoridades comunitarias.

El Estado, en el ámbito de su competencia, reconoce a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicano el derecho social al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, en los términos de la ley reglamentaria; asimismo, de acuerdo a sus programas presupuestales, dictará medidas tendientes a procurar el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos y comunidades indígenas.

⁸⁷⁴ Al respecto el desplazamiento forzado se debe tener en cuenta las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos, a manera de ejemplo está el Caso de las Masacres de Río Negro vs Guatemala, donde la Corte hizo referencia a que los miembros de la comunidad se vieron en la necesidad de desplazarse de sus tierras debido a los masacres cometidos en su contra, además de que en su territorio se estaba desarrollado un conflicto armado, sumado a esos dos elementos que se estaba construyendo una represa en su territorio lo que dio como resultado que no pudieran regresar a su territorio. *Cfr.* QUINTANA OSUNA, K., y GÓNGORA MAAS, J., *op. cit.*, nota 803, p. 48.

El Estado de Oaxaca también cuenta con la Ley de Derechos de los Pueblos indígenas del Estado de Oaxaca y a su vez hizo una adición al artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, con todo ello el Estado asumió su papel y creó la Sala especializada de Justicia Indígena el treinta y uno de diciembre de dos mil quince.

Dicha sala forma parte del tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca y tiene la facultad de validar los fallos dictados por las comunidades indígenas, también puede invalidar los fallos total o parcialmente y regresarlo a la comunidad para que emitan una nueva resolución.⁸⁷⁵

Las facultades de la Sala se establecen en el artículo 23, fracción V, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Oaxaca para que garantizar y conocer de los derechos de los pueblos indígenas y su jurisdicción con excepción de la materia política electoral, a lo que se resume que sus facultades son procedentes cuando los derechos individuales y colectivos indígenas, como son las controversias entre autoridades comunitarias y particulares, controversias entre autoridades comunitarias y autoridades comunitarias y controversias entre autoridades comunitarias y al Defensoría de los Derechos humanos del Pueblo de Oaxaca, así como resolver de las controversias que surjan de la consulta libre, previa e informada de los pueblos y comunidades indígenas.

Por lo que respecta al argumento de la parte quejosa de que la Sala de Justicia Indígena convalidó o validó las resoluciones de las autoridades indígenas, diciendo que no existen sistemas normativos al respecto, y que las autoridades excedieron sus límites, las sanciones fueron excesivas y no se respetaron sus derechos.

La Sala de Justicia Indígena del Estado de Oaxaca convalido los actos de las autoridades indígenas de conformidad con el artículo 2 constitucional, así como las disposiciones internacionales, todo ello con el objetivo de conservar los usos, costumbres, valores e instituciones de los indígenas.

⁸⁷⁵ Esto se conoce como la teoría de “control de regularidad” que consiste en que una autoridad que las normas o actos de otras autoridades no son contrarias a derecho. COSSÍO DÍAZ, J. R., *Los problemas del derecho indígena en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, p. 71.

Si bien es cierto que la mayoría de los sistemas normativos internos carecen de una especificidad en su regulación, dejando inaccesible los procesos para acceder a la jurisdicción ordinaria como a la indígena, ello conlleva que no se de la certeza jurídica a las personas que se someten a la jurisdicción indígena dado que sus sentencias pueden ser violatorias de derechos humanos por no poner a disposición de las demás partes el derecho consuetudinario con la cual fundan y motivan una resolución.⁸⁷⁶

A lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el amparo en comento sobre los factores que deben considerar los juzgadores para determinar que el conocimiento de ciertos hechos o conflictos son competencia de la jurisdicción indígena.

Para dar esos parámetros se tuvo que recurrir a los elementos que han dictado los Tribunales constitucionales de Perú, Colombia y Bolivia, por lo que respecta al Tribunal Constitucional del Perú sostiene en su artículo 149 que reconoce el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las “comunidades campesinas y nativas” con apoyo de las “Rondas Campesinas”, por lo que al respecto precisó que tales autoridades pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con su derecho consuetudinario, siempre que no se violen los derechos humanos de las personas⁸⁷⁷, en este artículo se señala la competencia por territorio es aplicable para las autoridades indígenas.

En esa misma tesitura la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado por determinar cuáles son los factores que establecen que son necesarios para que la competencia sea de la jurisdicción indígena y son el personal, territorial, institucional u orgánico y objetivo.

⁸⁷⁶CHACÓN HERNÁNDEZ, D., *op. cit.*, nota 843, pp. 122-126.

⁸⁷⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), *Amparo Directo 6/2018, párrafo 173 y sentencia N 07009-2013*, PHC/TC de 3 de marzo de 2016. Disponible en: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/07009-2013-HC.pdf>>.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se ha pronunciado y establecido que para que la jurisdicción especial indígena opere se necesitan de la concurrencia de tres ámbitos el personal, territorial y material.⁸⁷⁸

Tras hacer un breve análisis de tres cortes constitucionales, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció 4 elementos como son:

1.- Factor Personal: El juzgador deberá tomar en cuenta si la persona a que se le atribuye un hecho o un delito pertenece o no a una comunidad o pueblo indígena.⁸⁷⁹ A su vez el juzgador verificará si la conducta está sancionada por la jurisdicción ordinaria, con independencia de que el hecho haya ocurrido o no en la comunidad, bajo ese supuesto será competente la jurisdicción ordinaria.⁸⁸⁰

Si la persona indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción especial indígena, el juzgador deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto, el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, así como la conciencia por parte de aquél de que la conducta que se le imputa constituye un delito⁸⁸¹, todo ello ayudará a definir en que jurisdicción será juzgado la persona que cometió un ilícito.

Resumiendo, los operadores jurídicos estudiarán los siguientes elementos cuando tengan que juzgar a una persona indígena: 1) los usos y costumbres de las culturas involucradas, 2) el grado de aislamiento de persona indígena y de la comunidad frente a la cultura mayoritaria, y, 3) la afectación del individuo frente a la sanción.⁸⁸²

El problema sigue radicando cuando están involucradas dos personas, una indígena y una no indígena, además de que el juzgador debe checar si los supuestos están o no consagrados en ambos sistemas jurídicos, que los sujetos no indígenas implicados en la controversia

⁸⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 175.

⁸⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 177.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 178.

⁸⁸¹ *Ibidem*, párrafo 180.

⁸⁸² *Ibidem*, párrafo 181.

tengan conocimiento básicos de las costumbres de la comunidad indígena en la que suscitaron los acontecimientos y por último si el sujeto no indígena desea someterse a alguna jurisdicción en especial, al encontrarse regulada en ambas jurisdicciones.⁸⁸³

2.- Factor Territorial: El juzgador después de examinar el ámbito personal, deberá valorar si los sucesos a juzgar ocurrieron en el ámbito territorial del pueblo o comunidad indígena, el territorio es importante ya que es el espacio donde las autoridades indígenas ejercen sus facultades, aquí se debe hacer una apreciación ya que muchas de las veces el territorio de la comunidad no se circunscribe a la acepción geográfica sino que es la extensión de donde despliega toda su cultura.⁸⁸⁴

3.- Factor Objetivo: Con este factor los juzgadores tendrán que evaluar si el bien jurídico presuntamente afectado tenga que ver con un interés de la comunidad indígena o con un miembro de ella, o bien, con la sociedad mayoritaria o un miembro de ésta, para ello, existen tres opciones básicas al respecto: 1) si el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen únicamente a una comunidad indígena; 2) si el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria o del Estado Central; 3) si independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria.⁸⁸⁵

La manera de resolver que jurisdicción conoce se puede resolver de la siguiente manera; de acuerdo con el supuesto primero conoce la jurisdicción indígena, en el segundo supuesto conoce la competencia ordinaria, en el supuesto tercero se actualizará conforme a los demás elementos que se den al caso concreto.⁸⁸⁶

4.- Factor institucional: El juzgador debe evaluar si existen autoridades, usos y costumbres, así como procedimientos tradicionales dentro de la comunidad indígena, por lo que el factor

⁸⁸³*Ibidem*, párrafo 182.

⁸⁸⁴*Ibidem*, párrafos 183 y 185.

⁸⁸⁵*Ibidem*, párrafos 188 y 189.

⁸⁸⁶*Ibidem*, párrafo 190.

institucional se conforma de tres aspectos fundamentales que deben de ser aplicados al caso en concreto: 1) la existencia de las normas de derecho consuetudinario, en aras de preservar el debido proceso en beneficio de la persona acusada de cometer una conducta; 2) la conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales de cada comunidad en materia de resolución de conflictos y, 3) la satisfacción de los derechos de las víctimas.⁸⁸⁷

Para ello es importante que los juzgadores se cercioren de que existe un sistema normativo, autoridades y que se han resuelto casos similares al estudiado en dicha comunidad, para ello deberán apoyarse de un estudio antropológico.

Al final de este análisis que presentó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia es que estos cuatro elementos tienen que estar íntimamente relacionados para que se pueda decidir que jurisdicción es que debe conocer de los hechos o sucesos ilícitos planteados al juzgador.

Pasando a otro tema la sentencia de amparo directo 6/2018 se pronunció al respecto sobre los principios o criterios de interpretación que rigen la jurisdicción especial indígena y estableció que se debe privilegiar en todo momento el principio de maximización de la autonomía indígena.

Por otro lado, la Primera Sala de la Suprema Corte se pronunció sobre los límites de la jurisdicción indígena y confirmó que el único límite que contempla el artículo 2 Constitucional es que se vulnere algún derecho humano de la persona, en caso de que se dé una vulneración a esos derechos la jurisdicción encargada de resolver la Litis será la jurisdicción ordinaria.

En este sentido se cita la tesis 1ª. CCCLII/2018 (10ª) que dictó la Primera Sala del máximo tribunal:

Personas indígenas. Criterios de aplicabilidad de las normas de derecho consuetudinario indígena.

⁸⁸⁷*Ibidem*, párrafo 197.

De acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en principio, serán inaplicables las normas de derecho consuetudinario indígena que atenten directamente contra los derechos humanos que pertenecen al dominio del *ius cogens*, como la tortura, la desaparición forzada, la esclavitud y la discriminación, así como las reglas que eliminen definitivamente las posibilidades de acceder a la justicia, sin que esto impida que se añada al contenido y alcance de estos derechos y al significado de estas conductas una interpretación culturalmente incluyente. En materia de igualdad y no discriminación, la aplicación de los usos y costumbres indígenas no puede ser una excusa para intensificar la opresión, inclusión al interior de las comunidades indígenas, de aquellos miembros tradicionalmente excluidos, como mujeres, niños y niñas o personas con discapacidad, entre otros colectivos históricamente desaventajados. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la protección frente a la violencia contra las mujeres,⁸⁸⁸ como causa y consecuencia del derecho a la igualdad y a la no discriminación, donde las costumbres culturales no pueden justificar dichas prácticas, y respecto de las cuales la comunidad no podrá escudarse en el pluralismo jurídico para legitimarlas. Parece razonable considerar que algunos derechos pueden limitarse legítimamente cuando su pleno ejercicio pongan en riesgo la existencia de la comunidad o la preservación de usos y costumbres que sin esenciales para su sobrevivencia. Así serían admisibles ciertas afectaciones a los derechos cuando su propósito fundamental sea preservar las particularidades culturales de la comunidad -incluida su visión del derecho y de los derechos- por ejemplo, a la propiedad colectiva, a las prácticas religiosas, o el uso de lenguaje tradicional, entre otros. En lo referente a la relación de las comunidades indígenas con otros miembros de la sociedad, respecto de los cuales se presenten conflictos, debe determinarse la legalidad de la afectación del derecho: si ésta tiene un objetivo legítimo en una sociedad multicultural y si la medida es necesaria en una sociedad democrática, lo que implica analizar si es adecuada para el fin que se busca y su proporcionalidad, sin desnaturalizar el derecho consuetudinario indígena, ni

⁸⁸⁸ El estudio que presenta Susana Mejía es sobre las mujeres indígenas que sufren violencia comparten algunos elementos como que tienen bajo autoestima, inmaduras, inseguras, mantienen la idea de que su agresor tienen derecho a disciplinarlas. MEJÍA FLORES, S., "Mujer indígena y violencia", *Revista México Indígena*, 2003, núm. 5, p.34.

imponer limitaciones que impliquen el desconocimiento de la existencia de sociedades multiculturales, correspondiendo a la autoridad judicial que conozca del caso concreto decidir, en consideración de la calidad de indígenas o no de las personas involucradas y del sistema normativo debidamente documentado, de vigencia y observancia general dentro del pueblo al que se autoadscribe la persona indígena, la norma que resulte aplicable de acuerdo con los principios hermenéuticos contenidos en la Constitución y en estricto apego al régimen constitucional de protección, respeto y garantía de los derechos humanos.

Por todo lo anteriormente expuesto y por contar un peritaje antropológico de la comunidad, así como que los juzgadores se cercioraron de que existen autoridades indígenas, un sistema interno y que la pena impuesta al quejoso se sometió de nuevo a la Asamblea General y se decidió que se cambiara por tequio en la comunidad, la pena no se puede considerar inhumana y trascendental por lo que la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ampara al quejoso y valida la decisión de la Sala Especial Indígena y Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca.

6.2.1. Amparo Directo en Revisión 28/2007⁸⁸⁹

Antecedentes del caso: Con fecha treinta de octubre de dos mil cinco, el Agente del Ministerio Público decretó la legal retención de los quejosos por su probable responsabilidad en la comisión del delito contra la salud previsto y sancionado por los artículos 193 y 194, fracción I, del Código Penal Federal, en relación con los artículos 234 al 237 de la Ley General de Salud, y ordenó hacerles de su conocimiento los beneficios del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Desahogadas las diligencias ordenadas en el acuerdo de inicio de averiguación previa, el treinta y uno de octubre de dos mil cinco, el Agente del Ministerio Público emitió auto de consignación de los detenidos. Así, el primero de noviembre de dos mil cinco, los quejosos,

⁸⁸⁹SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN, *Amparo directo en revisión 28/2007*, Párrafo 34. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=88430>).

rindieron su declaración preparatoria. En ambas declaraciones se asentó que los inculpados contaron con la asistencia del Agente del Ministerio Público Federal, y del Defensor Público Federal adscritos al Juzgado.

Los quejosos, en sus respectivas declaraciones manifestaron, entre otros aspectos, que entienden suficientemente el idioma castellano o español, y que pertenecen al grupo indígena. Mediante diverso escrito presentado el once de noviembre de dos mil cinco, ante el Juzgado del conocimiento, el Defensor de los procesados, ofreció la prueba pericial denominada socio-cultural y posible grado de instrucción, con el objeto de saber su nivel cultural e instrucción.⁸⁹⁰

El primero de diciembre de dos mil cinco, la perito adscrita a la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia en Zacatecas, emitió el dictamen en materia de psicología, en el que determinó entre otros aspectos, por lo que se refiere a Dionicio Cervantes Nolasco, que “...*proviene de un núcleo familiar integrado y funcional con costumbres propias de la Etnia de los ******...”, y por lo que se refirió a Armando Reyes Aguilar, indicó que “...*proviene de un núcleo familiar integrado y funcional con costumbres propias de la Etnia de los ******...”.

La perito propuesta por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, rindió el dictamen denominado socio-cultural y posible grado de instrucción, por escrito presentado ante el Juez de la causa, el catorce de diciembre de dos mil cinco, en el que hizo constar que Dionicio Cervantes Nolasco entiende y habla el castellano, que entiende y habla la lengua indígena ***** , que pertenece al pueblo indígena ***** , que durante su detención y proceso no contó con la asistencia de un traductor, que ocupó el

⁸⁹⁰ Estos tipos de peritaje permiten ver la diferencia cultural de la persona juzgada que la condiciona a una acción u omisión del sistema normativo mexicano, donde queda demostrado el retraso cultural que hay con los pueblos indígenas, es decir, se trata de ver el actuar de esa persona bajo la cultura y norma que conoce. LACHENAL, C., “Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural, reflexión a partir del caso de México”, en HUBER, R., *et. al.* (coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales, reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 187-200.

cargo de alguacil de su comunidad, y diagnosticó que: "...entiende y habla el español, sin embargo se le tienen que explicar algunas palabras, para su comprensión..."⁸⁹¹

Asimismo, Armando Reyes Aguilar, entiende y habla el castellano, que entiende y habla la lengua indígena *****, que pertenece al pueblo indígena *****, que durante su detención y proceso no contó con la asistencia de un traductor, y diagnóstico que: "...entiende el español, sabe leer y escribir..."

Destaca en el dictamen que el peritaje⁸⁹² se realizó tomando en consideración el núcleo familiar, el entorno de la cultura indígena, en donde predominan elementos que permitieron observar una clara diferencia cultural, tal como la vestimenta, lengua, organización social de la comunidad –existe un Gobierno tradicional- la alimentación, entre otros, y se concluyó que la diferencia cultural del grupo étnico al que se autoadscribieron los procesados y que conforme a lo que establece el artículo 1º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aceptado y ratificado por México, se determinó que los quejosos, al reconocerse como miembros del pueblo X, sí presentan una marcada diferencia cultural, la cual se protege por el artículo 2º de la Constitución Federal.

El trece de febrero de dos mil seis, el defensor público de los procesados, solicitó ampliación de declaración. la diligencia se verificó el mismo día, en la cual estuvieron presentes los peritos traductores designados por la comisión ya citada. Destaca en las declaraciones que los peritos manifestaron que los procesados entienden el español en un porcentaje, pero hay palabras que no entienden, que para los peritos era difícil leer la

⁸⁹¹ El peritaje antropológico está dentro de la antropología jurídica donde se da el dialogo entre la antropología, las ciencias forenses y el derecho. HERRERA, J., *Peritaje antropológico. Sus realidades e imaginarios como prueba judicial federal*, México, Manejo Cultural A.C., 2010, p. 32.

⁸⁹²El peritaje cultural muchas de las veces funciona como una herramienta que permite ver la forma en la que interactúa el derecho positivo con los sistemas normativos indígenas, de esa forma ver la forma en que se desarrolla una diversidad cultural. VALLADARES DE LA CRUZ, L. R., *El peritaje antropológico: los retos del entendimiento intercultural*, [en línea], <[http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropologico_Los_retos_del_entendimiento_intercultural- Valladares_Laura.pdf](http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/lauv/El_peritaje_antropologico_Los_retos_del_entendimiento_intercultural-Valladares_Laura.pdf)>.

declaración en lengua originaria, por lo que ellos se apoyarían en esa lengua sólo en las partes que los procesados indicaran que no comprendían.⁸⁹³

El diecinueve de junio de dos mil seis, el Juez Segundo de Distrito emitió sentencia, en el sentido de tenerlos como penalmente responsables, y les impuso la pena respectiva. Inconformes con la resolución anterior, los sentenciados interpusieron recurso de apelación por escrito presentado el veintidós de junio de dos mil seis, ante el Juzgado Segundo de Distrito, asimismo designaron al Defensor Público Federal adscrito al Tribunal de Alzada, para que los patrocinara en esa instancia.

El Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito, mediante proveído de treinta de junio de dos mil seis, ordenó formar y registrar el expediente de los recursos interpuestos con el número 317/2006-III, seguidos los trámites de ley, el veintiuno de septiembre de dos mil seis, emitió resolución en el sentido de confirmar la sentencia recurrida.

No conformes con la determinación del Tribunal Unitario, los sentenciados interpusieron demanda de amparo directo, de la cual conoció el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, quien determinó negar el amparo solicitado.

Los hechos del caso se pueden resumir en lo siguiente: El Defensor Público de los quejosos expresó como agravios:

Primero: Que el Tribunal Colegiado no realizó la interpretación directa y procedente, en conjunto, de las fracciones II, IX, X y última parte de apartado A del artículo 20 de la Constitución Federal, que se refieren a la adecuada defensa, la comunicación con un abogado defensor y la asistencia jurídica de defensor a defensor, desde el inicio del proceso.

⁸⁹³ El censo de población de 2015 arrojó una estimación de 7.17 millones de habitantes que hablan una lengua indígena y una población de 25.69 millones que se autoadscriben como indígenas, y se cuentan con 1007 intérpretes traductores que tiene el padrón del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas por lo que no se cuentan con suficientes intérpretes traductores para todos los indígenas que están llevando un proceso judicial en la república. CARREÓN PEREA, H., *Derechos indígenas y acceso a la justicia penal*, México, INACIPE, 2019, pp.11-13.

Segundo: Que este alto Tribunal no escapa a la obligación de atender a la Constitución, por lo que, ante una decisión de dar validez en ciertos casos a los actos inconstitucionales, que se traducen en pruebas ilícitas, debe fundar su parecer en la propia Constitución, y no en un simple enunciado, pues de conformidad con los artículos 128 y 133 constitucionales se tiene la obligación de velar por el respeto de la Carta Magna.

Tercero: Que el artículo 1º constitucional prohíbe implícitamente la obtención y validación de pruebas ilícitas, pues no admite más excepción al respeto a las garantías individuales que aquéllas que la misma Constitución establece. Agrega que el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que en el proceso penal federal se admiten todo tipo de prueba, excepto aquellas que vayan contra el Derecho, lo que debe relacionarse con el párrafo noveno del artículo 130 constitucional.

Cuarto: Que el Tribunal no realizó la interpretación directa del artículo 2º A, fracción II, última parte de la Constitución. Además, condicionó el ejercicio del derecho que consagra la disposición en cita, a que los recurrentes demostraran plenamente que pertenecen a una etnia indígena⁸⁹⁴, que no entiendan el castellano, y demostrar la necesidad de la asistencia jurídica de un defensor quien conociera de su cultura y lengua.

1. El defensor argumenta que es la conciencia de la identidad indígena el fundamento para demostrar la cualidad de indígena, y recibir las prerrogativas que establece la Constitución y los tratados internacionales, por lo que es esencialmente la manifestación del indígena lo que comprueba su identidad, salvo prueba en contrario que pudiera aportar el Ministerio Público.
2. El Colegiado no debió ignorar que el artículo 2º, Apartado A, inciso VIII constitucional establece que los pueblos y comunidades indígenas tiene derecho al

⁸⁹⁴ Se debe entender por etnia como el conjunto social que ha desarrollado formas de identidad, que enfatiza los componentes étnicos como formas de interrelación, determinadas características culturales, sistemas de organización social, costumbres y normas comunes, pautas de conducta, lengua y tradición histórica. *Cfr.* DÍAZ-POLANCO, H., *La cuestión étnico nacional*, México, Fontamara, 1998, pp. 18-19.

acceso pleno a la jurisdicción del Estado. El Tribunal fue omiso en cuanto a que a los quejosos se les negó desde el momento de su detención y a la averiguación previa, la designación inmediata de un defensor y la entrevista en privado con éste para ser asesorados, ni se les informó que tenían derecho a un defensor que hablara su idioma y conociera su cultura.⁸⁹⁵

3. Que el artículo 2º constitucional se debe interpretar en relación con el diverso 20, apartado A, fracciones II y IX, y la última parte de dicho apartado, ya que se trata de un complemento para materializar la defensa adecuada de los indígenas.⁸⁹⁶

El Tribunal Colegiado concluyó que en el caso no se afecta el principio de adecuada defensa establecido en la Constitución, ni se constituye una negativa de la autoridad a conceder ese derecho, además de que desde el inicio de la diligencia de marras los quejosos contaron con la asistencia del Defensor Público y, por lo tanto, que no se desprende la necesidad de formular interpretación alguna respecto de lo establecido por el artículo 2 A, fracciones II, IX, X y última parte de ese apartado A constitucional.

En materia penal, respecto a la valoración de las pruebas el órgano jurisdiccional goza de prudente arbitrio para apreciar las pruebas, por lo tanto, si se advierte que al hacer la estimación respectiva de los elementos probatorios no ha alterado los hechos, y los razonamientos que fundan su convicción no pugnan con la lógica, puede concluirse que llevó a cabo una apreciación correcta de los medios probatorios de referencia.

En este punto, es conveniente precisar que, en sus agravios, el defensor sostiene que el criterio en comento se traduce en una “suspensión de garantías”, al darle valor probatorio a

⁸⁹⁵ De conformidad con el artículo 2 constitucional y el artículo 10 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos indígenas, es un derecho fundamental para los pueblos indígenas y sus miembros contar con intérpretes y defensores que tengan conocimiento de sus lengua y cultura. SÁNCHEZ VALENCIA, R., “El sistema acusatorio penal y la protección de los derechos fundamentales” en *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional de México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Consejo de la Judicatura Federal, 2011, pp. 159-184, p.179.

⁸⁹⁶ contar con defensores bilingües es uno de los temas más complicados ya que las lenguas indígenas en México implican romper la brecha entre el español y las lenguas. WELLER, G., “El difícil papel del intérprete legal en lenguas indígenas”, en ALDUENDA PEÑA, A. C., *Interpretes de lenguas indígenas: situación actual en México*, México, UNAM-CELE, 2014.

una “prueba ilícita”, sin embargo, este argumento de interpretación constitucional es novedoso al haberse introducido en el recurso y no haberse expuesto en los conceptos de violación, razón por la cual debe desestimarse su estudio en esta alzada.

Es fundado el agravio que hace valer el defensor de oficio, cuando sostiene que el ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 2º constitucional no pueden quedar sujetos a que los quejosos, ahora recurrentes, “demuestren plenamente” que pertenecen a una etnia indígena, pues como el propio defensor lo sostiene, es la conciencia de la identidad indígena el criterio fundamental para demostrar la calidad de indígena, esto es, su propia manifestación como indígena basta para comprobar su identidad, para así acceder a las prerrogativas que establece la Constitución a su favor; sin que exista fundamento constitucional para imponer al sujeto de derecho indígena la carga de la prueba para demostrar su calidad de tal, esto es uno de los puntos más debatidos, y muchos consideramos que la carga de la prueba debería quedar a cargo de los operadores jurídicos.

Por ende, es incorrecta la línea de pensamiento que siguió el Tribunal Colegiado para determinar si los quejosos son indígenas, y, por ende, si les asistía el derecho previsto en el artículo 2º constitucional, apartado A, fracción VIII, pues para sostener su apreciación se basó única y exclusivamente en las condiciones lingüísticas de los quejosos, que fueron demostradas con las periciales que obran en autos. Al hacerlo así, desconoció el principio constitucional –o criterio fundamental- de que una persona es indígena con su sola autoadscripción al pueblo indígena, sin necesidad de que tenga que demostrarlo a través de algún medio de prueba reconocido por la ley.

Por las razones expuestas, una recta interpretación del artículo 2º constitucional, apartado A, fracción VIII, exige concluir que los indígenas deberán estar asistidos en todo tiempo por un intérprete en los procedimientos en los cuales formen parte, siempre y cuando se acredite la necesidad de hacerse comprender o dar a conocer sus costumbres y, en reciprocidad hacerles comprender las diligencias correspondientes, en el idioma español.

Las reflexiones anteriores llevan a concluir, en el caso concreto, que si durante la averiguación previa no se hizo la designación del intérprete, porque la autoridad ministerial consideró que no tenía necesidad de hacer el nombramiento respectivo, si además, con posterioridad, la autoridad judicial valoró el material probatorio con base en el cual determinó que los indiciados eran bilingües y que su grado de comprensión del idioma español era el suficiente para omitir, durante la averiguación previa, la asistencia de un intérprete, si los mismos declarantes tuvieron defensor que les asistiera y este último no manifestó su inconformidad durante la toma de la declaración ministerial, ello significa que no se actualiza una violación constitucional que haya mermado su defensa.

En esa tesitura, al resultar infundados los agravios hechos valer por los recurrentes, en la materia de la revisión competencia de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procede confirmar la sentencia recurrida que negó el amparo y la protección de la Justicia de la Unión.

Por lo anterior el resultado de la sentencia fue que se confirma la sentencia recurrida y no amparó a Dionicio Cervantes Nolasco ni Armando Aguilar Reyes.

6.2.2. Amparo Directo en Revisión 5465/2014

El amparo directo en revisión 5465/2014 es relevante para esta tesis ya que se trata del quejoso, proveniente de una comunidad indígena del Estado de Oaxaca, ubicado en el municipio de Teotitlán de Flores Magón, fue sentenciado por la Sala Penal por los actos de violación equiparada.

Sin embargo, el quejoso en el amparo en revisión ante el tribunal colegiado solicitó que se le juzgue de acuerdo a sus usos y costumbres de la comunidad indígena Mazateca y a su vez pide que se aplique el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas.⁸⁹⁷

⁸⁹⁷SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), *op. cit.*, nota 841, p. 9.

Si bien, el quejoso no se autoadscribió indígena durante el proceso penal y lo hizo valer hasta que presentó el amparo ante la autoridad colegiada, lo cual tuvo que tomar en cuenta la autoridad y no hay una manera de comprobar o demeritar si es indígena salvo que el propio dicho de la persona, pero de conformidad con la tesis 1a./J.58/2013⁸⁹⁸ y 1a./J.59/2013 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el principio de autoadscripción se debe hacer valer en las primeras etapas del procedimiento penal.

Lo curioso de este supuesto hecho de autoadscripción es que el quejoso mencionó que el indígena era su padre y sus hermanos que viven fuera de la comunidad indígena, aunque conservan parte de las costumbres culturales y sociales, por lo que el tribunal colegiado pone en duda la pertenencia del quejoso a la comunidad indígena ya que él mismo había dicho que quien pertenece a la comunidad indígena es su padre y no él.

Por lo tanto, el tribunal colegiado resume y establece que es “imposible detonar a favor del quejoso las protecciones constitucionales asociadas a su pertenencia étnica y cultural, contenidas en el artículo 2 constitucional, a partir de la mera consideración del momento procesal en la que la autoadscripción de la persona indígena ocurre: la manifestación de autoadscripción debe ocurrir durante el procedimiento penal; si esto ocurre al interponer el

⁸⁹⁸Los conceptos de "persona indígena" o "pueblo indígena" empleados por la [Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos](#), si bien tienen un significado de sustrato esencialmente antropológico y sociológico, lo cierto es que también poseen uno jurídico tendente a identificar a los destinatarios de las prerrogativas que la [Ley Fundamental](#) establece en favor de dicho sector. Por ende, este alto tribunal determina que la "autoconciencia" o la "autoadscripción" realizada por el propio sujeto, debe ser el criterio determinante para establecer cuándo una persona es indígena. De esta forma, será persona indígena quien se autoadscriba y reconozca a sí mismo como tal, lo cual implica asumir como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de las comunidades indígenas. Circunstancia que no deviene ilegal ni arbitraria, mucho menos ambigua o imprecisa, al ser congruente con el artículo 2o., párrafo tercero, constitucional, el cual establece: "La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas."; además es acorde con los criterios utilizados en el ámbito internacional, como es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, a fin de evitar excesos, fraudes a la ley e inseguridad jurídica contra la víctima u ofendido, para que sea eficaz la autoadscripción de un sujeto a una comunidad indígena, ésta debe realizarse en las primeras etapas del proceso penal, esto es, ya sea ante el Ministerio Público en el procedimiento de averiguación previa, o bien, durante la fase de preinstrucción de la causa (referido a aquellos sistemas procesales en donde aún no se haya establecido la vigencia del modelo acusatorio). De ahí que, en caso de que dicha calidad específica de indígena hubiese sido manifestada durante las fases procesales de instrucción, primera o segunda instancias, e incluso ante el tribunal colegiado de circuito que conozca del eventual amparo directo interpuesto contra el fallo definitivo, dicha manifestación no tendrá la fuerza suficiente para ordenar la reposición del procedimiento penal respectivo.

amparo, este tribunal no puede darle ningún efecto, dado que no puede reponerse el procedimiento.”⁸⁹⁹

Lo cual contraviene la nueva postura que ha mantenido la Primera Sala del máximo tribunal de México, en la cual establece que no hay momento oportuno para manifestar autoconciencia indígena, a lo que la Primera Sala estableció que “los efectos de dicha manifestación serán siempre los mismos sin importar el momento procesal en que se vierte.”⁹⁰⁰

Por lo que este amparo se dedicará a dilucidar lo referente al artículo 2 constitucionalmente, particularmente el concepto de autoadscripción, el momento procesal oportuno para realizarla y el alcance de tales protecciones en el proceso judicial, esto es importante porque la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia se tenía que pronunciar sobre si esa fórmula aplica en todos los juicios y procedimientos en los que sean parte, individual o colectivamente, además de que se deberá tomar en cuenta sus costumbres y usos respetando los cánones de la Constitución.⁹⁰¹

Cabe mencionar que el quejoso se condujo durante el procedimiento en español y nunca manifestó reconocerse como indígena por lo que el órgano colegiado carecía de la fuerza para ordenar la reposición del procedimiento penal.

El Constituyente permanente preocupado por los pueblos indígenas estableció en el artículo 2 Constitucional diversos derechos para los pueblos indígenas, por ello es que la Primera Sala de la Suprema Corte consideró indígena a “aquella persona que se autoadscriba y autoreconozca como indígena, que asuma como propio los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de los pueblos indígenas”.⁹⁰²

⁸⁹⁹SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), *Amparo directo en revisión 5465/2014*, Párrafo 34. Disponible en:

<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=173229>.

⁹⁰⁰*Ibidem*, párrafo 35.

⁹⁰¹*Ibidem*, párrafo 37.

⁹⁰²*Ibidem*, párrafo 49

El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, define la autoadscripción como “el acto voluntario de personas o comunidades que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado nacional”.⁹⁰³

Por lo anteriormente descrito el Tribunal Colegiado hizo mal en cuestionar la autoadscripción del quejoso, ya que basta con que la persona se autoadscriba como indígena para que se le reconozcan todos los derechos constitucionales, por otro lado cuando las autoridades tengan sospecha de que no es indígena, el representante social o bien la autoridad judicial, de oficio debe ordenar una evaluación sustantiva de la cuestión, adoptando una cuestión pro activa para saber si tiene la calidad de indígena.

En un inicio la Primera Sala de la Suprema Corte determinó que para activar a favor de la persona las protecciones constitucionales asociadas con su pertenencia étnica, deberían realizarse en las primeras etapas del proceso penal, sin embargo la Primera Sala consideró que dicho criterio es una regla específica a un acontecimiento específico, por lo que la reposición del procedimiento se hará durante la averiguación previa o la instrucción y el juicio se conduzca sin asistencia de un intérprete ni defensa lingüística y culturalmente adecuada.

La Primera Sala ha dejado claro en todo momento que no se puede impedir que una persona se autoadscriba indígena en cualquier parte del proceso, por lo que en el momento en que la persona decida hacerlo se le deberán de activar los derechos concernientes al artículo 2 constitucional.

Respecto a las consecuencias jurídicas de la manifestación “tardía” se determinó que no es posible fijar una regla *a priori*, toda vez que las consecuencias jurídicas se vincularon con

⁹⁰³*Ibidem*, párrafo 50.

el grado de afectación real del derecho de defensa adecuada de la persona indígena durante un proceso.⁹⁰⁴

Para reponer un procedimiento la autoridad judicial debe valorar la vulneración de los derechos de las personas indígenas y debe basarse en dos ejes:⁹⁰⁵

Primero: El momento procesal en el que la persona adujo su condición de indígena. Así, para los efectos de la reposición del procedimiento, cobrará más fuerza que la autoadscripción se haya manifestado de manera temprana sin haber sido debidamente atendida por la autoridad judicial. Ahora bien, el derecho de las personas indígenas a un intérprete y defensor no puede estar condicionado a la limitación temporal alguna, y;

Segundo: La existencia de una violación manifiesta al derecho de acceso a la justicia derivado de la imposibilidad de la persona indígena de comprender y hacerse comprender durante el juicio. Esta apreciación descansará en una consideración surgida de las constancias, actuaciones y conductas procesales que muestren una evidente falta de comunicación o entendimiento, y de las que se advierta la necesidad de corregir el proceso para garantizar la igualdad de oportunidades en la defensa de las partes.

Por lo que queda claro que la persona indígena se puede autoadscribir en cualquier parte del proceso, sin que se le afecten sus derechos contenidos en el artículo 2 constitucional, además de que las autoridades tendrán que valorar que tanto se perjudica a la persona y si es necesario reponer el procedimiento en el momento que les hace saber que es parte de una comunidad indígena.

Para la Primera Sala es claro que el artículo 2 constitucional fracción VIII debe considerar el acceso a la justicia, al sistema de usos y costumbres, cuya vigencia debe estar documentada con los medios adecuados, incluidas diligencias, sobre todo cuando se trata de personas que pertenecen a los pueblos y comunidades indígenas, esa pluralidad normativa

⁹⁰⁴*Ibidem*, párrafo 66.

⁹⁰⁵*Ibidem*, párrafo 67.

se entiende en dos sentidos: I. la determinación del derecho aplicable, para determinar que norma se debe aplicar, II. La determinación de la interpretación pertinente; lo que debe llevar a comprender una norma del orden jurídico ordinario con una perspectiva intercultural.⁹⁰⁶

Para ello los juzgadores pueden apoyarse en un peritaje antropológico, o cualquier otro medio lícito, la cultura de las personas, pueblos o comunidades involucrados, la forma en que se gobiernan, las normas que les rigen, las instituciones que sustentan, los valores que suscriben, la lengua que hablan y el significado que sirvan al juicio al comento.⁹⁰⁷

Un punto importante es que las normas de derecho consuetudinario indígena, así como las normas de nuestro régimen deben estar sometidos al régimen constitucional, convencional y legal para ver su pertinencia y aplicabilidad a los casos concretos, esto viene a colación porque algunos usos y costumbres de los pueblos indígenas afectan los derechos humanos.

Es cierto, que muchas veces para que la jurisdicción del Estado opere en lugar de la jurisdicción indígena se debe tomar en cuenta, al menos en el ámbito penal lo siguiente: i. verificar la existencia de la costumbre en los términos de la persona imputada, ii. Considerar las particularidades del derecho y el contexto cultural en el que se desarrolla la conducta como: a) tomar en consideración las diferencias de los pueblos indígenas con la población en general al momento de interpretar los derechos que le asisten, b) garantizar la presencia de un defensor e intérprete en lengua indígena a la que pertenece la persona, c) facilitar la defensa adecuada y promover la participación de una persona, pueblo o comunidad indígena, iii. Determinar si la conducta estudiada no se sobrepone a los derechos humanos, iv. Pensar que proceso tiene la costumbre en el proceso judicial.⁹⁰⁸

En el caso en concreto del amparo 5465/2014 el quejoso alegaba que su conducta es lícita en su comunidad, es decir, el mantener relaciones sexuales con una menor con la intención de procrear una familia. A lo que la Suprema Corte de Justicia tuvo que indagar sobre la

⁹⁰⁶*Ibidem*, párrafo 82.

⁹⁰⁷*Ibidem*, párrafo 84.

⁹⁰⁸*Ibidem*, párrafo 97.

vigencia de esa costumbre y las especificidades de dicha comunidad, lo cierto es que los juzgadores no se documentaron sobre dicha costumbre al no pedir un medio de prueba, sin embargo, se pone en serio conflicto con el derecho a la igualdad y no discriminación, integridad de la persona, y a una vida libre de violencia con los estándares nacionales e internacionales.⁹⁰⁹

Finalmente, la Primera Sala decidió que la nación no le otorgaba el amparo porque su actuar y la costumbre a la que hace alusión el quejoso es violatoria de derechos humanos de las niñas, por otro lado, lo ampara en cuanto que el Tribunal Colegiado en materia Penal del Segundo Circuito interpretó erróneamente el artículo 2 constitucional.

⁹⁰⁹ Información de la Organización Panamericana de la Salud, la violencia, no importa la que sea constituye un riesgo para la salud de las mujeres indígenas, lo cual se incrementa con el abuso del alcohol, pobreza y desempleo, veamos la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer sostiene que la violencia puede causar el daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, así como las amenazas, de manera regional encontramos la Convención contra la Violencia a las Mujeres de la OEA establece que la violencia es la omisión o conducta directa o indirecta con el objetivo de causar un sufrimiento físico, sexual o mental mediante el engaño, seducción, amenaza, acoso, coacción. Como vemos la violencia contra la mujer es una violación a sus derechos y libertades. *Cfr.* GAMBOA DE TREJO, A. (coord.), *Grupos vulnerables: los indígenas*, México, Universidad Veracruzana, 2010, p. 86-88.

CONCLUSIONES

- I. Del estudio y análisis sobre la cuestión indígena que se realizó a lo largo de la presente investigación, se observa que las transformaciones en la materia han sido lentas y se han dado gracias a los movimientos indígenas que se han presentado en cada uno de los Estados-nación.
- II. Se rompe con la inercia del monismo jurídico (entendido como la facultad que tiene el Estado para promulgar y aplicar un solo tipo de derecho, que es distinto de la teoría admitida por el derecho internacional público) para llegar al pluralismo jurídico que tanto se había anhelado por parte de los pueblos indígenas.
- III. El reconocimiento del derecho indígena por parte del Estado implicó que se dejará de concebir al mismo como un derecho consuetudinario, carente de una norma escrita, sistemática y coercitiva. Si bien, es cierto que la norma indígena no es una norma escrita, sí tiene aplicación y vigencia dentro de los pueblos indígenas, mismo que ha sido dinámico acoplándose a la vida interna de cada pueblo, entendido este como el conjunto de personas que han ocupado un mismo territorio durante un largo periodo de tiempo, con una propia organización política y jurídica.
- IV. En el primer capítulo de la presente investigación se reafirma que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas comenzó en el ámbito internacional. Uno de los principales impulsores de este reconocimiento fue la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ya que a través de la creación de tratados internacionales específicos sobre la materia presentó temas que violentaban los derechos de los pueblos indígenas, así mismo, presentó acciones que permitieron visibilizar la situación de vulnerabilidad de dichos grupos.

Una muestra de ello fueron los dos decenios que se crearon para dar realce e impacto social en el mundo jurídico. Estos documentos permitieron, en especial en los Estados latinoamericanos, que la comunidad internacional fuera construyendo un andamiaje jurídico que tuvo como finalidad reconocer para los pueblos indígenas

sus propias formas de organización social, económica, política y jurídica para que se pudieran desarrollar de manera libre dentro de los países que habitaban.

- V. El papel que tuvo el Derecho Internacional Público dentro del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en las fronteras estatales se debe al impulso que fue dando la ONU.

La instauración de la figura de los relatores especiales, mismos que han llevado a visibilizar las vulneraciones y vejaciones que viven grupos indígenas en determinados territorios. En dicho apartado de mi investigación ha quedado demostrado que la presencia del relator Rodolfo Stavenhagen fue crucial para el avance y desarrollo de los derechos indígenas, ya que ha sido la persona que encauso que las comunidades de pueblos indígenas tuvieran la oportunidad de denunciar las violaciones que sufren en los territorios que habitan. Por medio de esa denuncia los pueblos dejaban evidenciado que en muchas ocasiones los países pueden suscribir convenios internacionales o declaraciones en las oficinas de la ONU y que, sin embargo, quedan sin aplicabilidad en el ámbito local.

- VI. En ese tenor reafirmo en mi investigación que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, fue el primer instrumento internacional que se preocupó por cuidar y velar por los derechos de los pueblos indígenas.

El Convenio ha servido de mucho desde su promulgación en la década de los noventas, y vino a sustituir al Convenio 107 de la OIT por considerarlo un instrumento que buscaba la asimilación cultural de los indígenas y no brindaba una verdadera protección a los pueblos y comunidades.

La ratificación del Convenio 169 por parte de varios Estados de la Organización de Estados Americanos ha servido para que los pueblos indígenas tengan personalidad y fundamentos jurídicos para acudir ante la misma organización y denunciar las

vulneraciones a sus derechos. A través de este instrumento se han emprendido acciones jurídicas en aras de defender y proteger sus derechos a la libre determinación, sus usos y costumbres, así como a elegir de manera ancestral a sus autoridades.

- VII. Una pregunta que se hará todo aquel que se interese por la protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas es ¿Qué ha hecho que el Convenio 169 de la OIT siga teniendo vigencia en la protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas? La primera respuesta que encontré fue justo dentro de la misma vigilancia que ofrece la misma organización y me refiero a los mecanismos de vigilancia que contempla el Convenio.

Al momento en que un Estado ratifica el Convenio tiene que rendir un informe de la situación que guardan los derechos humanos de los pueblos indígenas respecto del articulado en general del convenio. En ese sentido, el Estado debe detallar cada uno de los puntos del mismo, lo cual da elementos para que la organización le exija que cumpla con un mínimo de derechos que con el tiempo ira reformando en su normatividad interna. Mientras tanto el Estado se compromete a rendir anualmente informes sobre el avance que ha tenido en la materia.

- VIII. Si bien, el Convenio 169 de la OIT permitió que los pueblos indígenas tuvieran una primera instancia internacional para denunciar las violaciones que sufrían por parte de las autoridades de sus países también permitió denunciar la inoperancia del Convenio en el territorio que habitan.
- IX. A pesar de los mecanismos de supervisión que prevé el mismo, se demuestra que la misma Organización Internacional del Trabajo ha quedado sin facultades para velar por los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio ha quedado como una mera declaración de derechos a favor de los pueblos indígenas, porque se ha demostrado que los pueblos indígenas pueden acudir ante el organismo internacional y la misma

sólo requiere informes al país violatorio de derechos y realiza alguna visita al lugar de los hechos, sin poder garantizar que sus derechos no se seguirán afectando.

- X. Una vez que analizamos el ámbito internacional de protección a los derechos humanos de los pueblos indígenas, considere oportuno hacer un estudio regional sobre la protección que han alcanzado los pueblos indígenas. Sin lugar a duda, hasta años muy recientes, convenios regionales o interamericanos en materia de derechos humanos para la protección de los indígenas eran escasos y generalizados. Lo anterior, ya que las violaciones reiteradas a la esfera jurídica de los grupos indígenas era una práctica generalizada en la mayoría de los Estados del continente americano.
- XI. Al haber un mayor número de población indígena en el continente americano, era necesario encontrar una solución para todas aquellas violaciones de derechos. La apertura que fueron tomando algunos Estados en la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por varios países del continente permitieron que esta Corte regional fuera tomando un papel predominante en la protección de derechos humanos.
- XII. Es importante resaltar que la Corte Interamericana no contaba con normas jurídicas específicas, salvo el Convenio 169 de la OIT, para fundamentar los derechos de los pueblos indígenas. A partir de esta falta de instrumentación, el tribunal utilizó la normatividad vigente en aras de proteger los derechos de este grupo de personas. Su gran hazaña fue realizar una evolución evolutiva de la Convención Americana en aras de reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
- XIII. La Corte Interamericana se ha encargado de dictar las sentencias referentes a temas de derecho de propiedad colectiva. En estas se ha explicado que el tema del territorio es aquel que históricamente han ocupado los pueblos indígenas previo a la conquista, además de que no es lo mismo referirse a tierra como el lugar que

habitualmente ocupan los indígenas y que puede estar delimitado en un plano menos extenso mientras que el territorio puede abarcar una extensión ilimitada que incluso puede romper fronteras estatales.

Asimismo, se ha enfocado en determinar que el derecho al territorio está íntimamente relacionado con otros derechos, como es el caso del derecho a la autodeterminación y el derecho a la alimentación. Recientemente se ha ocupado de resolver violaciones que cometen las autoridades estatales al no realizar la consulta previa, libre e informada con los pueblos indígenas para aceptar que se desarrolle un proyecto dentro de su territorio.

XIV. Con lo anteriormente enunciado puedo decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido un tribunal que ha utilizado los convenios internacionales en materia de derechos humanos para realizar una interpretación evolutiva de los derechos individuales a favor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El resultado de tal tarea ha sido que algunos de los Estados que aceptaron la aplicabilidad de su jurisdicción tengan que buscar las medidas de reparación, así como capacitar a los operadores jurídicos en temas indígenas y de esta forma buscar que la norma nacional sea acorde a la norma internacional.

XV. Como lo he dicho, ha sido loable la labor de la Corte Interamericana, aunque desde mi personal punto de vista, también debe señalarse que ha sido omisa en velar por el verdadero cumplimiento de sus fallos. Sus sentencias no han tenido la fuerza jurídica para obligar a los Estados a delimitar y titular los territorios de los pueblos indígenas. Lo anterior, ha generado que dichas extensiones de tierra no puedan ser restituidos a sus verdaderos dueños, como lo fue en los casos *Yakye Axa* y *Sawoyamaya vs Paraguay*, que no cuentan con los títulos de propiedad. Otra de las falencias que encontramos a la Corte Interamericana es que no es un tribunal permanente que pueda resolver de manera pronta las violaciones a los pueblos indígenas, como ocurre con prácticamente todos los tribunales internacionales y que mucho de ello se debe a la falta de recursos económicos.

Lo cierto es que el sistema interamericano ha trabajado arduamente por los pueblos indígenas, como dije en líneas anteriores, aún falta mucho por mejorar, pero sin duda alguna puedo decir que ha marcado un cambio de paradigma en cuanto se refiere a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a nivel regional.

XVI. Una vez que explique la situación que guarda la protección de los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional, así como a nivel regional, mi trabajo de investigación tuvo como objetivo estudiar tres países de Latinoamérica como son: Colombia, Ecuador y México, para analizar el reconocimiento que hacen de la jurisdicción indígena en cada uno de los ordenamientos jurídicos.

Como central ejemplo de este reconocimiento, utilizamos a la República de Colombia que cuenta con una Constitución que consagra una serie de derechos para los pueblos indígenas. Entre estos derechos se encuentra el de la jurisdicción, por ello, es uno de los referentes en la materia, ya que la Corte Constitucional Colombiana ha dictado diversas sentencias que marcan los ejes rectores de la jurisdicción indígena.

Por su parte, la República de Ecuador cuenta con la Constitución más progresista de los tres países en cuanto se refiere al reconocimiento de los derechos de los indígenas. A pesar de esto, el papel que ha tenido la Corte Constitucional de dicho país ha sido irrelevante, pues ha tratado de resolver los problemas que existen entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria sin dar resultados efectivos en la solución de los conflictos que se le han presentado.

Todo ello, sirvió de contexto para ver el avance que guarda la República Mexicana, al ser un Estado con una Constitución que cuenta con pocos artículos referentes a la protección de los derechos de los indígenas y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha hecho una labor poco notable, ya que no ha emitido resoluciones ni interpretaciones que sirvan como base para el desarrollo de los derechos indígenas.

El rasgo compartido entre las tres naciones es ninguna cuenta con una ley de coordinación entre ambas jurisdicciones.

XVII. Colombia, Ecuador y México al no contar con una ley de coordinación entre ambas jurisdicciones, ha generado que sus Cortes Constitucionales dicten algunos parámetros para que sus operadores jurídicos puedan determinar en que momento opera una u otra. Sin embargo, aún persisten vacíos legales e incluso antinomias que se presentan al momento de querer armonizar ambos sistemas.

XVIII. Empezaré por explicar la situación jurídica que guardaba el Estado colombiano a nivel internacional. Para el año de 1969, Colombia ya había ratificado el Convenio 107 de la OIT, con ello aceptaba la jurisdicción de la OIT para tratar los asuntos referentes al tratado, mismo que fue considerado por la comunidad internacional como un tratado que no beneficiaba a los indígenas y que lo único que buscó fue la asimilación de los mismos. En ese orden de ideas, se organizaron diversas reuniones que reunieron a destacados especialistas en la materia para formular el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, instrumento jurídico internacional que rápidamente sería ratificado por el Estado colombiano en 1989 e incluso para que el articulado del mismo fuera vinculante al Estado. Esta ratificación propició que las autoridades nacionales promulgaran la Ley 21 de 1991.

Tras las reformas nacionales que se hicieron para que el Convenio 169 de la OIT tuviera vigencia en el Estado colombiano, el grupo indígena Embera-Katio pondría en duda la eficacia y vigencia de esas normas, ya que el pueblo indígena sentía vulnerado su derecho al territorio y a decidir si aceptaba el desarrollo de un megaproyecto. El problema fue de gran magnitud que en el año 1994 la OIT tuvo que formar una comisión de expertos para que se analizará si la legislación nacional era acorde sobre los derechos que contemplaba la norma internacional, tema que vendría a potencializarse en 1999 tras una reclamación que hicieran diversas organizaciones de trabajadores afirmando que la vulneración a los derechos de los pueblos indígenas era latente.

- XIX. La Corte Constitucional de Colombia jugo un papel fundamental para determinar los alcances de la norma internacional y nacional respecto a la vulneración que sufrió el pueblo Embera-Katio. La corte señaló que su derecho a la autonomía y libre determinación se había violado, sancionando al Estado Colombiano por no haber garantizado el derecho a la consulta, libre, previa e informada, así como otros derechos contemplados en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley 21 de 1991. A partir de este hecho la Corte Constitucional desarrolló un papel fundamental para dictar los parámetros de los derechos de los pueblos indígenas de Colombia a la luz de la norma internacional.
- XX. Por lo que respecta al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, analizamos que no hay registro de pocos casos de violación a los derechos de los pueblos indígenas de Colombia por parte de las autoridades del mismo Estado y que se hayan ventilado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Distinto fue el caso que conoció la Comisión Interamericana de Derechos humanos respecto del Caso de la comunidad indígena Páez, del departamento de Cauca, donde el Estado fue acusado de usar al ejército para asesinar a los líderes indígenas de la comunidad y donde se acusó al Estado de violar el derecho a la vida, a la integridad personal, la libertad personal, las garantías judiciales y la protección judicial contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando como resultado que el Estado reconociera su responsabilidad en dicho masacre.

De igual manera está el caso de los pueblos indígenas Guahibos vs Colombia que conoció la Comisión Interamericana por actos de persecución que recibieron por parte de elementos de seguridad del Estado, obligándolos a dejar sus territorios. No puedo dejar de mencionar los casos de los indígenas que se tienen que enfrentar al Ejército de Liberación Nacional y a las Fuerzas Armadas de Colombia por proteger su territorio y que son despojados de los mismos por medio de la fuerza e incluso muchas de las veces perdiendo la vida, casos que también fueron ventilados en la

Comisión Interamericana para que se dicten las medidas cautelares a favor de dichos pueblos.

- XXI. Después de dichos sucesos el Estado colombiano se encargó de ser parte integrante del Sistema Interamericano y aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana, tan es así que incorporó las Opiniones Consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al sistema jurídico nacional, todo ello conforma lo que se conoce como bloque de convencionalidad.
- XXII. Para entender de mejor manera la protección nacional de la que gozan los pueblos indígenas de Colombia es necesario remitirnos a la Constitución Política de Colombia de 1991, derechos que se dieron gracias a los movimientos del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), y a la Organización Nacional Indígena Colombiana (ONIC). Estos movimientos lograron que derechos como el de la vida, el de subsistencia, el derecho a la identidad étnica, cultural, social y económica sean principios reconocidos dentro de la norma nacional, y que está relacionado con el carácter plurinacional que va a tener la nación colombiana. De igual forma se reconoce el derecho de propiedad, así como la forma de usar sus recursos y extensiones de tierras que están contempladas en el mismo ordenamiento bajo la figura del resguardo.
- XXIII. El resguardo es una institución que data de la época colonial, pero que ha servido para garantizar el desarrollo y supervivencia de las comunidades indígenas. Este derecho consiste en que el Estado otorga tierras delimitadas y titularizadas a favor de los indígenas con la finalidad de que puedan ejercer libremente su autonomía y de esa manera se pueda preservar su existencia.

Lo desafortunado sobre dicha figura jurídica es que en ocasiones las autoridades colombianas pretenden que diversos grupos indígenas cohabiten en un mismo territorio, sin tomar en cuenta sus particularidades como la alimentación, usos y

costumbres y las disputas que se pueden generar en el resguardo al no dar certeza de la propiedad de la tierra para cada uno de los grupos que habitan en el mismo.

XXIV. El artículo 246 de la Constitución colombiana va a ser de gran importancia para la investigación ya que hace referencia a la jurisdicción indígena. Esta será aplicable dentro del territorio colombiano para las personas indígenas, siempre y cuando sus normas no sean contrarias a la misma Constitución y normas de la república. La Constitución considera a la jurisdicción indígena como una jurisdicción especial que convive con la jurisdicción nacional, para ello deberá crearse la ley correspondiente de coordinación de ambas jurisdicciones. Cabe destacar que hasta el momento de finalizar este trabajo de investigación no se cuenta con la promulgación de dicha ley.

La relevancia del estudio del caso colombiano respecto al tema de la jurisdicción indígena deriva de la transición que tuvo como Estado. Dejó de ser un estado nacionalista, con la idea de que sus normas internas gozan de supremacía constitucional para pasar a un Estado pluralista donde integra los tratados internacionales en materia de derechos humanos, además de que empieza a nombrarse como un Estado pluralista con la idea de integrar los sistemas normativos de los indígenas en las normas que son aplicables dentro del territorio colombiano.

Es un tema que se discutió por mucho tiempo en el Constituyente de 1991, se presentaron múltiples debates al interior del constituyente, sin embargo, se puede decir que fueron dos vertientes las que destacaron. Por una parte, se encontraban los que pedían que se reconociera a la jurisdicción indígena siempre y cuando no vulnerara los derechos humanos, mientras que la otra postura aceptaba a la jurisdicción indígena siempre que se aplicará únicamente en el territorio indígena.

Al final de las discusiones se reconoció la jurisdicción indígena en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia e incluso en la Ley 270 de 1996 que se encargó de definir las funciones de la administración. Aunque se encuentra

enunciada la jurisdicción indígena dentro de las normas de la nación, no se tiene en claro, las funciones de la misma y la manera en que operara con la otra jurisdicción.

Tras ese vacío legal que existe en las normas nacionales y los constantes conflictos de aplicabilidad de la jurisdicción indígena sobre la ordinaria y viceversa, la Corte Constitucional ha tenido que resolver los ámbitos de aplicación de cada una de ellas. De igual manera ha tenido que determinar que se entiende por jurisdicción indígena, haciendo énfasis en que esta jurisdicción sólo es aplicable para que las autoridades de los pueblos indígenas puedan ejercer sus usos y costumbres a los integrantes de los pueblos indígenas.

- XXV. Al no contar con una ley de coordinación entre ambas jurisdicciones, la Corte Constitucional ha dictado diversas sentencias en las que ha resuelto sobre los conflictos que se han presentado entre ambas jurisdicciones y ha generado principios que establecen los parámetros bajo los cuales deben trabajar los operadores jurídicos.

En ese sentido, se ha hecho énfasis en que los miembros de los pueblos indígenas deben ser juzgados por sus autoridades y conforme a sus usos y costumbres para que con ello se garantice su autodeterminación. El hecho de que un pueblo indígena tenga la manera de demostrar que los usos y costumbres que se aplican a sus integrantes data de épocas milenarias permitirá que su competencia se amplíe sobre la jurisdicción ordinaria.

- XXVI. Respetar los usos y costumbres de los pueblos indígenas por parte del Estado está condicionado a que no se vulneren la Constitución y las leyes de la nación. Esto quiere decir que el principio de diversidad étnica y cultural, sirve para entender que determinados actos de un indígena dentro del mundo occidental pueden ser normados de determinada manera e incluso ser un delito, mientras que ese mismo acto o hecho jurídico dentro del sistema jurídico indígena puede ser una buena conducta.

Aquí es donde se encuentra una gran problemática, por ejemplo, un fuetazo es usado por una autoridad indígena para corregir el actuar de un individuo ante la sociedad, pero en el mundo occidental están prohibidos los golpes y azotes. Es en situaciones como esta en donde se contradicen ambos derechos, por lo que la Corte Constitucional ha tenido que pronunciarse bajo el principio de diversidad étnica y cultural.

XXVII. Lo anterior va acompañado con el principio de maximización de la autonomía, lo que quiere decir que si las autoridades indígenas dictan una sanción conforme a sus usos y costumbres. Dicha sanción debe ser respetada, ya que genera solidez en las decisiones que dictan las autoridades dentro de las comunidades o pueblos indígenas y a su vez viene a impedir que las autoridades occidentales lo consideren como cosa juzgada. El efecto de lo anterior es que no se puedan revocar o modificar las sentencias de las autoridades indígenas, de tal manera que no se juzgue a un mismo individuo por los mismos hechos, o que las autoridades occidentales desechen todo lo actuado por las autoridades indígenas y quieran conocer del caso.

XXVIII. De igual manera, una forma de impedir que las dos jurisdicciones afirmen tener la competencia se ha hecho notable el principio territorial. Es decir, las autoridades indígenas sólo tienen jurisdicción sobre los delitos o actos jurídicos que sucedan en su territorio, de esa manera si un indígena comete un delito dentro del territorio indígena, la competencia es clara y conocerá la jurisdicción indígena y no podrá conocer la jurisdicción ordinaria, salvo que se violen las garantías procesales o los derechos humanos del individuo.

De lo anteriormente explicado se puede llegar a pensar que es sumamente complicado determinar que jurisdicción opera ante un caso en concreto tras los varios supuestos que se pueden plantear a los principios anteriormente esbozados. Lo cierto es que el tema no es nada fácil, pero las sentencias que ha dictado la Corte Constitucional de Colombia han permitido encontrar un poco de luz ante este problema, incluso del estudio presentado hemos visto que las sentencias que ha

dictado este tribunal han permitido que se tomen como referencia por las Cortes de Ecuador y de México para dictar los parámetros jurídicos esenciales para determinar la coordinación entre ambas jurisdicciones.

XXIX. Por su parte la República de Ecuador es uno de los países que al igual que la mayoría de los Estados latinoamericanos tienen la costumbre de firmar la mayoría de los Convenios o tratados que se discutan en los organismos internacionales. En ese caso, Ecuador había ratificado el Convenio 107 de la OIT con la idea de integrar a las comunidades indígenas y poblaciones tribales dentro del Estado. Al darse el cambio de paradigma que se quería gestar respecto a este grupo de personas en el derecho internacional, veremos que Ecuador denunciara dicho Convenio y ratificara el Convenio 169 de la OIT en el año de 1998, lo que daría un verdadero cambio en el derecho constitucional del país. En ese mismo año y tras la firma de dicho instrumento internacional, la Asamblea Nacional Constituyente promulgaría una nueva Constitución el 11 de agosto de 1998.

XXX. Desde mi punto de vista, sin la agrupación que realizaron los indígenas en Ecuador no se hubieran concretado los derechos de los pueblos indígenas. Gracias a la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE y de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana, COMFENIAE se lograron imponer las voluntades de estos grupos en las Asambleas Nacionales Constituyentes con la idea de que sus derechos quedaran plasmados en la Constitución.

XXXI. Por lo que respecta al actuar del Estado Ecuatoriano en el Sistema Interamericano quisiera señalar que el actuar de las autoridades ecuatorianas es deficiente en cuanto se refiere a garantizar los derechos de las nacionalidades indígenas. La CONAIE y otras agrupaciones han tenido que acudir a la Comisión Interamericana para denunciar que las normas que estaba promulgando el Estado ecuatoriano eran violatorias del derecho de propiedad colectiva, mismo que vulnera la decisión de respetar su ecosistema y los recursos naturales del suelo y subsuelo, temas que

desencadenaría en un caso que se resolvería ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es conocido como Kichwa de Sarayaku vs Ecuador.

XXXII. El caso que sometió el pueblo Kichwa de Sarayaku fue conocido como un caso emblemático para la comunidad interamericana porque fue uno de los primeros casos que conoció el tribunal regional y se atrevió a hacer una interpretación evolutiva de los ordenamientos vigentes con la idea de proteger el derecho a la propiedad colectiva. Tal derecho engloba el derecho a la consulta libre, previa e informada y que estaba reconocido en la norma interna del Estado y en el mismo Convenio 169 de la OIT, con ello, el Estado no podía argumentar el desconocimiento de esa norma en perjuicio del pueblo Kichwa.

El caso Kichwa de Sarayaku vs Ecuador permitió que otros pueblos indígenas a nivel regional buscaran acudir a la Corte Interamericana para que se proteja su derecho a la propiedad colectiva y el derecho que tienen a ser consultados sobre proyectos que se deseen realizar en su territorio, derecho que más tarde implicara que el Estado consulte al pueblo con la finalidad de promulgar cualquier acto o proyecto legislativo en donde estén involucrados. De igual manera, el tribunal regional deja muy en claro que la obligación de consultar a los indígenas es obligación del Estado y no se puede ceder a los particulares.

XXXIII. Tras el desarrollo de los movimientos indígenas veremos que su importancia radicó en la estructura del máximo ordenamiento del país de 1998 ya que marco un antes y después en favor de los pueblos indígenas. Fue la Constitución que consagró una serie de derechos para los pueblos y comunidades indígenas, tales como el derecho al idioma, a la identidad, el derecho a la medicina alternativa, el derecho a la conservación de la biodiversidad, la protección al medio ambiente, el reconocimiento del trueque como forma de transacción comercial, así como prohibir que la violencia y el racismo sea causa de discriminación.

XXXIV. En cuanto al tema del reconocimiento de la jurisdicción indígena en el Estado ecuatoriano deviene desde el año de 1996 cuando se hizo una reforma al artículo 1 constitucional que definió al Estado como multiétnico y pluricultural. Ello dio la pauta para que se reconociera la jurisdicción interna indígena, sin embargo, la población indígena no estuvo conforme con ser pluriculturales y ello llevaría a que el Estado se reconociera como plurinacional en la Constitución de 2008. Es tan así que los mismos son catalogados en 14 nacionalidades con la idea de respetar su propia cultura, historia y lengua, además de que se pueden desarrollar de manera libre en todo el Estado.

XXXV. En beneficio de los derechos de las nacionalidades indígenas encontramos que el artículo 171 de la Constitución hace referencia al reconocimiento de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para que ejerzan funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y dentro de su ámbito territorial.

En ese orden de ideas, hay que entender que la sanción en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción indígena tiene dos acepciones distintas. Para la primera, está regulada por diversas normas que tienen como fin la acción punitiva del Estado, la prevención y reparación del daño causado por el hecho ilícito, así como la rehabilitación del sujeto penal para poder reintegrarlo al entorno social; mientras que para la segunda, es el mecanismo para garantizar los valores y principios de los miembros de la comunidad indígena, no obstante que en ambas se busca conservar la armonía entre los seres humanos.

Cabe destacar que una vez que las autoridades indígenas juzgan un delito, el asunto se convierte en cosa juzgada, por lo que debe observarse y respetarse en los dos ámbitos, tanto en la justicia ordinaria como con el resto de las jurisdicciones indígenas.

XXXVI. El tema de respetar la jurisdicción indígena en el Estado ecuatoriano es complicado, pero al igual que el Estado colombiano cuenta con algunos principios que tratan de

dar los parámetros necesarios para delimitar las competencias de cada una de ellas. La Corte Constitucional de Ecuador al momento de resolver sobre la competencia que tenga cada una de las jurisdicciones debe prestar atención al principio de plurinacionalidad que atiende a los diversos usos y costumbres que pueden tener las 14 nacionalidades indígenas. De igual forma debe velar por el principio de interculturalidad que atiende al respeto de la diversidad de derechos, de costumbres y de prácticas ancestrales de los pueblos indígenas, es decir, si un juez o servidor judicial tiene que juzgar a un indígena dentro de su jurisdicción debe observar su ámbito cultural.

En el entendido que el operador jurídico tenga conocimiento de que el delito que se somete a su jurisdicción no encuadra dentro del sistema normativo occidental debería ceder su competencia ante la jurisdicción indígena, lo mismo opera cuando alguna autoridad indígena ya esté conociendo del asunto, lo cual permite que la justicia intercultural se aplique por la persona idónea y no se cometa una violación al indígena. Lo que indica que el principio de mayor autonomía indígena se aplique por parte de la Corte Constitucional Ecuatoriana, al igual que en la Corte Constitucional Colombiana.

- XXXVII. Realmente el principio novedoso que va a incorporar la Corte Constitucional a este problema para determinar la jurisdicción que debe conocer de determinadas situaciones que merecen ser sancionadas, o resueltas por las autoridades judiciales, es el principio *in dubio* pro justicia indígena. Este principio tiene como finalidad establecer a los jueces occidentales por medio del Código Orgánico de la Función Judicial de que en caso de duda de que si no saben si son competentes para conocer de algún caso sometido ante ellos por un indígena pueden ceder su competencia a la jurisdicción indígena en aras de proteger los derechos humanos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas.
- XXXVIII. Todos esos principios esenciales se han ido plasmando en las diversas sentencias que ha emitido la Corte Constitucional Ecuatoriana, lo cual les ha permitido a los

indígenas encontrar un amplio margen de reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas y de mecanismos jurídicos con la finalidad de proteger y respetar sus prerrogativas en el plano individual y colectivo. Lo anterior les ha permitido validar a sus autoridades ancestrales en su ámbito de aplicación territorial, así como que sus decisiones sean respetadas por el resto de las autoridades estatales. Es importante decir que sólo la Corte Constitucional puede revisar las sentencias de las autoridades indígenas cuando contravengan los derechos humanos que están contemplados en la Constitución y en los Tratados Internacionales.

Hay que mencionar que los asuntos que ha tenido que resolver la Corte Constitucional de Ecuador son pocos, no como en el caso colombiano que gran parte de los principios de la jurisdicción indígena los dicta la Corte Constitucional Colombiana. Esto se deba quizás a que la población indígena tiene desconfianza hacia la Corte Constitucional de Ecuador desde su resolución en el caso con el número de expediente 113-14 SEP-CC.

En esta resolución la Corte tenía que hacer valer los límites de la jurisdicción ordinaria sobre la indígena, sin embargo, tribunal tardó cuatro años para resolver dicho litigio, además de que no entendía el derecho indígena de las nacionalidades, lo que repercutió en la sentencia al delimitar a las autoridades indígenas en cuanto a su jurisdicción, además de que se entiende que la jurisdicción indígena aún sigue sujeta a la jurisdicción ordinaria, pese que la Constitución establece lo contrario. Es decir, lo que busca es la coordinación entre ambas jurisdicciones.

Para mostrar una postura neutral sobre el tema, mencionare que el desconocimiento entre derechos no es sólo por parte de la justicia ordinaria, lo mismo sucede con la justicia indígena que desconoce las normas de la ordinaria. Para subsanar dicho desconocimiento será bueno buscar talleres que capaciten a los encargados de impartir justicia en ambas jurisdicciones.

XXXIX. Uno de los desafíos a los que se enfrenta la jurisdicción indígena de Ecuador y cualquier Estado que contemple el pluralismo dentro de su Constitución es

encontrar mecanismos de coordinación entre ambas jurisdicciones, de tal forma que se logren establecer los límites de las competencias. En ese sentido, es importante hacer referencia al el de La Cocha ya que definió puntos importantes. Primero, cuando las autoridades indígenas administren justicia su jurisdicción no tiene competencia cuando se afecte la vida de las personas, por ende corresponde a la justicia ordinaria conocer, investigar y sancionar a los autores de dichos delitos, sin importar los elementos territoriales o de etnicidad; segundo, se obligó a los medios de comunicación a publicar la resolución de la sentencia 113/2014 en el idioma de las partes, así como su publicación en un diario de circulación nacional; tercero, las decisiones de la Corte Constitucional de Ecuador son vinculantes en la materia hasta que no se formule la Ley de Coordinación.

No hay que olvidar que el derecho a administrar justicia es una prerrogativa que pertenece a las colectividades, por lo tanto, no puede estar sujeta a que se expida una ley de coordinación. No se le puede quitar ese derecho a los pueblos indígenas hasta que el poder legislativo expida la ley de la materia.

- XL. El caso mexicano es interesante para el estudio de los derechos de los pueblos indígenas, si nos situamos en el contexto histórico veremos que los movimientos indígenas en el país, siempre fueron ocultados o invisibilizados en la historia. Esto se puede entender en cierta medida desde el punto de vista de los creadores del moderno Estado mexicano, quienes decidieron borrar de distintos documentos jurídicos las concesiones que se les habían otorgado por parte de la Corona española. Cuando se promulgó el primer cuerpo constitucional en 1824 no se hacía referencia alguna a los derechos de los pueblos indígenas, situación que se encubrirá con la idea ilustrada de que la igualdad ante la ley es a lo que debe aspirar una nación.

Es así como la cuestión indígena quedó relegada en los textos modernos constitucionales por mas de un siglo, incluso ha quedado demostrado que mientras el Estado mexicano ratificaba el Convenio 107 de la OIT, el país se encontraba

implementando una política indigenista que buscaba convertir a todos los indígenas en mestizos. Fue hasta la ratificación del Convenio 169 de la OIT y el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional que se realizaron algunas reformas a la Constitución de 1917, que es el texto fundamental que actualmente rige la vida política y jurídica del país.

- XLI. En el año de 1989 surgió un movimiento indígena armado en el territorio del país, mientras que a la par, las autoridades mexicanas se encontraban ratificando el Convenio 169 de la OIT. Lo anterior, generó un grave problema a nivel internacional ya que como quedo demostrado el Estado mexicano se encontraba vulnerando los derechos de las poblaciones indígenas, mientras que pretendía obligarse a cumplir con un tratado que en principio se diseño para proteger a los pueblos indígenas. Esto generó que en el año de 1994 se presentara una denuncia por parte de los grupos indígenas ante la OIT con la finalidad de que la Comisión para la Evaluación de la Aplicación de Convenios y Resoluciones diera seguimiento a la aplicabilidad del mismo convenio.
- XLII. Un punto clave que demostraron los pueblos indígenas al acudir ante la OIT es que los mecanismos que tienen previstos para resolver los conflictos que se susciten del Convenio resultan ineficaces y sólo se trata de un procedimiento de revisión normativa y visitas al territorio, sin causar un verdadero reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido podemos decir que la Oficina Internacional del Trabajo quedo a deber una respuesta efectiva a los pueblos indígenas de México, que se tradujera en una verdadera protección y progresión de sus derechos, pues desde la década de los noventas continúa existiendo una deuda con los pueblos indígenas.
- XLIII. Los logros que se obtuvieron los pueblos indígenas del Estado mexicano con la firma del Convenio 169 de la OIT fue que se dieron reformas al artículo 4 constitucional que constituía a la nación mexicana como pluricultural sustentada en los pueblos indígenas e incluso se hace mención a que la ley se encargaría de

proteger sus usos y costumbres, así como garantizar el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado sin hacer un reconocimiento a la jurisdicción del indígena que ya estaba contemplada en el tratado en comento.

A partir de ese momento los pueblos indígenas entenderán la importancia y peso importante que tienen para demandar que sus derechos se pongan en la Constitución del país, lo cual permitirá que el Estado empiece una serie de reformas que desembocaran en la del año del 2001 que dotaron a los pueblos indígenas en la libre determinación y autonomía territorial y legal para las comunidades y pueblos indígenas, lo triste del tema es que la Constitución mexicana consagra todos los derechos de este grupo de personas en 3 simples artículos a diferencia del texto constitucional de Colombia y Ecuador que tiene un amplio catálogo de derechos.

XLIV. En cuanto a la situación que guarda el Estado mexicano en el Sistema Interamericano puedo decir que mi país tiene un grave problema ya que tiene un amplio número de denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a las garantías judiciales, en donde evidentemente están involucrados indígenas. De igual manera puedo decir que no hay un caso de gran relevancia que se haya ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que verse sobre violaciones a los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas.

XLV. Por lo que se refiere a la jurisdicción indígena en México tenemos un grave problema, si bien es una obligación de la Federación regular el tema de la jurisdicción indígena como un tema de importancia nacional, no ha sido manejado de tal manera debido a la ausencia de la promulgación de la ley de coordinación entre ambas jurisdicciones. A causa de ello el Congreso de la Unión cedió dicha facultad a las 31 entidades estatales y a la Ciudad de México con la finalidad de que cada demarcación regule el tema de la jurisdicción indígena como mejor le parezca, causando un desorden normativo en cada territorio del país.

XLVI. En ese orden de ideas la mayoría de las leyes que se promulgaron como normas específicas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas regulan el tema de la jurisdicción indígena de manera diversa, lo cual podría ser un punto de parámetro idóneo si consideramos que los usos, costumbres y tradiciones de cada comunidad son distintos pese a que habitan en un mismo territorio. Lo malo que contempla el artículo 2 constitucional sobre el tema de jurisdicción indígena es que en el momento que una autoridad indígena emita una sentencia sobre el caso, esta debe ser convalidada por un el juez comunal, juez de paz o de menor cuantía, dependiendo en que Estado de la república se plantee la situación. Con ello vemos que desde la norma constitucional se mantiene como un subsistema a la jurisdicción indígena.

Lo anterior se puede entender bajo el principio de garantía procesal que deben seguir los jueces indígenas en cada uno de los casos que se sometan a su jurisdicción. Algo realmente importante es que la legislación sólo contempla que los jueces indígenas tienen competencia para juzgar litigios en materia civil, familiar, mercantil y en algunos casos pueden conocer de los asuntos en materia penal, pero en la mayoría de las legislaciones su actuación se centra en faltas de carácter no penal, dejando esta competencia para la jurisdicción ordinaria. Lo mismo sucede para los casos de Colombia y Ecuador, lo cual considero que es incorrecto ya que la jurisdicción indígena debe conocer de todos los asuntos de la comunidad.

Es importante entender que se debe entender que las autoridades ancestrales deben conocer de todos los supuestos jurídicos e incluso de los delitos de carácter penal ya que existen delitos que son considerado como ellos por los indígenas. Un ejemplo es la muerte por brujería o chamanismo, dentro de la norma penal no existe dicho delito y por lo tanto no pueden ser sancionado, pero dentro del sistema jurídico indígena si existe el delito por lo que amerita una sanción.

Lo anterior confirma la importancia para que la jurisdicción indígena tenga la capacidad de conocer de todos los hechos jurídicos que sucedan en su comunidad,

situación que tiene el mismo supuesto en los tres países estudiados en esta investigación.

- XLVII. Otra de las problemáticas a las que se enfrenta la jurisdicción indígena, es cuando uno de sus miembros llega a solicitar la protección de la justicia en los tribunales federales que tienen que conocer sobre las violaciones que cometan las autoridades indígenas contra las garantías constitucionales y los derechos humanos que hay en la norma suprema de México y aquellos tratados que en materia de derechos humanos sean vulnerados. Frecuentemente los usos y costumbres no son compatibles con el sistema jurídico ordinario, lo cierto, es que el sistema jurídico occidental sigue dictando lo que es acorde o no para las comunidades indígenas.
- XLVIII. En ese entendido vemos que los tribunales occidentales tanto en México, como en Colombia y Ecuador buscan injerir en los usos y costumbres de los pueblos indígenas, bajo el argumento de que si sus sistemas indígenas son contrarios a los derechos humanos serán corregidos. Si el indígena acude a la justicia ordinaria y el juez ordinario decide que la persona indígena sufrió una vulneración a sus derechos humanos, el tribunal occidental tendrá que pedirle a la autoridad indígena que corrija dicha situación, ya sea reponiendo el procedimiento o dictando otra sentencia acorde al sistema occidental. A esto se refiere la convalidación que manejan los tres países estudiados cuando dicen sus textos constitucionales que respetaran los usos y costumbres indígenas siempre y cuando no se vulneren los derechos fundamentales.
- XLIX. En cuanto a las decisiones que ha dictado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a los derechos de los pueblos indígenas, afirmó que ha dictado varias sentencias sobre tema de autoadscripción y las garantías con las que deben contar los pueblos y comunidades indígenas. De conformidad con el artículo 2º constitucional, recalando que el principio de autoadscripción no es un elemento que pueda determinar el juzgador, sino que basta con la simple enunciación de la persona que se autoadscribe indígena para que se le otorguen todas las garantías

constitucionales y convencionales, elemento que los juzgadores han dejado de lado y ha ocasionado que en múltiples ocasiones se les ordene reponer el procedimiento.

- L. En materia de jurisdicción indígena debo decir que el máximo tribunal mexicano ha llegado tarde a la discusión sobre fijar los límites de la jurisdicción indígena. Me refiero a que apenas en el año 2019 se resolvió los parámetros que deben seguir los juzgadores para delimitar en que momento opera la jurisdicción indígena o la occidental, con este factor los juzgadores tendrán que evaluar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena o con un miembro de ella, o bien, con la sociedad mayoritaria o un miembro de ésta.

Para ello, existen tres opciones básicas al respecto: 1) si el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen únicamente a una comunidad indígena; 2) si el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria o del Estado Central; 3) si independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria.

En este sentido, la forma de determinar que jurisdicción conoce del asunto es la siguiente: de acuerdo con el primer supuesto, debe conocer la jurisdicción indígena; en el segundo supuesto conoce la competencia ordinaria y en el tercer supuesto se actualizará conforme a los demás elementos que se den al caso concreto; el cuarto elemento atiende a cuestiones institucionales; en esta etapa el juzgador tendrá que evaluar si el miembro o pueblo indígena que está involucrado, cuenta con autoridades, con usos y costumbres, así como con procedimientos tradicionales que puedan dotar de certeza jurídica a las personas involucradas, lo cual viene acompañado de otros requisitos. Primero 1) la existencia de las normas de derecho indígena, en aras de preservar el debido proceso en beneficio de la persona acusada de cometer una conducta; 2) la conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales de cada comunidad en materia de resolución de conflictos y, 3) la satisfacción de los derechos de las víctimas

- LI. Sin mencionar que pese a que los juzgadores cuentan con un protocolo para juzgar con perspectiva de etnicidad hacen caso omiso a las recomendaciones que se hacen en el mismo, a su vez me he percatado que muchas de las sentencias que resuelve el poder judicial de la federación no se allegan de todos los elementos necesarios, como los peritajes antropológicos para conocer si los usos y costumbres que mencionan los indígenas se encuentran vigentes en la comunidad y si ese hecho o conducta que cometieron fuera de la comunidad recibe alguna sanción, así como saber que autoridades sancionan esa conducta. Lo anterior permitiría conocer el procedimiento dentro de las comunidades indígenas y poder tomar una decisión respecto de la *litis* planteada, así como saber si la competencia pertenece a la jurisdicción ordinaria o indígena.
- LII. Podemos decir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha limitado a manifestar su postura sobre la interpretación del artículo 2º constitucional. Es decir, se mantiene firme en determinar que los derechos de las personas y pueblos indígenas tienen derecho a acceder a la justicia ordinaria, pero en ningún momento se ha pronunciado sobre los casos en que es procedente la declinación de la competencia a favor de la jurisdicción indígena.

Lo anterior nos lleva a pensar que el sistema nacional no le presta mayor importancia a la compatibilidad de legislaciones ni de coordinación entre ambas jurisdiccionales. Esto ha ocasionado que los sistemas de autonomía, autogobierno, así como sus sistemas normativos no sean tomados en cuenta por los juzgadores del sistema nacional, quedando como mero discurso jurídico sin obtener verdaderos efectos en la aplicación de los mismos en las sentencias que tienen que ver con los pueblos y comunidades indígenas.

Por lo tanto, el poder judicial tiene que realizar una mejor capacitación de sus juzgadores para que puedan juzgar con perspectiva de etnicidad, así como para que se puedan ir delimitando los principios y parámetros para ceder la competencia a favor de la jurisdicción indígena. Esto se podría resolver con la realización de un

peritaje antropológico que permita conocer al juzgador las autoridades, el sistema normativo de la comunidad y la manera en que se podría resolver el asunto dentro de la comunidad.

- LIII. Por lo que corresponde al poder legislativo del Estado mexicano, hace falta que se desarrolle la Ley de Coordinación Indígena con la jurisdicción ordinaria, ya que sin ella los problemas de competencia seguirán presente. Desafortunadamente el poder judicial mexicano a diferencia del colombiano no ha logrado dictar los parámetros jurídicos para determinar en que momento opera una jurisdicción y no la otra.

BIBLIOGRAFÍA

A) MONOGRAFÍAS Y CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

AGUILAR, GONZALO, *et. al.*, *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*, México, Porrúa, 2011.

ALVARADO PLANAS, J., “Fundamentación historicista de los Derechos Humanos”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos/Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, pp. 61-92.

ANAYA, J., *Indigenous People in international law*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

_____, “Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., y OLIVA MARTÍNEZ, J. D. (eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 89-100.

ANAYA MUÑOZ, A., *Autonomía indígena, gobernabilidad y legitimidad en México. La legalización de usos y costumbres electorales en Oaxaca*, México, UIA/Plaza y Valdés, 2006.

ANDRADE CEDEÑO, L. B., *Dificultades de la selección y revisión de sentencias en la Corte Constitucional del Ecuador. Maestría Profesional en Derecho Constitucional*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2020.

ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. (coord.), *Derechos Humanos, pueblos indígenas y globalización*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.

ANLÉN LÓPEZ, J., “La justicia agraria y el constitucionalismo mexicano”, en CONTRERAS BUSTAMANTE, R., y ISLAS LÓPEZ, J. (coords.), *La constitución de 1917. Reflexiones sobre la vigencia de principios, derechos e instituciones para la gobernabilidad democrática del siglo XXI*, T. II, México, UNAM, 2017.

ARAGÓN ANDRADE, O., *Indigenismo, movimientos y derechos indígenas en México. La reforma al artículo 4º constitucional de 1992*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2007.

- ARANGO OCHOA, R., y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, E., *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio: población, cultura y territorio: bases del fortalecimiento social y económico de los pueblos indígenas*, Bogotá, DNP, 2004.
- ARBELÁEZ DE TOBÓN, L., *La jurisdicción indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el Sistema Judicial Nacional*, Guatemala, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, [en línea], <<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Jurisdicci%C3%B3n+Espacial+Ind%C3%ADgena+-+Consejo+Superior+de+la+Judicatura.pdf/c83d6e15-80ac-4398-a834-a3c69a6013ff>>.
- ARIAS MARÍN, A. (coord.), *Multiculturalismo y derechos indígenas. El caso mexicano*, México, CNDH, 2015.
- AVILA SANTAMARÍA, R., *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*, Ecuador, Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012.
- AYALA MORA, E., *Ecuador. Patria de todos*, Ecuador, 5ª ed., Vol. 19, Corporación Editora Nacional, 2017.
- BAEZA ESPEJEL, J. G., et. al., *Pueblos indígenas: debates y perspectivas*, México, UNAM, 2011.
- BAILÓN CORRES, J. y SORROZA POLO, C., *Mujeres, vecindados, migrantes y pobladores de las agencias municipales: Derechos Humanos y participación política en los municipios de usos y costumbres de Oaxaca*, México, CNDH, 2018.
- _____, *Derechos Humanos de los pueblos indígenas: el debate colonial y las leyes de indias de 1681*, México, CNDH, 2014.
- BALTAZAR YUCAILLA, R.C., “La justicia indígena en Ecuador”, en ESPINOZA GALLEGOS-ANDA, C. y CAICEDO TAPIA, D. (eds.), *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 451-472.
- BAUTISTA JIMÉNEZ, J.M., “La protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y sus recursos: más allá del caso *Awas Tingni*”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y FORNER DELAYGUA, J.J. (coords.), *La cohesión Social en Iberoamérica. III Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 211-222.

- BECERRA RAMÍREZ, M. (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007.
- BECERRA TOLEDO, P. S. (coord.), *OXCHUC, debates jurídicos en torno al reconocimiento de sistemas normativos indígenas en Chiapas*, México, UNACH-Tirant lo Blanch, 2020.
- BECERRIL, J., *El derecho del patrimonio histórico-artístico en México*, México, Porrúa, 2003.
- BECK, S. Y MIJESKI, K., "Indígena Self-Identity in Ecuador and the Rejection of mestizaje", *Latin American Research Review*, Vol. 1, 2000, núm. 35, pp. 119-137.
- BECKER M., Y TUTILLO S., *Historia agraria y social de Cayambe*, Quito, FLACSO sede Ecuador-ediciones Abya Ayala, 2009.
- BELLO, Á., *Etnicidad y ciudadano en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.
- _____, MEZA-LOPEHANDÍA, M. y CAIFAL, R., *Pueblos indígenas, globalización y territorio, documento de trabajo*, Temuco, Observatorio Ciudadano, 2006.
- BENAVIDES LLERENA, G. M., *Aportes sobre los esfuerzos para alcanzar los fines de la declaración de los derechos de los pueblos indígenas para el 2019*, Ecuador, Defensoría del Pueblo Ecuador, 2019.
- BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto/ Instituto de Derechos Humanos, 2006.
- BOAVENTURA DE SOUSA, S., *La reinención del Estado y el Estado Plurinacional*, Bolivia, Cochabamba/CENDA/CEJIS/CEDIB, 2007.
- BOBBIO, N., *Diccionario de política*, Vol. I, México, Siglo XXI, 1985.
- BONFIL, G., *México Profundo. Una Civilización negada*, México, Grijalbo, 1989.
- BOTERO MARINO, C., *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-CSJ, 2006.
- BUSTILLO MARÍN, R., *Derechos político-electorales de los indígenas, Líneas jurisprudenciales*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2017.
- BUSTOS GISBERT, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.
- CABRERA ACEVEDO, L., *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y otros derechos humanos*, México, Porrúa, 2000.

- CABRERA, G., FRANKY, C. y MAHECHA, D., *Los nukak: nómadas de la Amazonía colombiana*, Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Fundación Gaia Amazonas, 1999.
- CADET, J., *Protección regional de los derechos humanos comparado*, México, Porrúa, 2006.
- CAMPOS DOMÍNGUEZ, F. G., et al. (coords.), *Entre libertad y castigo: dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en Homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*, México, UNAM, 2011.
- CARMONA TINOCO, J.U., “Protección de las Minorías”, en FIX-ZAMUDIO, H. y VALADÉS, D. (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, UNAM-IIIJ, 2011, pp. 69-88.
- CARREÓN PEREA, H., *Derechos indígenas y acceso a la justicia penal*, México, INACIPE, 2019.
- CARRIÓN, P., *Análisis de la consulta previa, libre, e informada en el Ecuador*, Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- CASTRILLÓN ORREGO, J. D., *Globalización y derechos indígenas: el caso Colombia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006.
- CHACÓN HERNÁNDEZ, D., *Democracia, nación y autonomía étnica: el derecho fundamental de los pueblos indígenas*, México, Porrúa, 2009.
- CHÁÑAME, R., *Diccionario Jurídico Moderno*, Lima, Editorial San Marcos, 1995.
- CHÁVEZ VALLEJO, G., *El control constitucional de la justicia indígena en el Estado plurinacional, especificidades, particularidades, dilemas y desafíos*, México, Porrúa, 2018.
- CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. I, Madrid, Editorial Reus, 2000.
- CHRISTENSEN, B. y MARTÍ, S., *Brujerías y papel precolombino*, México, 4ª ed., Ediciones Euroamericanas, 1988.
- CHUJI, M. (coord.), *Derechos Colectivos de los Pueblos y Nacionalidades. Evaluación de una década*, Quito, IWGIA, 2010.
- CLAVERO, B., “Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas”, en BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto/ Instituto de Derechos Humanos, 2006, pp. 313-338.
- _____, “Prólogo”, en ANAYA J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.

- CLETUS GREGOR, B., *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, La Paz, 2ª ed., Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2003.
- COLOMA ANDRADE, P. S., *Justicia Indígena, su aplicación, sanciones y su relación con la Legislación Ecuatoriana. Proyecto de Investigación Previa a la Obtención del Título de Abogada*, Quito, Universidad Central del Ecuador, 2017.
- CONDOR, E., *Los derechos individuales y colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, Bolivia, Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- CONTRERAS BUSTAMANTE, R., e ISLAS LÓPEZ, J. (coords.), *La constitución de 1917. Reflexiones sobre la vigencia de principios, derechos e instituciones para la gobernabilidad democrática del siglo XXI*, T. II, México, UNAM, 2017.
- CORREAS, O. (coord.), *Derecho indígena mexicano I*, Vol. I, México, 2ª ed., Ediciones Coyoacán, 2012.
- _____ (coord.), *Derecho indígena mexicano II*, México, Ediciones Coyoacán, 2009.
- _____ (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros Horizontes*, México, 2ª ed., Ediciones Coyoacán, 2017.
- COSSÍO DÍAZ, J. R., *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.
- CRUZ ARENAS, R., *Territorios indígenas, el eterno conflicto en defensa comunitaria del territorio en la zona central de México: enfoques teóricos y análisis*, México, Juan Pablo Editor, 2010.
- CRUZ PARCERO, J. A., “Los derechos colectivos indígenas y su desarrollo en la Constitución de 1917”, en ESQUIVEL, G., IBARRA PALAFOX, F. A., y SALAZAR UGARTE, P. (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, T. 3, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2017, pp. 121-146 [en línea] <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4320-cien-ensayos-para-el-centenario-constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos-tomo-3-estudios-economicos-y-sociales>>.
- DÍAZ-POLANCO, H., *Autonomía regional, la autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI Editores, 1992.

- _____, *Elogio de la diversidad: Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, México, Siglo XXI, 2010.
- _____, *La cuestión étnico nacional*, México, 2ª ed., Fontamara, 1998.
- _____, *La rebelión zapatista y la autonomía*, México, 4ª reimp., Siglo XXI Editores, 2011.
- _____, *Los problemas del derecho indígena en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- DONCEL DE LA COLINA, J. A., *Identidad étnica y medios de comunicación, estudiantes indígenas ante la globalización*, México, Gedisa, 2020.
- DURAND ALCÁNTARA, C. H., *Derecho indígena*, México, Porrúa, 2005.
- ENGEL, M., y TAMANAHA B., *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2014.
- ESQUINCA MUÑOZ, C., *El juicio de amparo indirecto en materia de trabajo*, México, 3ª ed., Porrúa, 1998.
- ETXEBERRIA, X., MUÑOZ, M. R., VÁZQUEZ, J. P. (coords), *Pueblos indígenas, Estados y derechos humanos. Los nasa en Colombia y los tseltales en México*, México, Universidad Iberoamericana, 2012.
- EVANS, C. Y MORCLETTE C., “Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en MAMO, D. (ed.), *El Mundo Indígena 2020*, Copenhague, 34ª ed., IWGIA, 2020, pp. 784-793 [en línea], <<https://www.iwgia.org/es/ip-i-mi/3781-mi-2020-relatora-especial-de-la-onu-sobre-los-dechos-de-los-pueblos-indiginas.html>>.
- FALS BORDA, O., *Una sociología sentipensante para América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI-CLACSO, 2005.
- FAVRE, H., *Cambio y continuidad entre los mayas de México*, México, CONACULTA/INI, 1992.
- FERNÁNDEZ CARLIER, E. et al., *Justicia y pueblos indígenas, jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos*, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2017.
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, E., et. al. (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- _____, “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (Hacia un juicio de amparo colectivo)”, en FERRER MAC-GREGOR, E., et. al., *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM-IIIJ, 2000, pp. 221-234.

- FIX-FIERRO, HÉCTOR, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, T. IV, México, Porrúa, 2016.
- FIX-ZAMUDIO, H., *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, CNDH, 1997.
- FRIEDE, J., *El indio en lucha por la tierra*, Bogotá, 3ª ed., Punta de Lanza, 1976.
- GAMBOA DE TREJO, A. (coord.), *Grupos vulnerables: los indígenas*, México, Universidad Veracruzana, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Porrúa, 2018.
- GARCÍA SERRANO, F., *Formas indígenas de administrar justicia. Estudio de casos de nacionalidad quichua ecuatoriana*, Quito, FLACSO Ecuador, 2002.
- GASPARELLO, G., *Justicias y pueblos indígenas en Chiapas. De la violencia a la autonomía*, México, UAM Unidad Iztapalapa/Tirant Humanidades, 2018.
- GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, Bilbao, Universidad del Deusto/Instituto de Derechos Humanos, 2002.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., *Derechos humanos en el Sistema Interamericano*, México, Porrúa, 2000.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, J. M., “La implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho internacional una tarea pendiente”, en GARCÍA RAMÍREZ, S., y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, M. (coords), *Recepción internacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pp. 127-150.
- GÓMEZ, M., “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, en BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos – Universidad de Deusto/ Instituto de Derechos Humanos, 2006, pp. 133-152.
- GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. (coord.), *Manual de Derecho Indígena*, México, Fondo de Cultura Económica, 2019.
- _____, “Comentario al Artículo 2º”, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, T. VI, México, 9ª ed., Miguel Ángel Porrúa, 2016, pp. 300-328.

- _____, “La Constitución y los derechos de los pueblos indígenas”, en ESQUIVEL, G., IBARRA PALAFOX, F. A., y SALAZAR UGARTE, P. (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, T. 3, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2017, pp. 147-166.
- _____, *Derechos de los indígenas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/INEHRM, 2018.
- _____, *El Estado, los Indígenas y el derecho*, México, UNAM-IIIJ, 2010 [en línea], <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2880-el-estado-los-indigenas-y-el-derecho>>.
- GONZÁLEZ LEZAMA, R. A., “La génesis de la legislación social en el Segundo Imperio mexicano”, en MORENO-BONETT, M., y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. M. (coords.), *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-1820*, T. II, México, Facultad de Filosofía y Letras-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 383-390 [en línea], <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/32577>>.
- GONZÁLEZ, M. DEL R. y CASTAÑEDA, M., *La evolución histórica de los derechos humanos en México*, México, 2ª reimp., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- GRUESO CASTELBLANCO, L., *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta, previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, Bogotá, Naciones Unidas, s.a.
- GUAMÁN ANILEMA, M. N., *Caso La Cocha II: Análisis de la problemática de la Justicia Indígena y Justicia Ordinaria en el contexto ecuatoriano, a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional en la que establece límites a la justicia ancestral*, Tesis para obtener el título de Abogada, Quito, Universidad San Francisco Quito, 2015.
- GUERRA, F. X., *Derechos de los indígenas*, México, IJ-INEHRM, 2018.
- _____, *México: del antiguo régimen a la revolución*, T. II, México, 6ª reimp., Fondo de Cultura Económica, 2003.
- HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HALE, C., “¿En contra del reconocimiento? Gobierno plural y análisis social ante la diferencia cultural” en LEYVA, X., BURGUETE, A. y SPEED, S. (coords.), *Gobernar en la diversidad*.

Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor, México, CIESAS/FLACSO Guatemala, 2008, pp. 515-524.

HELLER, C., “México y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en SÁNCHEZ CORDERO, J. (ed.), *Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del Derecho Internacional Público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2017, pp. 141-162 [en línea], <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4731-centenario-de-la-constitucion-de-1917-reflexiones-del-derecho-internacional-publico>>.

HERRERA, J., *Peritaje antropológico. Sus realidades e imaginarios como prueba judicial federal*, México, Manejo Cultural A.C., 2010.

IBARRA, H., *Tierra, mercado y capital comercial en la Sierra Central. El caso de Tungurahua (1850-1930)*, Tesis de maestría en Ciencias Sociales con mención en Historia Andina, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede Quito, 1987.

ILAQUICHE LICTA, R., *La administración de justicia indígena en Tigua, su evolución y práctica actual*, Ecuador, FLACSO Ecuador, 2004.

_____, *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en Ecuador, estudio de caso*, Quito, Ecuarunari, 2006.

IRIGOYEN FAJARDO, R. Z., “Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos – Universidad de Deusto/ Instituto de Derechos Humanos, 2006, pp. 537-568.

_____, “Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista”, en AHRENS, H. (comp.), *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro en Homenaje a Horst Schönbohm*, Uruguay, Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 171-194.

ITURRALDE, D. y STAVENHAGEN, R. (comps.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

KALA, J. C., y ALBARRÁN GARCÍA, I., *En torno a la jurisdicción indígena en México*, México, Tirant lo Blanch, 2020.

KINTTO, L., *La rebelión de los indios*, Quito, Abya-Yala, 2000.

KORSBAEK, L., *Introducción al sistema de cargos: antología*, pról. de Andrés Medina, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1996.

- KROTZ, E. (ed.), *Antropología jurídica, perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, México, Anthropos-UAM, 2002.
- KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 2017.
- LACHENAL, C., “Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural, reflexión a partir del caso de México”, en HUBER, R., *et al.* (coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales, reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 187-200.
- LE BOT, Y., *El sueño zapatista*, Barcelona, Anagrama, 1997 [en línea], <https://enriquedussel.com/txt/Textos_200_Obras/PyF_revolucionarios_marxistas/Sueno_zapatista-Yvon_Le_Bot.pdf>.
- LEARY, V.A., *La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- LENADER, B. (coord.), *Pueblos indígenas de hoy, aprender del pasado para entender el presente*, México, Universidad Veracruzana, 2013.
- LLASAG FERNÁNDEZ, R., “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en ANDRADE, S., *et. al.*, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, pp. 179-209.
- _____, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora”, en ÁVILA SANTAMARÍA, R., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, (Justicia y Derechos Humanos 1), pp. 311-355.
- _____, *Los derechos colectivos y el movimiento indígena*, Quito, CONAIE-CEPS, 2000.
- LÓPEZ AUSTIN, A., “Sobre el concepto de cosmovisión”, en GÁMEZ ESPINOZA, A. y LÓPEZ AUSTIN, A. (coords.), *Cosmovisión mesoamericana. Reflexiones, polémicas y etnografías*, México, Fideicomiso Historia de las Américas – El Colegio de México – Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 17-51.
- LÓPEZ BÁRCENAS, F., *Autonomía y derechos indígenas en México*, México, Ediciones Coyoacán, 2005.

- _____, “El derecho indígena y la teoría del derecho”, en *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José de Costa Rica, IIDH, 1999, pp. 259-284.
- LÓPEZ GARCÍA, A. D., *El derecho a la consulta previa a pueblos y comunidades indígenas, a la luz de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y las decisiones de los tribunales constitucionales*, México, Porrúa, 2017.
- LÓPEZ, A., *El derecho a la consulta previa a pueblos y comunidades indígenas*, México, Porrúa, 2017.
- MAHECHA, D., y FRANKY, C. (eds.), *Los nükak, el último pueblo de tradición nómada contactado oficialmente en Colombia*, Colombia, IWGIA, 2011.
- MARÉS, C. F., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y los derechos de los pueblos indígenas”, en SÁNCHEZ, E., (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*, Bogotá, Disloque Editores, 1996, pp. 13-22.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., y OLIVA MARTÍNEZ, J.D. (eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, Dykinson, 2004.
- MÁRQUEZ RÁBAGO, S., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y con jurisprudencia*, México, Porrúa, 2017.
- MARTÍ I PUIG, S. (ed.), *Pueblos indígenas y política en América Latina. El reconocimiento a sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Barcelona, Cidob, 2007.
- MARTÍNEZ COBOS, J. R., *Estudio de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Vol. V. Conclusiones, propuestas y recomendaciones, Nueva York, Naciones Unidas, 1987.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J. C., *et. al.*, *Derechos indígenas, entre la norma y la praxis. Reflexiones a partir del Seminario Internacional: cerrando la brecha de implementación*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2018.
- MARTÍNEZ VALLE, L., *Economía Política de las comunidades indígenas*, 2ª ed., Quito, Abya Yala, 2002.
- MARZAL, M., *Historia de la antropología indigenista: México y Perú*, Barcelona, Antrophos, 1993.
- MENDOZA ANTÚNEZ, C., “El derecho de autodeterminación: un derecho humano de los pueblos indígenas”, en MACÍAS VÁZQUEZ, M. C. y ANGLÉS HERNÁNDEZ, M. (coords.), *Estudios en homenaje a don José Emilio Rolando Ordóñez*, México, Instituto de

Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2013, pp. 1-24 [en línea], <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3536/4.pdf>>.

MOGUEL, J. (coord.), *Derechos indígenas y armonización legislativa. Declaratoria, relatorías e intervenciones del Foro Nacional Indígena el 26 de febrero de 2014*, México, CESOP/Cámara de Diputados LXII Legislatura/ Juan Pablos Editor, 2014.

MONTERO OLMEDO, J. A. (coord.), *La filosofía de los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

MORA-DONATTO, C., *Visión Panorámica de las Constituciones de México. Anhelos y Desafíos de una Nación*, México, Gobierno del Estado de Guerrero, 2017.

MORALES MARTÍNEZ, G. N., y RAMÍREZ CRUZ, I., *La tutela de los derechos político-electorales de los pueblos y comunidades indígenas en América Latina*, México, IEEQ, 2020.

MORELLI, F., “Las declaraciones de independencia en Ecuador: de una Audiencia a múltiples Estados”, en ÁVILA RUEDA, A. *et. al.* (coords.), *Las declaraciones de independencia. Los textos fundamentales de las independencias americanas*, México, Instituto de Investigaciones Históricas/El Colegio de México, 2013, pp. 135-154.

MOUFFE, C., *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999.

NAVARRETE LINARES, F., *Los pueblos indígenas de México*, México, CDI, 2010.

NIETO NAVIA, R., *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, Bogotá, Themis/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

OCAMPO MUÑOZ, M. G., “Pluralismo jurídico en movimiento: la interlegalidad de Oxchuc y su efecto en los pueblos originarios de Chiapas”, en BECERRA TOLEDO, P. S. (coord.), *Oxchuc, debates jurídicos en torno al reconocimiento de sistemas normativos indígenas en Chiapas*, México, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 207-217.

OLGUÍN MARTÍNEZ, G., *Los mecanismos de control y aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT y los Pueblos Indígenas*, San José Costa Rica, OIT, 2002.

OLSEN, V., *Marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Human Rights Everywhere, 2008.

- ORDÓÑEZ CIFUENTES, J. E. R. (coord.), *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de Derecho. XII Jornadas Lascasianas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004.
- PANI, E., “La visión imperial. 1862-1867”, en FERRER MUÑOZ, M. (coord.), *La imagen del México decimonónico de los visitantes extranjeros: ¿un Estado-Nación o un mosaico plurinacional?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 287-304 [en línea], <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/252-la-imagen-del-mexico-decimononico-de-los-visitantes-extranjeros-un-estado-nacion-o-o-un-mosaico-plurinacional>>.
- PANTOJA MORÁN, D., *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- PÉREZ DE LOS REYES, M. A., *Los derechos fundamentales de los indígenas*, México, Porrúa, 2013.
- PIETRO SANCHÍS, L. (coord.), *Tolerancia y minorías: Problemas jurídicos y políticos*, España, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 1996.
- POMBOZA MANOBANDA, C. B., *La legislación ecuatoriana sobre la justicia indígena y la justicia ordinaria en el caso “la cocha” en la corte provincial de cotopaxi en el año 2010*. Trabajo de Graduación previo a la obtención del Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Ecuador, Universidad Técnica de Ambato, 2013.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, L., *Aspectos nacionales e internacionales sobre derecho indígena*, México, UNAM-IIIJ, 1991.
- PORTES, A., “La ciudad bajo el libre mercado: la urbanización en América Latina durante los años del experimento neoliberal”, en PORTES, A., ROBERTS, B. R., GRIMSON, A. (coords.), *Ciudades latinoamericanas: un análisis comparativo en el umbral del nuevo siglo*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2005, pp. 19-74.
- PRIETO, M., *Liberalismo y temor: imaginando los sujetos indígenas en el Ecuador postcolonial 1895-1950*, Ecuador, FLACSO-Producciones digitales Abya Ayala, 2004.

- QUINTANA OSUNA, K., y FLORES R., *Los derechos de los pueblos indígenas una visión desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- _____, y GÓNGORA MAAS, J., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en los Sistemas de Derechos Humanos*, México, UNAM/CNDH, 2019.
- RABASA, E., *Derecho Constitucional Indígena*, México, Porrúa, 2002.
- RAMÍREZ GALLEGOS, F., “El movimiento indígena y la reconstrucción de la izquierda en Ecuador: el caso del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País (PK)”, en OSPINA, P., *et. al.*, *Los Andes en movimiento. Identidad y poder en el nuevo paisaje político*, Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 65-94.
- REGALADO, J. A., “De las sanciones y las penas en la justicia indígena” en MARTÍNEZ, J. C., *et. al.* (coords.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual de operadores de justicia*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 98-110.
- REMOLINA, J. P., *Descentralización y entidades territoriales*, Bogotá, IEMP ediciones, 2011.
- RESTREPO PIEDRAHITA, C., *Constituciones Políticas nacionales de Colombia*, Bogotá, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, 1995.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *et al.*, *La Consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Dejusticia, 2012.
- RODRÍGUEZ PALAU, E., *Colombia: Una Nación Multicultural*, Bogotá, Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, 2006.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO ROYO, L., “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”, en BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos – Universidad de Deusto/ Instituto de Derechos Humanos, 2006, pp. 153-203.
- _____, “El caso Awas Tingni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., y OLIVA MARTÍNEZ, J.D. (coords.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 221-248.

- RODRÍGUEZ, M. T., “Repertorios culturales, formas de sustento y dinámicas familiares entre jóvenes nahuas migrantes”, en CRUZ SALAZAR, T. y GONZÁLEZ, Y. (eds.), *Juventudes en frontera: tránsitos, procesos y emergencias juveniles en México, Chile, Nicaragua y Argentina*, Quito, Ediciones Abya-Yala – El Colegio de la Frontera Sur, 2014, pp. 57-84.
- RON ERRÁEZ, X., *El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador. Programa Internacional de Maestría en Derecho*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- _____, *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2015.
- RUÍZ, O. y DONOSO, G., “Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones” en *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*, Bolivia, Christian Steiner y Patricia Uribe editores, 2014, citado en CONTRERAS BUSTAMANTE, R., *et. al.*, *Cartilla actual e histórica de los pueblos indígenas*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- SÁMANO R. M., Á., *et. al.*, “Los Acuerdos de San Andrés Larráinzar en el contexto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Americanos”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, J.E.R. (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasianas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2001, pp. 103-120 [en línea], <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1-analisis-interdisciplinario-de-la-declaracion-americana-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-x-jornadas-lascasianas>>.
- SÁNCHEZ BOTERO, E., “Los derechos indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador”, en GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, pp. 69-88 [en línea], <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9252>>.
- _____, *El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2010.
- _____, *Jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General del Estado, 2000.
- _____, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998.

- _____, y JARAMILLO, I. C., “La jurisdicción especial indígena”, en ESPINOZA GALLEGOS-ANDA, C., y CAICEDO TAPIA, D. (eds.), *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 125-176.
- SÁNCHEZ VALENCIA, R., “El sistema acusatorio penal y la protección de los derechos fundamentales” en *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional de México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación/Consejo de la Judicatura Federal, 2011, pp. 159-184.
- SÁNCHEZ, B. E., "El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena", en DE SOUSA SANTOS, B., y GARCÍA VILLEGAS, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, T. II, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001, pp. 5-142.
- _____, “La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional”, en *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del hombre Editores, 1996.
- SÁNCHEZ, E., et. al., *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque editores, 1993.
- _____, et. al., *Protección del conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una propuesta de Reglamentación. El caso de Colombia*, Colombia, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, 2001.
- SANTAMARÍA ROSEMBERT, A., *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- SARTORI, G., *La sociedad multiétnica*, Madrid, Taurus, 2002.
- SAYEG HELÚ, J., *El nacimiento de la República Federal Mexicana*, México, Secretaría de Educación Pública, 1974.
- SEARA VÁZQUEZ, M., *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 2009.
- SERRANO MIGALLÓN, F., *Historia mínima de las constituciones en México*, México, El Colegio de México, 2013.
- SIERRA, M. T., HERNÁNDEZ, R. A., y SIEDER, R. (eds.), *Justicias indígenas y Estado: Violencias contemporáneas*, México, FLACSO México/CIESAS, 2017.
- SILVA ADAYA, J. C., *Control de la constitucionalidad y elecciones indígenas*, México, Porrúa, 2004.

- SILVA MEZA, J. (coord.), *Derechos humanos parte general*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- SIMBAÑA, F., “La plurinacionalidad en la nueva Constitución”, en MUÑOZ, F. (comp.), *La Asamblea Constituyente: contexto, funcionamiento y estrategia de actores*, Quito, 2007-2008.
- STAVENHAGEN, R., “Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos”, en BERRAONDO, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto/ Instituto de Derechos Humanos, 2006, pp. 21-28.
- _____, *Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México, 1998.
- _____, *Derechos humanos y ciudadanía multicultural: los pueblos indígenas, sociedades multiculturales y democracia en América Latina*, México, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)/ Proyectos Demos, 1999.
- _____, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, México, UNESCO, 2008.
- TARRE MOSSER, P., *La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2016.
- TAYLOR, C., *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, México, FCE, 2001.
- THOMAS, M. S., *Legal pluralism and interlegality in Ecuador. The La Cocha murder case*, Amsterdam, CEDLA, 2009.
- TIBIAN, L., Y ILAQUICHE, R., *Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Editorial Fundación Hanns Seidel, 2009.
- TODOROV, T., *La conquista de América: el problema del otro*, trad. de Flora Botton Burlá, México, 5ª ed., Siglo XXI, 1994.
- TORRES CISNEROS, G., *Mixes. Pueblos indígenas del México contemporáneo*, México, CDI, 2004.
- TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid, 3ª ed., Tecnos, 1982.
- VALDIVIA DOUNCE, T. (coord.), *Usos y costumbres de la población indígena de México. Fuentes para el estudio de la normatividad (antología)*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1994.
- _____, (comp.), *Avances de investigación en antropología jurídica*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1994.

- VEGA GÓMEZ, J., y CORSO SOSA, E. (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, México*, IJ-UNAM, 2002.
- VILLORO, L., “Multiculturalismo y Derecho”, en KROTZ, E. (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos, 2002, pp. 213-234.
- _____, *El proceso ideológico de la Revolución de Independencia*, México, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1999.
- WALSH, C., “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico” en SALGADO, J. (comp.), *Justicia indígena aportes para un debate*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Abya-Yala, 2002, pp. 23-36.
- _____, *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas decoloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-AbyaYala, 2008.
- WARMAN, A., *Los indios mexicanos en el umbral del milenio*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- WELLER, G., “El difícil papel del intérprete legal en lenguas indígenas”, en ALDUENDA PEÑA, A. C., *Interpretes de lenguas indígenas: situación actual en México*, México, UNAM-CELE, 2014.
- WOLKMER, A., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, trad. de David Sánchez Rubio, Sevilla, MAD, 2006.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, 10ª ed., Trotta, 2011.
- ZEBADÚA, E. y MORENO COLLADO, J., *Cien años de derecho agrario en México*, T. 1, México, Porrúa, 2017.
- ZOLLA, C., y ZOLLA, E., *Los pueblos indígenas de México: 100 preguntas*, México, 2ª ed., UNAM, 2004.

B) ARTÍCULOS EN REVISTAS

- AGUIRRE-IZURIETA, I. R., y VÁZQUEZ-CALLE, J. L., “La aplicación de la justicia indígena frente al Non bis in idem”, *Revista Polo del Conocimiento*, Vol. 5, 2020, núm. 7, pp. 921-946.
- APONTE, J. M., y LÓPEZ, L. M., “El pluralismo jurídico indígena en ley de víctimas y restitución de tierras: retorno y consulta previa”. *Repositorio Institucional - Pontificia Universidad*

Javeriana, 2013, núm. 10, pp. 157-176 [en línea], <<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44743?locale-attribute=fr>>.

ARAGÓN ANDRADE, O., “Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 40, 2007, núm. 118, pp. 9-26.

BOTERO MARINO, C., “Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Precedente. Anuario Jurídico*, 2003, pp. 45-85.

CABRA, D., “Megaproyecto petrolero y violación de derechos humanos en el caso de la comunidad Uwa”, *Jurídicas*, Vol. 11, 2014, núm. 1, pp. 206-223 [en línea], <[http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas11\(1\)_11.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas11(1)_11.pdf)>.

CABRERA, G., “Los nukak: de canibales a indígenas. Itinerario de una excursión”, *Aquí y ahora*, 2002, núm. 2, pp. 112-118 [en línea], <https://www.researchgate.net/publication/297265445_Los_Nukak_de_canibales_a_indigenas_Itinerario_de_una_exclusion>.

CALLE IDROVO, R. F., “La interculturalidad como parámetro interpretativo en los delitos culturalmente motivados en Ecuador y Perú”, *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, t. 122, 2018, pp. 153-163.

CHÁVARRY, W., “Ética y moral en el Perú incaico”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 2014, número 12, pp. 303-318.

CHUJI, M., “El Estado plurinacional”, *Revista Yachaykuna*, 2008, núm. 8, pp. 7-14.

CINELLI, C., “La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra”, *Derechos Humanos y Democracia*, 2006, núm. 3, pp. 58-80.

CLAVERO, B., “La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: el reto de la interpretación de una norma contradictoria”, *Pensamiento Constitucional*, 2016, núm. 21, pp. 11-26.

CORREA, F., Y ACERO. S., “Proyecciones del Instituto Indigenista de Colombia en la División de Asuntos Indígenas”, *Baukara: Bitácoras de Antropología e Historia de la Antropología en América Latina*, 2013, núm. 3, pp. 83-98.

CORREAS, O., “Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1994, núm. 81, pp. 613-624.

- CRUZ RODRÍGUEZ, E., “Redefiniendo la nación: Luchas indígenas y Estado plurinacional en Ecuador (1990-2008)”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2012, núm. Especial: América Latina, pp. 469-491.
- DE LA CADENA, M., “Las mujeres son más indias: Etnicidad y género en una comunidad del Cuzco”, *Revista Isis Internacional. Ediciones de las Mujeres*, 1992, núm. 16, pp. 25-46.
- DEL TORO HUERTA, M., “La clave intercultural en el reconocimiento del pluralismo electoral en México”, *Revista Mexicana del Derecho Electoral*, 2017, núm. 12, pp. 83-113 [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-electoral/article/view/13546/14925>>.
- DÍAZ OCAMPO, E. y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., “El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador”, *Revista Temas Socio-Jurídicos*, Vol. 35, 2016, núm. 70, pp. 95-117.
- DURAND ALCÁNTARA, C. H., “Crítica al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referente a los pueblos indígenas”, *Revista Alegatos*, 1993, núm. 25, pp. 27-32 [en línea], <<http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/1135/1112>>.
- ESPINOSA GONZÁLEZ, A., “La declaración de Bogotá y el medio ambiente”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 13, 2019, pp. 1-36 [en línea], <https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_13_EE/REIB_13_EE_Art.%20II.3.pdf>.
- ESTUPIÑAN-SILVA, R., “Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 2014, pp. 581-616.
- FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “Cultura. Derecho internacional de los derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas”, *Tiempo de Paz*, 2018, núm. 131, pp. 23-30.
- GARCÍA OLANO, H. A., “El fuero indígena en Colombia”, *Revista Hechos y Derecho*, 2021, núm. 62, s.p. [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15715/16639>>.
- GÓMEZ PERALTA, H., “Los usos y costumbres en las comunidades indígenas de los Altos de Chiapas como una estructura conservadora”, *Estudios Políticos*, 2005, núm. 5, pp. 121-144 [en línea], <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rep/article/view/37657>>.

- GONZÁLEZ GALVÁN, J. A., “El municipio indígena en México”, *Hechos y Derechos*, 2019, núm. 50, s.p. [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13481/14888>>.
- _____, “Una filosofía del derecho indígena. Desde una historia presente de las mentalidades jurídicas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1997, núm. 89, pp. 523-538.
- GONZÁLEZ VILLARUEL, A., “Reseña de María Teresa Sierra (ed.), Haciendo Justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas”, *Dimensión Antropológica*, Vol. 38, 2006, pp. 195-200 [en línea], <<https://www.dimensionantropologica.inah.gob.mx/?p=426>>.
- GOURITIN, A. y AGUILAR, A., “La adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un análisis crítico desde el punto de vista de los derechos ambientales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVII, 2017, pp. 291-327.
- GUERRERO CEDEÑO, S., “La acción extraordinaria de Protección Procede respecto de Decisiones Judiciales”, *Revista Jurídica*, T, IV, 2017, pp. 31-32 [en línea], <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/31a52_LaAc_Ex_Prot_proc_resp.pdf>.
- GUEVARA, V., Y GUZMÁN, D., “Protección constitucional de los pueblos indígenas en Colombia”, *Revista Cultural Unilibre*, 2012, núm. 2, pp. 36-39 [en línea], <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4011/3376>.
- GUTIÉRREZ, R., “Los nukak y el derecho a su territorio”, *Hechos de callejón*, 2009, núm. 45.
- HERRÁN PINZÓN, O., “Las minorías étnicas colombianas en la Constitución Política del 91”, *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 2009, núm. 24, pp. 189-212.
- HOEKEMA, A. J., “Hacia el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El otro derecho*, 2002, núm. 26-27, pp. 63-98.
- HOYOS RAMOS, Y. V., “Autoadscripción e identidad en el texto constitucional mexicano, crítica a la tendencia jurídica monocultural actual”, *DÍKÉ. Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 2017, núm. 21, pp. 125-143 [en línea], <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/dike/article/download/37013/33920>>.
- IRIGOYEN FAJARDO, R. Z., “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, *El otro derecho*, 2004, núm. 30, pp. 171-196.

- KRAINER, A., “Educación superior intercultural y el diálogo de saberes: el caso Amawtay Wasi en Ecuador”, *Revista de Educación Superior*, Vol. 46, 2017, núm. 184, pp. 55-76.
- LARREA MALDONADO, A. M., “El movimiento indígena ecuatoriano: participación y resistencia”, *Revista OSAL, Observatorio Social de América Latina*, 2004, núm. 13, pp. 67-76.
- LLASAG FERNÁNDEZ, R., “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario”, en WOISCHNIK, J., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 749-760.
- MACHUCA LOZANO, S., “Análisis de la sentencia n.º 001-10-SIN-CC. Casos n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN sobre acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores” *Revista de Derecho*, 2014, núm. 21, pp. 129-146.
- MACKAY, F., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, Lima, APRODEH/FIDH, 1999, p. 182, citado en NIETO ESPINOZA, J. L., “El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Instrumento para comprender el fenómeno indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Foro. Revista de Derecho*, 2017, núm. 2, pp. 105-125.
- MEJÍA FLORES, S., “Mujer indígena y violencia”, *Revista México Indígena*, 2003, núm. 5.
- NÚÑEZ MÉNDEZ, E., “Minorías lingüísticas y derecho a las lenguas”, *Journal Revista Internacional d’Humanitats*, 2013, núm. 27, pp. 7-28 [en línea], <https://pdxscholar.library.pdx.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=wll_fac>.
- OLIMPO NAVA, S., “Derecho Indígena Electoral Comparado”, *Revista Quid Iuris*, Vol. 7, 2008, pp. 35-50 [en línea], <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/7/pr/pr0.pdf>>.
- OVALLE FAVELA, J., “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, núm. 107, s.p. [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3760/4652>>.
- PONS RAFOLS, X., “Vigencia y alcance de la Declaración Universal de Derechos Humanos a los cincuenta años de su adopción”, *Jueces para la democracia*, 1998, núm. 33, pp. 79-86 [en línea], <<http://www.juecesdemocracia.es/1998/11/06/revista-jueces-la-democracia-informacion-debate-numero-33-noviembre-1998/>>.

- QUEVEDO, J. M., “Las Constituciones de Ecuador”, *Revista Iuris Dictio*, Vol. 1, 2000, núm. 1, pp. 67-69.
- RAMÍREZ RESTREPO, R. Á., “Fuero Indígena”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2013, núm. 57, pp. 193-215.
- RAMÍREZ ZAVALA, A. L., *Indio/indígena, 1750-1850, Historia Mexicana*, Vol. 60, 2011, núm.3, pp. 1643-1681 [en línea], <<https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/327>>.
- RIVERA JUARISTI, F. J., y RINALDI K., “Pueblo Saramaka vs. Surinam: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos”, *Revista CEJIL. Debates sobre los derechos humanos y el sistema interamericano*, 2008, núm. 4, pp. 80-96.
- ROJAS TUDELA, F. L., “Dimensiones de lo Plurinacional”, *Direito & Práxis Revista*, Vol. 08, 2017, núm. 4, pp. 2989-3003.
- SAN MIGUEL MORA, J., “La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos: Realidad social y filosofía política, con un enfoque diferenciado”, *Revista IIDH*, Vol. 65, 2017, pp. 281-327 [en línea], <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37860.pdf>>.
- SÁNCHEZ PADILLA, P., “El principio de interculturalidad en la legislación ecuatoriana”, *Revista Ciencias Sociales*, 2016, núm. 38, pp. 197-206.
- SARANGO MACAS, L. F., “La universidad intercultural Amawtay Wasi del Ecuador, un proyecto atrapado en la colonialidad del poder”, *Revista Universitaria del Caribe*, Vol. 23, 2019, núm. 2, pp. 31-43.
- SEMPER, F., “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, T. II, 2006, pp. 761-778 [en línea], <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30326/27373>>.
- SIERRA, M. T., “Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2005, núm. 41, pp. 287-314 [en línea], <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/8239/7384>>.

- SILVEIRA, A., “El juzgador frente al caso concreto”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. VII, 1957, núm. 28, pp. 145-154 [en línea], <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25594>>.
- SOLANO PAUCAY, V. M., “El argumento interpretativo intercultural en la Corte Constitucional”, *Revista Killkana Sociales*, Vol. 2, 2018, núm. 4, pp. 33-38.
- STAVENHAGEN, R., “Etnografía activista: mi experiencia en la ONU”, *Nueva antropol*, Vol. 28, 2015, núm. 83, pp. 13-24 [en línea], <<http://www.scielo.org.mx/pdf/na/v28n83/v28n83a2.pdf>>.
- _____, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Revista IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1991, núm. 15, pp.123-143.
- UGSHA CUYO, R., “Caso la Cocha 2 y la garantía de debido proceso”, *Revista Aportes Andinos*, 2013, núm. 32, pp. 58-73.
- VALENCIA G., M. del P., “Justicia embera, identidad y cambio cultural. Reflexiones en torno a una experiencia”, *El otro derecho*, 2002, núm. 26-27, pp. 113-134.
- VAN COTT, D. L., “Los movimientos indígenas y sus logros: la representación y el reconocimiento jurídico en los Andes”, *América Latina Hoy*, Vol. 36, 2004, pp. 141-159.
- VASCO, L. G., “Nacionalidad-etnocidio”, *Revista Política*, Vol.1, 1988, núm. 4, pp. 15-20.
- VERTOVEC, S., “Desafíos transnacionales al “nuevo” multiculturalismo”, *Migración y desarrollo*, 2003, núm. 1, pp. 1-27.
- WIESSNER, S., “El Estado y los derechos de los pueblos indígenas: La importancia histórica de la resolución No. 5/2012 de la ILA (Asociación de Derecho Internacional)”, *Der Staatim Recht Festschriftfür Eckart Klein zum 70. Geburtstag*, Vol. 1232, 2013, pp. 209-228 [en línea], <<https://scripta.up.edu.mx/bitstream/handle/20.500.12552/4566/EI%20Estado%20y%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20la%20importancia%20hist%C3%B3rica%20de%20la%20resoluci%C3%B3n%20No.%205-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
- S/A. “Protección de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas. Extracto de la Corte Constitucional de Ecuador, 8 de noviembre de 2017” en *Diálogo Jurisprudencial*, 2017, núm. 21, pp. 139-159.

C) ARTÍCULOS DE INTERNET

- ARMIENTA CALDERÓN, G., “Los conceptos de jurisdicción y competencia”, ponencia dictada en el XII Congreso Mexicano de Derecho Procesal [en línea], <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/download/30080/27155>>.
- AYALA MORA, E., *Interculturalidad en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, s.a. [en línea], <https://www.uasb.edu.ec/User_Files,Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf>.
- AYLWIN, J., *El derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en Americana Latina: Antecedentes históricos y tendencias actuales*, OEA, 2002 [en línea], <<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4941/indigenas-tierra-territorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
- CASTAÑEDA, P., “Los nukak, un pueblo que agoniza”, *Semana Rural*, 2019 [en línea], <<https://semanarural.com/web/articulo/conozca-las-razones-por-las-que-los-nukak-estan-en-peligro-de-extincion/994>>.
- CHÁVEZ VALLEJO, G., “Desafíos del control constitucional de la justicia indígena en el Estado Plurinacional e Intercultural”, ponencia dictada en Quito, el 17 de noviembre de 2017 [en línea], <<http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2244/3/Ponencia%20Gina%20Ch%C3%A1vez.pdf>>.
- CORDERO HEREDIA, D. y CECILIA NAVAS, A., “La política encima de los derechos. La consulta previa y la sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley de Minería”, en *INREDH*, 17 de octubre, 2016 [en línea], <<https://www.inredh.org/archivos/boletines/politicasonderechos.pdf>>.
- ESCALANTE, Y., “Pluralismo jurídico o asimilacionalismo legalizado”, ponencia presentada en el Cuarto Congreso de la Red Latinoamericana de Pluralismo Jurídico (RELAJU), Quito, el 17-20 agosto del 2004.
- MORELOS, J. M., *Sentimientos de la Nación*, México [en línea], <<http://congresogro.gob.mx/LX-LEGISLATURA/images/Documentos/sentimientos.pdf>>.
- NASH ROJAS, C., “Protección de los derechos humanos indígenas en el Sistema Interamericano” ponencia presentada en el *Seminario de Derechos indígenas: Tendencias internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile*, Universidad Arturo Prat, Iquique-

Chile, diciembre de 2003 [en línea], <https://docs.escri-net.org/usr_doc/SIDH_Indigenas_Anuario.pdf>.

RUIZ CHIRIBOGA, O., y DONOSO G., *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y reparaciones*, Bélgica, Versión manuscrita, 2010 [en línea], <www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>.

D) DOCUMENTOS

BANCO MUNDIAL, *Manual de operaciones. Políticas operacionales*, 2005 [en línea], <<http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>>.

CONAIE, *Formas de organización social comunitaria o colectiva*, Quito, 1998.

CONAIE, *Las nacionalidades y Pueblos y sus derechos en la legislación nacional e internacional*, Quito, 2001.

ESCUELA INTERCULTURAL DE GOBIERNO Y POLÍTICAS PÚBLICAS, *Módulo de historia y cosmovisión indígena. Guía de aprendizaje colectivo para organizaciones y comunidades*, La Paz, Fondo para el Desarrollo de los Pueblos indígenas de América Latina y el Caribe, 2007.

FUNDACIÓN JUAN VIVES SURIÁ, *Hacia un Estado pluricultural, naturaleza de los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, Caracas, Editorial “El perro y la rana”, 2010.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

_____, *Situación de los pueblos indígenas de Colombia*, KAS Papers No.4., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), *Principales resultados de la encuesta intercensal 2015* [en línea], <http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espano/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825078966.pdf>.

INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN (INEE), “Porcentaje de población indígena, porcentaje de población hablante de lengua indígena y porcentaje de monolingües”, *Panorama educativo en México. Indicadores del Sistema Educativo*

Nacional 2005, 2006 [en línea], <<https://www.inee.edu.mx/wp-content/uploads/2019/03/CS04-2005.pdf>>.

PROGRAMA UNIVERSITARIO MÉXICO NACIÓN MULTICULTURAL UNAM, *¿Qué es el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas?* [en línea], <https://www.nacionmulticultural.unam.mx/100preguntas/pregunta.php?c_pre=91&tema=3>.

SEDESOL, *Organización del Cabildo*, México, 2010 [en línea], <http://www.inafed.gob.mx/work/models/inafed/Resource/322/1/images/Organizacion_Cabildo2.pdf>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, México, 2ª ed., SCJN, 2014.

S/A., “Los indígenas ecuatorianos designan a Luis Macas su candidato a la presidencia”, en *El País*, 25 de mayo, 2006 [en línea], <https://elpais.com/internacional/2006/05/26/actualidad/1148594406_850215.html>.

E) DICCIONARIOS

DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, *Comunidad* [en línea], <<http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>>.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS – UNAM, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VII, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

_____, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM/Porrúa, 1993.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario en línea* [en línea], <<https://dle.rae.es/>>.

F) SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

1) Internacionales

a. Organización de las Naciones Unidas

Carta de las Naciones Unidas [en línea], <<https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>>.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial [en línea], <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cerd.aspx>>.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas [en línea], <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf>.

Los Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas [en línea], <<https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/historia.html>>.

Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas [en línea], <<https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/sesiones-del-foro-permanente.html>>.

Seminario sobre la recopilación y desglose de datos relativos a los pueblos indígenas. El concepto de pueblos indígenas, Nueva York, 2004 [en línea], <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_data_background_es.htm>.

Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Nueva York, 1987 [en línea], <<https://undocs.org/sp/E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4>>.

i. Asamblea General de Naciones Unidas

Resolución 48/163, 18 de febrero de 1994 [en línea], <https://www.nacionmulticultural.unam.mx/pactopedregal/pdf/2.1.b.Resolucion_Asamblea_General_48-163.pdf>.

Resolución 59/174, 24 febrero de 2005 [en línea] <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/486/73/PDF/N0448673.pdf?OpenElement>>.

ii. Comisión de Derechos Humanos

Resolución 1995/32, 03 de marzo de 1995.

Resolución 2001/57, 26 de abril de 2001.

Resolución 2004/62, 21 de abril de 2004.

Resolución 2005/51, 20 de abril de 2005.

_____, *Documento de trabajo de la Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de “pueblo indígena”*.

_____, *Informe del Seminario celebrado de conformidad con la resolución 1995/30 de la Comisión (Copenhague, 26 a 28 de julio de 1995), E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/7*.

_____, *Informe del segundo taller sobre un foro permanente de pueblos indígenas dentro del sistema de las Naciones Unidas (Santiago, 30 de junio a 2 de julio de 1997)*, E/CN.4/1998/11.

iii. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Folleto N° 8: La OIT y los pueblos indígenas y tribales [en línea], <<https://www.ohchr.org/documents/publications/guideipleaflet8sp.pdf>>.

Folleto N° 10: Los pueblos indígenas y el medio ambiente [en línea], <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet10sp.pdf>>.

El reconocimiento legal y vigencia de los Sistemas Normativos Indígenas en México, México, ONU México, 2008.

iv. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Perder nuestra tierra es perdernos nosotros. Los indígenas y el desplazamiento forzoso en Colombia, 2009, [en línea], <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/Los_indigenas_y_el_desplazamiento_forzoso_en_Colombia.pdf>.

Situación Colombia: Indígenas, 2012, [en línea], <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2012/Situacion_Colombia_-_Pueblos_indigenas_2012.pdf>.

v. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas

Discrimination against indigenous peoples. Protection of the heritage of indigenous people: E/CN.4/Sub.2/1995/26, 1995 [en línea], <<https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/1995/26>>.

Standard-setting activities: evolution of standards concerning the rights of indigenous people: E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 1996 [en línea], <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/129/80/PDF/G9612980.pdf?OpenElement>>.

vi. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Programa para promover el Convenio 169 de la OIT, Departamento de Normas Internacionales de Trabajo, 2009.

Ratificación del C169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) [en línea], <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314>.

vii. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales [en línea], <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142919_spa>.

b. Organización de los Estados Americanos (OEA)

Pueblos Indígenas [en línea], <http://www.oas.org/es/temas/pueblos_indigenas.asp>.

i. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Severino y Hermelino Santiz Gómez vs México, Caso 11.41, informe 48/97.

ii. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, serie c, núm. 400, sentencia de 6 de febrero de 2020, Corte IDH.

Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, serie c, núm. 304, sentencia de 8 de octubre de 2015, párr.170, Corte IDH.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, serie c, núm. 245, sentencia de 27 de junio de 2012, Corte IDH.

Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, serie c, núm. 214, sentencia de 24 de agosto de 2010, Corte IDH.

Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, serie c, núm. 172, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Corte IDH.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, serie c, núm. 146, sentencia de 29 de marzo de 2006, Corte IDH.

Caso Yatama Vs. Nicaragua, serie c, núm. 127, sentencia de 23 de junio de 2005, Corte IDH.

Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, serie c, núm. 125, sentencia de 17 de junio de 2005, Corte IDH.

Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, serie c, núm. 124, sentencia de 15 de junio de 2005, Corte IDH.

Caso Masacre de Plan Sánchez Vs. Guatemala, serie c, núm. 105, sentencia de 24 de abril de 2004, Corte IDH.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, serie c, núm. 79, sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte IDH.

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, serie c, núm. 74, sentencia de 6 de febrero de 2001, Corte IDH.

Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, serie c, núm. 11, sentencia de 4 de diciembre de 1991, Corte IDH.

2) Colombia

a. Corte Constitucional de Colombia

- Sentencia T-728/02, 05 de septiembre de 2002 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-728-02.htm#:~:text=Las%20autoridades%20de%20los%20pueblos,y%20leyes%20de%20la%20rep%C3%BAblica.>>.
- Sentencia C-010/00, 23 de febrero de 2000 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-010-00.htm>>.
- Sentencia T-568/99, 10 de agosto de 1999 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm>>.
- Sentencia T-652/98, 10 de noviembre de 1998 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>>.
- Sentencia C-139/96, 9 de abril de 1996 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>>.
- Sentencia T-349/96, 08 de agosto de 1996 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>>.
- Sentencia T-496/96, 26 de septiembre de 1996 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>>.
- Sentencia T-254/94, 30 de mayo de 1994 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm#:~:text=T%2D254%2D94%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Las%20comunidades%20ind%C3%ADgenas%20son%20verdaderas,y%20de%20ejercer%20control%20social.>>.
- Sentencia T-380/93, 13 de septiembre de 1993 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>>.
- Sentencia T-405/93, 23 de septiembre de 1993 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-405-93.htm>>.

Sentencia T-428/92, 24 de junio de 1992 [en línea],
 <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-428-92.htm>>.

3) México

a. Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo directo en revisión 5465/2014 [en línea],
 <<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=173229>>.

Amparo directo 6/2018 [en línea], <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AD%206-2018_0.pdf>.

Amparo directo en revisión 28/2007 [en línea],
 <<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=88430>>.

Tesis: 1ª. CCCXLIX/2018, décima época, primera sala.

4) Ecuador

Ficha de Relatoría de la Sentencia 004-14-SCN-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador [en línea],
 <<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=004-14-SCN-CC>>.

G) LEGISLACIÓN

1) Colombia

LEY 21 de 1991.

LEY 270 de 1996.

2) México

Constitución de 1857 [en línea],
 <http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf>.

3) Ecuador

Código Orgánico de la Función Judicial [en línea],
 <<https://www.milagro.gob.ec/archivos/pdf/lotaip/literala/02-cofj.pdf>>.

- Constitución de Ecuador de 1830 [en línea], <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf>.
- Constitución de la República del Ecuador de 1897 [en línea], <<http://repositorio.casadelacultura.gob.ec/bitstream/34000/11228/2/LBNCCE-AN-2160-PUBCOM.pdf>>.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1929 [en línea], <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf>.
- Constitución Política de la República del Ecuador decretada por la Asamblea Nacional de 1906-1907 [en línea], <<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/9232/2/LBNCCE-AN-2168-PUBCOM.pdf>>.
- Ley 40 publicada en el Registro Oficial 393 de Agosto 5 de 2004 [en línea], <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6630.pdf>>.
- Ley de Creación de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Amawtay Wasi [en línea], <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6630.pdf>>.
- Ley de Minería. Ley 45. Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009 [en línea], <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_mineria.pdf>.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 del 22 de octubre de 2009 [en línea], <https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf>.
- Reglamento de sustanciación de procesos competencia de la corte constitucional. Registro Oficial Suplemento 613 de 22 de octubre de 2015 [en línea], <https://www.sot.gob.ec/sotadmin2/_lib/file/doc/REGLAMENTO%20SUSTANCIACION%20PROCESOS%20CORTE%20CONSTITUCIONAL.pdf>.