



UNIVERSITAT<sup>DE</sup>  
BARCELONA

## Identidad Indígena y Derecho Jurídico en Sociedades Plurales

Revisión de la aplicación y avance del Convenio N°169 OIT  
en América Latina en los Sistemas Jurídicos y Penales

Horacio Leyton Narváez



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 3.0. Spain License.**



**Identidad Indígena y Derecho Jurídico en Sociedades Plurales**

**Revisión de la aplicación y avance del Convenio N°169 OIT en América Latina en los  
Sistemas Jurídicos y Penales**

**DOCTORANDO: HORACIO LEYTON NARVÁEZ**

**DIRECTOR: IGNASI TERRADAS I SABORIT**

**Facultat de Geografia i Història**

**Departament d'Antropologia Cultural i d'Història d'Amèrica i Àfrica**

**2017**



***“Un paso trascendental en la consolidación del régimen internacional contemporáneo sobre los pueblos indígenas, el Convenio núm. 169 reconoce de modo significativo los derechos colectivos de los pueblos indígenas en áreas clave, entre ellas la integridad cultural; la consulta y participación; el auto-gobierno y la autonomía; los derechos a la tierra, el territorio y los recursos; y la no discriminación en los ámbitos socioeconómicos.”<sup>1</sup>***

---

<sup>1</sup>**James Anaya**, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009. doc. A/HRC/9/9, 11 August 2008, para. 32





## Agradecimientos

Agradezco a María José Fierro-Ducassou, quien me ha apoyado para culminar con este proceso. También a mi madre Pabla Narváez.

Al profesor y director de tesis, Sr. Ignasi Terradas i Saborit, que en base a sus constantes recomendaciones he podido lograr dar termino a mi investigación. Agradezco su dedicación y constante apoyo, su entrega, enseñanzas y muy buena disposición

También quiero agradecer a las distintas comunidades indígenas con quien compartí estos largos años de investigación, por su solidaridad, empatía, por su verdad, y por enseñarme a ser capaz de sortear los distintos y frecuentes problemas con que me encontré. Especialmente quiero agradecer a los Presos Políticos Mapuche, a sus autoridades espirituales que se encuentran privadas de libertad, y a todos los comuneros y comuneras que han sido víctimas de la militarización del wallmapu y de la justicia chilena.

Agradezco enormemente a los distintos/as entrevistadas/os, quienes me enseñaron a entender sus distintas perspectivas, cosmovisión, y en general por compartir su tiempo, conocimientos, mis agradecimientos y respetos a todos ellos/as



## SUMARIO

### I PARTE

<b>1</b>	<b>DESCRIPCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN</b>	<b>11</b>
1.1	Introducción	13
1.2	Antecedentes	14
1.3	Metodología de la Investigación	16
1.4	Objetivos	20
1.5	Hipótesis	20
1.6	Investigación de Campo	21

### II PARTE

<b>2</b>	<b>MARCO TEÓRICO</b>	<b>38</b>
	<b>Capítulo I</b>	
<b>2.1</b>	<b>Pluralismo Jurídico</b>	<b>39</b>
2.1.1	Aportes Teóricos en la Discusión sobre Monismo Jurídico y Pluralismo Jurídico	41
2.1.2	Pluralismo Social y Pluralismo Jurídico	49
	<b>Capítulo II</b>	
<b>2.2</b>	<b>Sociedad, Cultura y Derechos</b>	<b>53</b>
2.2.1	Aportes de la Antropología Jurídica en la Discusión sobre Pluralismo Jurídico en América Latina.	55
2.2.2	Identidad Étnica	60
2.2.3	Diversidad Cultural	66
2.2.4	Multiculturalismo, Pluriculturalidad e Interculturalidad	68
2.2.5	Administración de Justicia y Derechos Humanos e Indígenas	73
2.2.6	Administración de Justicia	75
2.2.7	Derechos Humanos Indígenas	80
	<b>Capítulo III</b>	
<b>2.3</b>	<b>Pluralismo Jurídico Penal en América Latina</b>	<b>87</b>
2.3.1	Transformación del Estado y Pluralismo Jurídico en América Latina.	89
2.3.2	Problemática Indígena en América Latina	92
2.3.3	Pluralismo Jurídico Penal Comparado en América Latina.	100

### III PARTE

<b>3</b>	<b>MARCO JURÍDICO Y PENAL</b>	<b>105</b>
<b>3.1</b>	Derecho Indígena e Instrumentos Internacionales	<b>107</b>
<b>3.1.1.</b>	La Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano III 1940	<b>108</b>
<b>3.1.2</b>	Convenio 107 de la OIT de 1957	<b>111</b>
<b>3.1.3</b>	Convenio 169 De La OIT Sobre Pueblos Indígenas Y Pueblos Tribales De 1989	<b>113</b>
<b>3.1.4</b>	Declaración de naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos indígenas de 2007	<b>120</b>
3.1.5	Revisión de casos contenciosos en que se ha recurrido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos producto de la no aplicación o falta de conceso en la aplicación de la justicia indígena por parte de algunos estados	<b>122</b>
3.1.6	La Privación de Libertad de Personas Indígenas	<b>168</b>

### IV PARTE

#### ANALISIS DE ENTREVISTAS

<b>4</b>	<i>Weñegilmi kiñe waka, inatugele ti weñewma entonces mvley ñi wiñoltuwal ti el. (Si te roban una vaca, si persiguen al que la robó, entonces su obligación es devolverla)</i> ”.	<b>173</b>
<b>4.1</b>	Principios del CONVENIO N°169 OIT: Revisión De Los Artículos Específicos en Materia Jurídico Penal. Revisión del Artículo 8,9, 10 y 12 de la OIT	<b>176</b>
4.1.1	Principio de No Discriminación	<b>178</b>
4.1.2	Principio de Medidas Especiales;	<b>183</b>
4.1.3	Reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas y tribales	<b>188</b>
4.1.3.1	Especificidades en Materia Jurídico Penal	<b>188</b>
4.1.3.2	Revisión de los Artículos	<b>188</b>
	Artículo 8 del Convenio 169 de la OIT	<b>188</b>
	Artículo 9 del Convenio 169 de la OIT	<b>189</b>
	Artículo 10 del Convenio 169 de la OIT	<b>189</b>
	Artículo 12 del Convenio 169 de la OIT	<b>189</b>
4.1.3.3	Temas Transversales	<b>190</b>
4.1.3.3.1	La Costumbre	<b>190</b>
4.1.3.3.2	Los Derechos Fundamentales, Humanos y Civiles	<b>191</b>

<b>4.2</b>	<b>Matriz de Análisis</b>	<b>192</b>
4.2.1	Los Nudos Problemáticos	194
<b>4.3</b>	<b>Composiciones y Sanciones</b>	<b>195</b>
4.3.1	Reconocimiento por parte de la institucionalidad de las especificidades socio-culturales de los pueblos indígenas y tribales en materia jurídico – penal.	195
4.3.2	Definición de Justicia a aplicar en relación a tipología delictual	207
4.3.2.1	Complementariedad de justicia indígena y la justicia occidental para juzgar los delitos.	208
4.3.3	Acceso a la Justicia (peritaje antropológico v/s investigación de la fiscalía tradicional)	225
4.3.4	Sistema de Composiciones y Sanciones en un marco de DDHH Universal	231
4.3.4.1	Sistema de Composiciones y Sanciones	233
4.3.4.2	Existencia de un marco de DDHH Universal	243
4.3.5	Indígenas y Sistema Penal. Cumplimiento de Penas, Intervención y registros en el Sistema Penitenciario	248
4.3.5.1	Cumplimiento de Penas de Indígenas en Sistemas Cerrados	248
4.3.5.2	Visibilización étnica en los registros en el sistema penitenciario.	261
4.3.6	Otorgamiento de permisos, beneficios y salidas a indígenas privados de libertad	264
<b>V PARTE</b>		
<b>5</b>	<b>REFLEXIONES FINALES</b>	<b>268</b>
<b>VI PARTE</b>		
<b>6</b>	<b>ANEXOS</b>	<b>289</b>
<b>7</b>	<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>295</b>
<b>8</b>	<b>IMÁGENES TRABAJO DE CAMPO</b>	<b>321</b>



## **I PARTE**

### **1. DESCRIPCION DE LA INVESTIGACION**





## 1.1 INTRODUCCIÓN

La materialización del pluralismo en los sistemas normativos es una constante discusión para quienes abogan por los derechos fundamentales y en especial por los derechos de los pueblos indígenas.

El escenario sociopolítico internacional al cual nos enfrentamos actualmente nos permite discutir con mayores argumentos la opción de cuestionar acerca de lo normado en el derecho occidental y la incidencia de su aplicación en los pueblos originarios.

La homogenización jurídico penal, que proviene de la lógica del derecho positivo, ha impuesto el monismo jurídico, el cual considera que todas las personas deben obedecer a una misma estructura normativa y cultural, estableciendo las bases y la estructura de las relaciones humanas, y estableciendo también sus límites.

Es este marco, y considerando los distintos procesos de modernización de la justicia que suceden en América Latina, me he planteado algunas preguntas para desarrollar esta tesis, como son:

¿Cuál es el estado del desarrollo del pluralismo en los sistemas normativos de América Latina?, ¿Cómo se materializa?, ¿Cuál es la incidencia de normativas internacionales en el desarrollo pluricultural de los estados?, y ¿Cuál ha sido el impacto de la aplicación del Convenio 169 de la OIT en las reformas constitucionales, en las políticas públicas y en la jurisprudencia de los países con población indígena?

## 1.2 ANTECEDENTES

El trabajo que presento surge del cuestionamiento acerca de la existencia concreta de una visión pluralista del derecho. Me interesa profundizar acerca del dominio jurídico y político ejercido por el sistema normativo occidental sobre el sistema normativo tradicional, y la determinación de la doctrina jurídica - constitucional - que revela la existencia de un sistema jurídico y penal que afecta la cultura de los pueblos indígenas.

Discutir sobre la validez, pertinencia, o legitimidad de la aplicación de la norma jurídica y penal en poblaciones indígenas y tribales se hace muy necesario en el actual contexto internacional, más aún en este marco de agotamiento que vive actualmente el modelo clásico occidental del derecho positivo<sup>2</sup>.

Este modelo, que surge desde las administraciones centrales de cada estado, tiende a expandir la concepción liberal – individualista dentro de una sociedad diversa. Es el principio de legalidad del estado, desde su proceso de construcción, que tiene a los pueblos indígenas sumidos en una continua crisis de sobrevivencia dentro de las sociedades occidentales, principalmente por la homogenización constante que se logra llevar a cabo dentro de los distintos estados, a pesar de que exista un discurso progresista basado en el respeto a la diversidad, y que se promuevan reformas inscritas dentro de un marco jurídico pluralista, como es el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Pueblos Indígenas de la ONU.

Creemos que el estado no es la única y exclusiva fuente de producción jurídica, existe en diversos territorios coexistiendo distintos órdenes jurídicos, otras instituciones y otras formas de ver el mundo, sus expectativas de desarrollo, el control y las formas de compensar / sancionar.

---

<sup>2</sup> Un botón de muestra es la discusión que se lleva a cabo en Chile por la aplicación de la Ley Antiterrorista aplicada a los comuneros mapuche que han estado en constantes huelga de hambre, como reivindicación a sus derechos ancestrales sobre la tierra, y la oposición de que se les aplique la Ley Antiterrorista. También que no los enjuicien a un doble proceso (militar y civil). La Ley Antiterrorista, es una legislación sancionada durante el régimen de Pinochet (1973-1990) que endurece sus penas y los juzga bajo el Código de Justicia Militar. La Ley Antiterrorista permite la detención de sospechosos sin límite de tiempo mientras son procesados y triplica las penas que reciben si los presos son encontrados culpables.

Por lo tanto, creemos que el Pluralismo Jurídico, permite una mejor interpretación de los complejos acontecimientos sociales, insertos en un marco jurídico dentro de un contexto global y pluricultural.

Si nos centramos en las discusiones planteadas desde los inicios de la antropología jurídica, el derecho occidental y el derecho consuetudinario se deben articular en un orden jurídico estatal, en donde hay una relación de subordinación del derecho consuetudinario con respecto al derecho positivo.

Como lo señalan algunos autores<sup>3</sup>, la existencia del conflicto y la disputa son puntos de tensión del entramado social que con mayor nitidez permiten estudiar la relación entre las normas y las prácticas, el deber y la transgresión. De esta forma, el abordar antropológicamente lo jurídico nos conlleva a considerar las prácticas culturales y las normas legales en un escenario específico, determinado por el control social y punitivo.

Esta situación, considerada dentro de un contexto global, nos permite resaltar la perspectiva antropológica que enfatiza el desarrollo de las normas legales y las prácticas culturales en un escenario específico y situado en un contexto sociocultural e histórico particular.

Ahora bien, con la ratificación del convenio 169 de la OIT se presenta un instrumento jurídico con fuerza de ley que sirve de apoyo a la defensa de los derechos indígenas, así como para levantar la necesidad de reformas legislativas, y con esto, un reconocimiento de la pluralidad étnica a nivel nacional y estatal.

Nuestro interés radica en ello, en confrontar el *deber ser* y el *ser* de los instrumentos internacionales creados para el desarrollo del pluralismo jurídico y penal<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Iturralde, D., 1990, «Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la Ley». En *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, compilado por Stavenhagen e Iturralde. III-IIDH, México. Y Chenaut, V., (1990) Costumbre y Resistencia étnica: Modalidades entre los Totonaca. En *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, compilado por Stavenhagen e Iturralde. III-IIDH, México.

<sup>4</sup>El Convenio 169 es el instrumento que nos interesa analizar ya que contempla en sus 44 artículos un mayor marco de protección a nivel internacional, sin embargo, y de acuerdo a informe Survival 2010 (WWW.Survivla.es) actualmente hay más de 150 millones de pueblos indígenas que viven en sociedades

### 1.3 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

El marco metodológico lo baso en lo planteado por Arias (2006)<sup>5</sup>, en donde explica que es el conjunto de pasos, técnicas y procedimientos que se emplean para formular y resolver el problema de investigación.

Para ello, la metodología aplicada se basa en tres ejes principales para su construcción, la dimensión empírica, el procedimiento o generación de ejes de análisis de la investigación, y las técnicas empleadas para la recolección de información.

Desde la dimensión empírica este estudio responde a un estudio exploratorio, principalmente por la escasa información existente en relación a los efectos sucedidos a partir de la puesta en marcha del Convenio 169 en Latinoamérica, esta investigación funda su interés en conocer el impacto resultante de su aplicación, principalmente en relación al avance de la visión pluralista en el ámbito jurídico penal.

La estrategia metodológica de este estudio busca destacar aquellos casos más significativos, en donde se revelan mayores dimensiones del conflicto entre pueblos indígenas y sistemas jurídicos penales, para que nos permitan conocer cómo funciona el proceso, desde el acceso a la justicia hasta la implementación de composiciones o sanciones.

Nos interesa relevar casos específicos, que puedan ser entendidos como casos emblemáticos, que sean abarcados desde una lógica que respete la identidad étnica, principalmente el respeto a las formas de resolución de conflictos, desde la mirada vindicativa.

Las técnicas utilizadas han sido las siguientes:

---

tribales repartidos en más de 60 países de todo el mundo y aunque sus derechos de propiedad territorial están reconocidos en el derecho internacional, no se respetan apropiadamente en ningún lugar.

<sup>5</sup> ARIAS, F. (2006). Proyecto de investigación: introducción a la metodología científica (5º ed.) Espíteme.pág.16.

**Entrevistas Semi estructuradas:** Se realizaron entrevistas semiestructuradas que han sido realizadas a diferentes actores que están insertas/os dentro del derecho internacional y el derecho indígena, principalmente a investigadores, académicos e indígenas. La selección de los entrevistados se basa en los distintos aspectos a estudiar, principalmente en lo relacionado con la materialización del pluralismo, con el desarrollo de las distintas corrientes de desarrollo académico, con defensores de derechos humanos y de derechos indígenas, y de nuevos actores de la administración de justicia, como peritos e intermediadores culturales.

También realicé diez entrevistas a indígenas aymaras presos en una cárcel que está en Alto Hospicio<sup>6</sup>, norte de Chile. Lo particular de estas entrevistas responde a que son “presos andinos”, provenientes de poblados de Perú, Bolivia y Chile, con raíces aymaras, y que están principalmente por tráfico de cocaína. Debido a que es un establecimiento penitenciario de Alta Seguridad me prohibieron el uso de grabadoras.

**Registro Etnográfico:** Con los distintos viajes que he podido realizar, he observado algunas prácticas culturales de los grupos de indígenas que he conocido. Sin duda, el compartir con Kunas, Ngäbe-Buglé, Garífunas, Aymaras, Inkas, Quechuas, Mayas, Nahuas, Zapotecas, Mapuche, Rapa Nui, Diaguitas, entre otros, me ha permitido tener una relación más cercana con la investigación. Estos registros me han permitido contar <sup>7</sup>con elementos pertinentes para el desarrollo del análisis.

**Registro audiovisual:** Los registros fotográficos han sido muy relevante para poder contextualizar la realidad a la que me he acercado. Sin duda la fotografía permite documentar una situación social específica, tal como lo señala Oorbitg (2014), que la fotografía en la investigación antropológica aporta doblemente, la imagen es útil tanto como instrumento, como relato “*paradójicamente la fotografía es un medio ideal para reconstruir los ámbitos imaginarios y procesos invisibles de las realidades sociales que investigamos*”.

Se agregará como documento anexo al trabajo bibliográfico.

---

<sup>6</sup> Coordenadas 20°15'00"S 70°07'00"O

<sup>7</sup> OROBITG, G. (2014), La fotografía en el trabajo de campo: Palabra e imagen en la investigación etnográfica. Quaderns-e. institut Catalá d' Antropología. Número 19 (1) Any 2014 pp. 5.

**Recopilación de Documentos:** La recopilación de documentos se realizó en todos los centros de investigación visitados, búsquedas en internet y librerías principalmente. Además de bases de datos: SCIELO, ISI WEB OF SCIENCE, REDALYC y DIALNET:

La técnica de levantamiento de datos surge a partir de la vinculación con distintos informantes, pertenecientes a distintos centros de investigación, como son el CIESAS (Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social)<sup>8</sup>, de la ciudad de México, la Red RELAJU (Red Latinoamericana Antropología Jurídica)<sup>9</sup>, y la FLACSO Quito (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales)<sup>10</sup>.

También a la vinculación con profesionales de Universidades de Latinoamérica y España (Universidad Nacional de México, Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Chile, Universidad de Panamá, Universidad de La Paz, Universidad San Marcos de Perú, Universidad de Barcelona, y Universidad de Valencia.

También realicé entrevistas a miembros del aparato judicial, como es la DPP (Defensoría Penal Pública) de Chile, y del Centro de Asistencia Legal Popular de Panamá.

Realicé entrevistas también a miembros de distintas organizaciones internacionales, como es el ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente)<sup>11</sup>; y de la OIT Organización Internacional del Trabajo<sup>12</sup> (Oficina de OIT para el Cono Sur de América Latina, Oficina de OIT para Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; y Oficina de la OIT para Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Haití, Panamá y República Dominicana).

---

<sup>8</sup> <http://www.ciesas.edu.mx/>

<sup>9</sup> <http://relaju.alertanet.org/>

<sup>10</sup> <https://www.flacso.org.ec/>

<sup>11</sup> <http://www.ilanud.or.cr/>

<sup>12</sup> <http://www.ilo.org/americas/oficinas-en-la-region/lang--es/index.htm>

También nos vinculamos con Organizaciones Mayas de Guatemala, la Organización Cultural Maleku Costa Rica, Organizaciones Mapuche y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia.

En cuanto al procedimiento o generación de ejes de análisis de la investigación, el centro del estudio se basa en un marco general en según los principios que originan el Convenio número 169 OIT.

1. No discriminación
2. Medidas especiales
3. Reconocimiento de las especificidades culturales y de otro tipo de los pueblos indígenas y tribales

El enfoque del estudio profundiza en la relación entre las normas y las prácticas culturales, con mayor detención en aquellos casos en donde exista conflicto, resaltando los nudos problemáticos existentes (valores, normas, creencias, propiedad, etc.).

El análisis específico lo haremos en base a los siguientes puntos:

- Reconocimiento por parte de la institucionalidad de las especificidades socio culturales de los pueblos indígenas y tribales en materia jurídico penal.
- Definición de la Justicia a aplicar en relación a la tipología delictual.
- Complementariedad de la justicia indígena y la justicia occidental para juzgar los delitos.
- Acceso a la Justicia: Peritaje antropológico v/s investigación de la fiscalía tradicional
- Sistema de composiciones y sanciones en un marco de DDHH Universal.
- Indígenas y Sistema Penal.
- Cumplimiento de penas de indígenas en sistemas cerrados.
- Visibilización étnica en los registros en el sistema penitenciario.
- Otorgamiento de permisos, beneficios y salidas a indígenas privados de libertad.



## **1.4 OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL**

El Objetivo General de la investigación se basa en profundizar acerca la relación entre identidad indígena y derecho jurídico en sociedades plurales.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Profundizar acerca la discusión y análisis de la diversidad socio-cultural enmarcada en un contexto plural de sistemas normativos.
- Conocer cuáles ha sido los avances de las doctrinas, las leyes, y la jurisprudencia del derecho sobre la estructura jurídica de los pueblos indígenas y el desarrollo pluricultural de los estados latinoamericanos.
- Conocer génesis, desarrollo e impacto del Convenio N°169 OIT en el marco de la discusión pluricultural sobre Latinoamérica
- Profundizar acerca de la relación entre Pueblos Indígenas y Sistema Jurídico – Penal (tradicional y occidental)

## **1.5 HIPÓTESIS**

La hipótesis central se basa en el cuestionamiento a la materialización del pluralismo en los sistemas jurídicos y penales. Por ello centro la hipótesis en que: Existen distintos matices en el reconocimiento de los Derechos Indígenas, de sus autoridades, de sus instituciones, de sus procedimientos y de sus definiciones jurídicas-penales por parte de los estados, a pesar de la creación de instrumentos internacionales para la generación y fortalecimiento de una visión pluralista en el derecho.

## 1.6 INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Las técnicas de levantamiento de la información las logro realizar principalmente en base al trabajo de campo, éste lo desarrollo en diferentes etapas que luego presentaré. Debido a que en este estudio no conté con financiamiento externo, lo pude realizar en los tiempos en que tenía vacaciones laborales, siendo entre 20 a 35 días por año.



El trabajo de campo, como lo señala Krotz, es *una técnica* o un conjunto de técnicas, entre las que sobresale la mítica y pocas veces precisada "observación participante" para obtener la información empírica deseada, en la que se basa el conocimiento antropológico"<sup>13</sup>.

La investigación de campo, fue realizada durante el año 2.009 al año 2.016, y se ha logrado en base a distintos viajes realizados por algunos países de América Latina, en donde he buscado profundizar desde la experiencia en terreno, en base a levantamiento bibliográfico desde fuentes locales, universidades, asociaciones, artículos de prensa, en base a la observación, y de entrevistas realizadas a dirigentes indígenas, profesores, peritos, profesionales interculturales, abogados y antropólogos de diferentes centros, universidades, organismos gubernamentales y no gubernamentales, organizaciones internacionales y fundaciones.

La limitante económica y temporal no me permitió acudir a Venezuela, Colombia, Cuba, Uruguay, Haití, Paraguay, Puerto Rico y República Dominicana.

---

<sup>13</sup> Krotz, E. (1991) "Viaje, trabajo de campo y conocimiento antropológico" *Alteridades*, Págs. 50-57.

La investigación de campo la he desarrollado en varias etapas, la primera etapa se desarrolla entre los meses de Agosto y de Septiembre del año 2009 respectivamente.

El Trayecto inicial fue en avión de Santiago de Chile a San José de Costa Rica.

Esta investigación en terreno duró 26 días recorriendo por los países de Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala y México. El viaje lo realicé principalmente por tierra en buses Ticabus<sup>14</sup>, y en buses locales.



En Costa Rica estuve en San José, allí realicé investigación bibliográfica en el ILANUD y logré realizar una entrevista a un representante de la comunidad Maleku. Luego fui a Tortugueros y allí estuve conociendo algunas experiencias con asociaciones indígenas

<sup>14</sup> Transportes Internacionales Centro Americanos. <http://www.ticabus.com>

que han generado acciones de protección del medio ambiente, y defensa de la biodiversidad, en especial de las tortugas.

Por su importancia en materia de biodiversidad, Costa Rica es uno de los países más atractivos para el turismo de Centro América, situación que no siempre dialoga con las costumbres de la cultura indígena local.

Luego volví a San José y de allí viajé en bus a Granada, Nicaragua, por el paso fronterizo Peñas Blancas, a 289 kilómetros de San José.



En Granada pude conocer otras experiencias de cooperativas indígenas que venden sus productos en el mercado local.

En Managua, realicé levantamiento bibliográfico sobre la situación de los pueblos indígenas en Nicaragua. Allí encontré la información acerca los Miskitu y los Chorotega-Nahua-Mange, Cacaopera-Matagalpa, Nahoa-Nicarao, Rama, Sumu-Mayangna, Ulwa y Xiu-Sutiava. También se reconoce a los pueblos

afrodescendientes, los Creole-Kriol y los Garífunas, a quienes conocí mayormente en Livingstone, Guatemala.

De Nicaragua fui a Honduras, cruzando por la frontera El Espino, allí llegué a Choluteca.

La situación política en Honduras estaba muy confusa. Recientemente se había generado un golpe de estado, y el presidente Zelaya que ya había salido del país amenazaba volver por algún paso fronterizo, por lo que había militares impidiendo el paso de prensa internacional e investigadores. Esta situación impidió que pudiese avanzar de acuerdo a lo planificado. Fui detenido por seis horas y luego debí abandonar el país por seguridad, esperando tomar un nuevo bus ya que en el que iba me dejó en el retén.

De Honduras cruce la frontera por El Amatillo, y me fui a San Salvador, en El Salvador.

En San Salvador asistí a una cárcel, ya que tenía un contacto en la Defensoría Penal y dentro de mis observaciones señalo que el tema indígena no era un tema de mayor interés en el sistema penal, principalmente porque el problema de las maras, o pandillas, acaparaba toda la atención.







De San Salvador viajé en bus a Ciudad de Guatemala, Guatemala.

En Guatemala estuve en Ciudad de Guatemala, Antigua, Puerto Barrios, Livingstone, Rio Claro, Flores y Tikal.

En la Ciudad de Guatemala realicé entrevistas en la Fundación Rigoberta Menchú y en la Corporación de Organizaciones Mayas.

En ese viaje me centré en las comunidades Mayas y Garífunas

La diferencia principal entre ambas comunidades es su origen, indígena y afrodescendientes, sin embargo, ambas declaran que la ratificación del Convenio N°169 OIT por Guatemala no les ha cambiado su relación con el estado, sintiendo que el Convenio 169 no se aplica, por lo que no hay una evaluación positiva sobre el C169.





De Guatemala a México crucé por la frontera Corozal, que en bus desde la Flores son casi 100 kms. de camino de tierra con muchos poblados a la orilla de la carretera.

Luego recorrimos el Río Usumacinta, que es la frontera entre Guatemala y México, la cual constituye un punto fronterizo internacional y es parte del municipio de Ocosingo.

Al otro lado del Río Usumacinta, de donde venía, se encuentran las poblaciones guatemaltecas de Bethel y La Técnica. La Frontera Corozal es el principal acceso a importantes sitios arqueológicos mayas como son Yaxchilán, Toniná y Bonampak. El paso por el río no deja de ser complejo, principalmente por ser una zona de tráfico. En México estuve en Palenque y luego en San Cristóbal de las Casas en Chiapas, y de allí directamente viajé a Ciudad de México en bus



En mi estadía en Chiapas y en DF realicé entrevistas y realicé la investigación bibliográfica en centros de investigación y universidades

Esta etapa de la investigación de campo concluye con el viaje de DF México a Santiago de Chile, por avión con escalas en Guatemala City, San José y Lima.

La segunda etapa la realice en el año 2010, allí realice un acercamiento a la comunidad indígena en Argentina, desde la ciudad de Buenos Aires, destinando mi visita a levantamiento bibliográfico, realizar algunos contactos para otra reunión y reunión con Profesor Tutor Sr. Ignasi Terradas.

La tercera etapa la realicé entre Junio y Julio del 2011, y duró 25 días, recorriendo Panamá, Ecuador, Perú y Bolivia.



El trayecto inicial fue de Santiago de Chile a Ciudad de Panamá, de la Ciudad de Panamá viajé al Golfo de San Blas, en la Comarca Kuna Yala, a la Comunidad indígena Naranjo Grande.



Allí asistí a un Congreso de representantes Kunas, esta experiencia fue determinante para el desarrollo de la tesis, principalmente por el nivel de autonomía presentado. A pesar de que Panamá no ha reconocido el Convenio N°169 OIT, la representatividad de sus autoridades es un claro ejemplo de autonomía y defensa de sus derechos ancestrales.



Regresando a Ciudad de Panamá me fui a la ciudad de Colón, allí acudí a dos centros de documentación municipal y volví a la Ciudad de Panamá.

Luego viajé de Ciudad de Panamá a Santiago, y regresé a Ciudad de Panamá.

En esos viajes realicé entrevistas, y conocí la realidad de las comunidades Kuna Yala y Ngöbe-Buglé.

Regresando a la Ciudad de Panamá, para viajar a Quito, Ecuador.



De Panamá viajé en avión a Quito, en donde realicé entrevistas en la Flacso y realicé el levantamiento bibliográfico.

Luego me fui a Cuenca, para ingresar dos días después, vía terrestre, a Perú, por el paso de Tumbes.

Una vez en Perú, me fui de Tumbes a Máncora, luego a Trujillo y a Lima.



De Lima me fui en un vuelo a Cuzco, luego volví a Lima, regresando en avión al Cuzco, para seguir mi ruta por tierra a Puno.

En Lima logré realizar una entrevista en la OIT Andina y revisar información respecto a pueblos indígenas y sistema penitenciario, encontrando muy poca información.

En Puno estuve más tiempo de lo esperado, ya que había un cierre de la carretera por conflictos entre indígenas y empresas mineras internacionales. Aquí conocí desde la realidad las problemáticas sobre el impacto de las empresas extractivas en la región.

Luego crucé a Bolivia, pasando por el Lago Titicaca, y llegando a La Paz, y después volví a Santiago de Chile.

Los tiempos de estadía en cada país respondían a una planificación estructurada que se vio afectada por situaciones distintas, principalmente de orden político, como es el caso del golpe de estado en Honduras cerrando la frontera. También sucedió en el Perú en donde me encontré con movilizaciones indígenas, específicamente en Puno, frontera con Bolivia, sin poder cruzar hasta que se abrió la frontera



Dentro del viaje también visité centros de asistencia jurídica y prisiones, específicamente en Nicaragua, El Salvador, Panamá y Bolivia.

La cuarta etapa la realice en el año 2012, la primera parte del viaje fue a Buenos Aires, en donde logre revisar distinta bibliografía con la problemática indígena, principalmente a la explotación de recursos ambientales. El levantamiento realizado fue principalmente en la Universidad de Buenos Aires.

La quinta etapa de la investigación de campo se refiere a un período más extenso, que se inicia en el año 2013. En esa etapa viaja a dos regiones del norte en Chile, Tarapacá y Antofagasta, y a dos regiones del sur de Chile, La Araucanía y Los Ríos.

En las regiones del norte me he centrado en una temática central para la investigación, que es la privación de libertad de personas indígenas. Principalmente la observación es en relación al cumplimiento de lo señalado en el Convenio 169 de la OIT en cuanto al respeto por las especificidades culturales de los presos indígenas.

En mayo del año 2013, viajo a la comuna de Pozo Almonte, Chile, esta zona tiene alta presencia de población Aymara y Quechua que han bajado del altiplano y se han asentado en los cerros arriba de la ciudad de Iquique.



Allí entrevistado a Andrea Mamani, quien es Asistente Social, fue trabajadora social en la cárcel de Alto Hospicio y en la actualidad Facilitadora Intercultural de la Oficina Defensoría Penal Pública. Alto Hospicio. Chile.

Ella trabaja en un programa especial desinado a pueblos indígenas que se llama Defensoría Penal Indígena cuyo rol el rol es revisar si las causas donde hay imputados indígenas, tienen alguna connotación específica o cultural en donde la explicación de los hechos que se consideran delitos, responde a una premisa cultural o a prácticas tradicionales. Y cuando éstos hechos puedan constituir un delito, sobre todo si hay

medidas cautelares que impliquen privación preventiva, hacer un acompañamiento tanto como imputado como al defensor.

En las regiones del Sur me he centrado más en relación al conflicto entre pueblos indígenas, estado y empresas (forestales e hidroeléctricas, pisciculturas). A través de la investigación busco profundizar acerca la existencia / ausencia del pluralismo en los ámbitos jurídico y penal, y como se cumple lo expuesto en el Convenio 169 que Chile ha ratificado

La sexta etapa la realice en el año 2014, la primera parte del viaje fue a Buenos Aires, en donde logre comprar bibliografía relacionados con los pueblos indígenas, y revisar diversos artículos.

Luego, llegando a Barcelona me reúno con el Profesor Tutor Sr. Ignasi Terradas., en Barcelona, en esa reunión presenté el segundo informe de avance y el registro fotográfico de los terrenos.

La séptima etapa en desarrollo considera el último proceso de trabajo de campo, que incluye las comunidades Mapuche y Huilliche de Chile (Isla Chiloé).

,

Figura 1. Localização aproximada das Terras Indígenas em Santa Catarina.



Fonte: Clovis Antonio Brighenti, 2012. Elaborado por Carina Santos de Almeida.

La octava etapa la desarrollé en la Comunidad Tupi Guaraní (Florianópolis / Santa Catarina) de Brasil. Esa etapa se inició en diciembre del 2015 a enero 2016

Los viajes realizados en estos últimos 7 años y que tienen relación con la tesis los he desarrollado por 12 países de Latino América, y 2 viajes a España. En estos 12 países de

Latinoamérica, el escenario sociopolítico, y las relaciones entre estado y pueblos indígenas son variados. Sin embargo hay patrones que se repiten, como son los conflictos que se producen entre la normativa legal y las prácticas culturales, tema que también definió el viaje.

Cuadro de Etapas del Trabajo de Campo.

ETAPAS	AÑO	MES	PAISES	MOTIVO	LUGAR	COMUNIDAD
1 ° Etapa	2009	Agosto	Costa Rica	Trabajo de Campo	San José / Tortugueros / Peñas Blancas	Comunidad Maleku
			Nicaragua	Trabajo de Campo	Granada /Managua / Guasaule	Comunidad Miskitu / Garífunas / Awas Tingni MAYAGNA (SUMO)
			Honduras	Trabajo de Campo	El Espino / Choluteca / El Amatillo	Comunidad Miskitu
			El Salvador	Trabajo de Campo	San Salvador / La Hachadura	No lograda
			Guatemala	Trabajo de Campo	Frontera Tecun Uman / Ciudad de Guatemala / Antigua / Puerto Barrios / Livingston / las Flores / Río Usumacinta	Comunidad Maya / Garífuna
México	Trabajo de Campo	Frontera Corozal, Palenque, San Cristóbal, Puebla , DF	Comunidad Maya			
2 ° Etapa	2010	Junio	Argentina	Trabajo de Campo	Buenos Aires	Comunidad Mapuche
			España	Reunión Tutoría	Barcelona	No aplica
3 ° Etapa	2011	Junio	Panamá	Trabajo de Campo	Ciudad de Panamá / Comarca Kuna Yala, Panamá / Comarca Kuna Yala, Panamá / Santiago - Soná, Panamá / Colon, Panamá	Comunidad Kuna Yala
			Ecuador	Trabajo de Campo	Quito - Cuenca	Comunidad Quechuas e Inkas
			Perú	Trabajo de Campo	Máncora /Trujillo / Lima / Cusco / Puno	Comunidades Aymaras, Quechuas e Inkas



ETAPAS	AÑO	MES	PAISES	MOTIVO	LUGAR	COMUNIDAD
			Bolivia	Trabajo de Campo	La Paz	Comunidad Aymaras
4 ° Etapa	2012	Junio	Argentina	Levantamiento bibliográfico	Buenos Aires	Sobre Comunidades mapuche
			España	Reunión Tutoría	Barcelona	Revisión de Avance
5 ° Etapa	2013	Agosto	Chile	Trabajo de Campo	Iquique, Pozo Almonte	Comunidades Aymaras y Quechuas
		Marzo	Chile	Trabajo de Campo	Temuco	Comunidad Mapuche
6 ° Etapa	2014	Junio	España	Reunión Tutoría	Barcelona	Revisión de Avance
7 ° Etapa	2014	Octubre	Chile	Trabajo de Campo	Temuco	Comunidad Mapuche
	2015	Enero - Febrero	Chile	Levantamiento bibliográfico	Indígenas del sur de América	No aplica
		Noviembre	Chile	Trabajo de Campo / seminario de Peritaje Antropológico	Temuco	Comunidad Mapuche.
		Noviembre	Chile	Trabajo de Campo	Isla de Chiloé	Comunidad Hulleche.
		Diciembre	Brasil	Trabajo de Campo	Florianópolis / Santa Catarina	Comunidad Tupi Guaraní
	2016	Abril	Chile	Trabajo de Campo	Isla de Chiloé	Comunidad Hulleche.

En relación a las entrevistas realizadas, las resumo en la siguiente tabla:

Entrevistas Realizadas

<b>N°</b>	<b>FECHA</b>	<b>PAÍS / CIUDAD</b>	<b>ENTREVISTADO</b>	<b>SIGLA</b>
1	18-08-2009	Costa Rica, San José	David Dirigente Indígena Maleku Representante de Organización Cultural Maleku	DMCR
2	19-08-2009	Guatemala Ciudad De Guatemala	Ricardo Cajas Mejías. Abogado. Director de Organizaciones Mayas de Guatemala	RCG
3	20-08-2009	Guatemala Ciudad De Guatemala	Benito Morales Asesor Jurídico de la Fundación Rigoberta Menchú, Departamento Jurídico	BMG
4	25-08-2009	México, San Cristóbal, Chiapas	Lucas Reyes Castelloni Y Bulmaru Acuña. Académicos. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Chiapas.	LR-BAM
5	28-08-2009	México, Distrito Federal	Adriana Terven Salinas Antropóloga Social. CIESAS	ATM
6	30-08-2009	México, Distrito Federal	Diego Iturralde Abogado y Antropólogo, especialista en antropología jurídica y derechos de los pueblos indígenas. CIESAS, México	DIM
7	10-06-2011	Panamá, Comunidad Naranjo Grande, Golfo De San Blas	Hilario Álvarez Profesor y habitante de la Comarca Kuna Yala	HAP
8	11-06-2011	Panamá. Ciudad De Panamá	Heraclio López Abogado Kuna Yala	HLP



<b>N°</b>	<b>FECHA</b>	<b>PAÍS / CIUDAD</b>	<b>ENTREVISTADO</b>	<b>SIGLA</b>
<b>9</b>	12-06-2011	Panamá. Ciudad De Panamá	Aresio Valiente López Abogado. Director del Programa Pueblos Indígenas del Centro de Asistencia Legal Popular. Panamá.	AVP
<b>10</b>	15-06-2011	Ecuador, Quito	Fernando García Antropólogo, Flacso Ecuador	FGE
<b>11</b>	28-06-2011	Perú, Lima	Manuel Garcia Solaz Representante OIT Andina	MGP
<b>12</b>	04-07-2011	Bolivia, La Paz	Marcelo Fernández Osco Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia.	MFB
<b>13</b>	18-06-2012	España, Valencia	Emiliano Borja Jiménez Abogado, Académico de Universidad de Valencia	EBE
<b>14</b>	24-01-2013	Chile, Santiago	Mirna Villegas Abogada, Académica. Chile	MVCL
<b>15</b>	17-05-2013	Chile, Alto Hospicio	Andrea Mamani Asistente Social – Facilitadora Intercultural. Oficina Defensoría Penal Pública. Alto Hospicio. Chile	AMCL
<b>16</b>	13-11-2015	Chile	Alejandra Araya Historiadora. Universidad de Chile. Directora del Archivo Central Andrés Bello.	AACL
<b>17</b>	13-11-2015	Chile	Carlos Cabezas Sociólogo Sistema Penitenciario Chile	CCCL
<b>18</b>	14-04-2016	Chile	Manuela Rollo Abogada. Defensoría Penal Pública. Chile	MRCL
<b>19</b>	10-08-2013	Oruro, Bolivia <sup>15</sup>	Sandro Viza Mamani	SVB

<sup>15</sup> Entrevistas 19 A 28 fueron Realizadas en la Cárcel de Alto Hospicio, Chile

<b>N°</b>	<b>FECHA</b>	<b>PAÍS / CIUDAD</b>	<b>ENTREVISTADO</b>	<b>SIGLA</b>
20	10-08-2013	Colchane, Chile	Leonardo Vilches Mamani	LVCL
21	10-08-2013	Colchane, Chile	Jacinto Choque Mamani	JCCL
22	10-08-2013	Camiña, Chile	Javier Vilches Challapa,	JVCL
23	11-08-2013	Isluga, Chile	Bernardo Saavedra	BSCL
24	11-08-2013	Lima, Peru,	Luis Calagua	LCPE
25	11-08-2013	Huara, Chile	Reinaldo Copa Carlos	RCCL
26	12-08-2013	Oruro, Bolivia	Antolin Geronimo Larama	AGB
27	12-08-2013	Pozo Almonte, Chile	Pedro Cruz Bueno	PCCL
28	12-08-2013	Alto Hospicio, Chile	Herman Mamani Lopez	HLCL

## Parte II

### MARCO TEORICO

## 2.1 CAPITULO I

### PLURALISMO JURÍDICO

#### **Síntesis Capítulo I:**

El Capítulo I se centra en la definición del concepto del Pluralismo Jurídico, en contraposición al concepto de monismo jurídico, ampliamente utilizado por la justicia occidental en Latinoamérica.

Este capítulo considera dos apartados, el primero busca abrir la discusión en torno a los conceptos, y sus orígenes, del Monismo y Pluralismo jurídico, rescatando distintas reflexiones de autores que han desarrollado extensos trabajos sobre estas formas de entender la justicia. Destacamos la importancia de la discusión, principalmente porque da cuenta de cómo ha sido el tránsito de la imposición de un sistema judicial homogéneo que no considera las particularidades culturales de los habitantes de un mismo país.

El segundo apartado se basa en la discusión en torno a la justicia desde el ámbito personal y social, de cómo se construye la ideología que moldea las conductas sociales de individuos que no tienen un mismo capital cultural, cosmovisión, y formas de entender los delitos.

También se pone en la mesa aspectos básicos para la discusión de los criterios bases que origina el reconocimiento de la jurisdicción indígena, generando distintos elementos que hace surgir importantes dilemas en relación a los derechos humanos.

Se discuten concepciones dadas por el centralismo y por la visión impositiva de los estados en materia jurídica penal.

### 2.1.1 APORTES TEÓRICOS EN LA DISCUSIÓN SOBRE MONISMO JURÍDICO Y PLURALISMO JURÍDICO

“ De ahí la defensa del pluralismo jurídico, que se vincula a la riqueza de la experiencia humana y la multiplicidad de fuentes de producción jurídica”<sup>16</sup>

Para centrarnos en la discusión sobre los derechos, nos centraremos en lo expuesto por Gurvitch<sup>17</sup>, que considera necesario la colaboración de la filosofía jurídica y el análisis del derecho como condición principal para captar toda la riqueza de la experiencia jurídica, la cual muestra un carácter dramático por la existencia de una profunda red de antinomias y conflictos derivadas del pluralismo social y jurídico.

La experiencia jurídica inmediata se inserta dentro de aquella experiencia plena, siendo extraordinariamente variable. Dicha experiencia jurídica inmediata está constituida por actos colectivos de reconocimiento de las situaciones sociales perceptibles que realizan los valores jurídicos fundamentales.

La experiencia jurídica muestra una gran variedad, la cual está determinada por la misma variedad de las formas de sociabilidad, del medio ambiente y de las condiciones culturales e históricas.

Gurvitch<sup>18</sup> , plantea la existencia de dos modos de creación del Derecho:

A) **Derecho Individual**, producto del derecho estatal y de la autonomía privada individual

---

<sup>16</sup> RAMIREZ, S (2003): Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena. [www.derechosindigenas.com](http://www.derechosindigenas.com).

<sup>17</sup> GURVITCH, G.;(2001): Elementos de la Sociología Jurídica. Estudio preliminar “Pluralismo Jurídico y Derecho Social. La Sociología del Derecho de Gurvitch”, por José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares,.L. Granada. España.

<sup>18</sup> El Pensamiento filosófico de Gurvitch (Noworossisk 1894 – París 1965) nace íntimamente vinculado a la filosofía de Liebniz y al idealismo de Fichte.

B) **Derecho Social**, como expresión formal del poder de los grupos sociales para auto reglamentar sus propios intereses e incorporar sus propias tradiciones culturales.

El Derecho Social se genera en los grupos que conforman la sociedad civil (formas espontáneas de relación social), los cuales dan vida a reglas, originadas en hechos que adquieren naturaleza normativa (hechos normativos generadores de reglas jurídicas, sirviendo de fuente primaria o material de Derechos). Es una forma de Derecho que emana de la forma de sociabilidad por integración o interpenetración, siendo así que el Derecho no tiene un único poder jurídico, sino una serie de poderes sociales con facultad normativa creadora.

La reorganización de la sociedad civil es una condición primaria para hacer efectivo el proceso de cambio en sociedades emergentes, inestables, vulneradas y/o en conflicto.

El Derecho Social Autónomo, surge de los fenómenos colectivos de grupo y no simplemente de los fenómenos de agregado social, ya que éste remite al hecho de que una cantidad de personas se comporta del mismo modo; mientras que en los fenómenos de grupo el proceso colectivo que se genera produce una modificación de la interacción de los sujetos que de él forman parte, y también de su solidaridad.

De este modo, en la colectividad en grupo los participantes someten a discusión el espacio cultural y social en que se encuentran inmersos, y tratan de instaurar un nuevo tipo de solidaridad con los demás participantes en el proceso colectivo originado.

Ellos tienen la conciencia de constituir una colectividad que busca la cohesión interna y se articula frente al sistema social externo; es decir, producen una nueva solidaridad social. Así los fenómenos colectivos de grupo determinan la creación de nuevas agrupaciones sociales, dotadas de una solidaridad propia y específica, por lo que, asimismo, originan la aparición en la escena social de nuevos protagonistas o sujetos colectivos.

De acuerdo a lo expresado por Wolkmer<sup>19</sup>, la crisis de la cultura jurídica tradicional da la posibilidad de redefinirse con una propuesta más democrática del Derecho. El modelo jurídico basado en formas jurídicas positivas y dogmáticas heredadas de procesos de

---

<sup>19</sup>WOLKMER, A.C. (2003), Pluralismo Jurídico: Novo paradigma de legitimação. <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto302>

colonización requiere una transformación, en donde el Estado reconozca que actualmente no da respuestas a problemáticas cotidianas de nuevos sujetos colectivos, o a problemáticas históricas que atentan contra la concepción absolutista del poder del Estado.

La discusión actual se basa en el reconocimiento de las manifestaciones jurídicas informales y emergentes, en donde lo jurídico sea producto de una construcción social y basado en la memoria histórica de cada pueblo, en donde se rescaten las luchas y movimientos sociales y el proceso histórico-social vivido, de esta forma se hace necesario darle importancia a las raíces socioculturales de cada pueblo.

Actualmente, los modelos culturales normativos e instrumentales que justifican el estado derecho vigente, se tornan débiles limitados para una sociedad actual, dinámica, inmigrante, global, que hace pensar en la necesidad de nuevos patrones alternativos<sup>20</sup>.

El aporte de la *teoría crítica del derecho*, se basa en su visión crítica a la racionalidad que se articulan en la teoría del derecho y que dista mayormente de la práctica.

De acuerdo a lo planteado por Wolkmer<sup>21</sup>, la intención de la Teoría Crítica consiste en definir un proyecto que posibilite un cambio de sociedad en función de un nuevo tipo de sujeto histórico, de aquellos que son dominados por los grupos de elite, pretende repensar, cuestionar y romper con una dogmática lógico-formal imperante en una época, en un determinado momento de una cultura jurídica de un país.

Esta crítica se concentra en el Pluralismo, que plantea un proyecto diferenciado referido, por un lado, de superación de modalidades tradicionales de pluralismo identificado con una democracia liberal, o con un corporativismo societario, y de otro lado, la edificación de un

---

<sup>20</sup> FRIEDMAN Jonathan, (1995), nos señala que la relación entre hegemonía social y características culturales son contradictorias, se sugiere que las sociedades en expansión tienden a una creciente homogeneidad cultural, en donde la sociedad dominante impone una identidad a los sectores subordinados. De este modo, la hegemonía en lo social y económico coincide normalmente con la homogeneidad cultural en un momento, pero rápidamente este mismo auge produce presiones y tensiones sociales que lleva a la descentralización y a la fragmentación social, y a nivel cultural al pluralismo y hasta el resurgimiento del tradicionalismo.

<sup>21</sup> WOLKMER, A.C. (2003), Pluralismo Jurídico: Novo paradigma de legitimação. <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto302>

proyecto jurídico resultante de prácticas sociales insurgentes, motivada para la satisfacción de necesidades esenciales.

La misma visión de Gurvitch<sup>22</sup> del pluralismo jurídico-democrático refleja la idea de integración y variación de intereses y valores en la sociedad democrática, en una síntesis dinámica e históricamente mutable.

Por otra parte, Coutinho<sup>23</sup>, plantea que: "*la creación de un pluralismo de sujetos colectivos fundó un nuevo desafío: la construcción de una nueva hegemonía que aborda el equilibrio entre la preponderancia de la voluntad general (...), sin negar la pluralidad de intereses. Por otra parte, la hegemonía de la "pluralidad de sujetos colectivos", sedimentada en las bases de un largo proceso de democratización, descentralización y participación, también debe rescatar a algunos de los principios de la cultura política occidental, tales como los derechos de las minorías, el derecho a la diferencia, la autonomía y la tolerancia*".<sup>24</sup>

Actualmente, los nuevos temas sociales se centran en el derecho a la diferencia, y que el fortalecimiento de la democracia surge desde ciudadanos activos, participativos y propositivos, en donde el rescate cultural y el compromiso con la historia, se tornan muy necesario para este proceso.

En el sistema jurídico se abordan dos tendencias principales, y que se han discutido en los últimos tiempos; la primera es la corriente Monista o Integracionista y la segunda corriente es la Pluralista o Coordinacionista.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> GURVITCH, G.;(2001): Elementos de la Sociología Jurídica. Estudio preliminar "Pluralismo Jurídico y Derecho Social. La Sociología del Derecho de Gurvitch", por José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares,.L. Granada. España.

<sup>23</sup> COUTINHO, C.;(1990): Notas sobre Pluralismo. Texto inédito citado en WOLKMER, A.C., (2003), Pluralismo Jurídico: Novo Paradigma De Legitimação. <http://www.mundojuridico.adv.br>

<sup>24</sup>COUTINHO, C.;(1990): Notas sobre Pluralismo. Texto inédito citado en WOLKMER, A.C., (2003), Pluralismo Jurídico: Novo Paradigma De Legitimação. <http://www.mundojuridico.adv.br>

<sup>25</sup> De acuerdo a la discusión sobre el carácter homogenizante de las leyes, surge el integracionismo como concepto. Habermas se refiere a él en "Sobre la Incorporación del Otro: Die Einbeziehung des Anderen ; uno de los temas centrales es la cuestión de los estados nacionales en el marco de sociedades multiculturales y pluralistas, a diferencia del debate latinoamericano que se centra en el marco nacional, de esta manera el autor centra el debate en un marco europeo y latinoamericano. De esta manera busca articular la relación



La corriente Monista o Integracionista reconoce la existencia de costumbres jurídicas, prácticas jurídicas, al interior de los pueblos Indígenas u originarios pero que no contravengan los derechos y obligaciones establecidos por el Estado y tienen que ser reconocido por éste.

La corriente Pluralista o Coordinacionista, reconoce las normas jurídicas indígenas como sistemas jurídicos diferentes que coexisten con los sistemas jurídicos Estatales (federal y local) en un mismo territorio, para lo cual es necesario establecer normas de coordinación; es decir, un estado que coordine las relaciones entre sistemas jurídicos diferentes.

De acuerdo a lo expuesto por Duquelsky<sup>26</sup>, tanto la antropología como la sociología jurídica, han llamado la atención desde hace tiempo sobre el fenómeno del pluralismo jurídico, situación que se da siempre que en un mismo espacio geopolítico rija (oficialmente o no) más de un orden jurídico.

Las investigaciones realizadas nos hablan de que los orígenes del Pluralismo Jurídico se encuentran en la tradición romántica antiformalista de finales del siglo XIX y principios del XX<sup>27</sup>, y de las influencias dadas por la antropología jurídica anglosajona.

Sin embargo, la influencia directa de los trabajos de campo llevados a cabo por Santos<sup>28</sup>, en una favela de Río de Janeiro durante los años setenta, hace que la problemática se instale como un punto insoslayable de las agendas teóricas alternativas.

---

entre nación, estado y cultura como parte del debate teórico sobre los fundamentos normativos del estado de derecho democrático, en donde exista cabida a diferencias culturales al interior de sociedades complejas, sin que se renuncie a un marco normativo común. Además señala que los grupos y subculturas se integran étnicamente con su propia identidad colectiva, mientras la integración política tiene lugar en un plano más abstracto, como una integración de ciudadanos.

<sup>26</sup>DUQUELSKY GÓMEZ, D.;(1998): "Yo, Ovidio González Wasorna, y el mito de la protección constitucional del derecho indígena. Introducción al fenómeno del pluralismo jurídico". [http://www.aafd.org.ar/filosofia/documentos/16\\_Duquelsky%20Gomez.DOC](http://www.aafd.org.ar/filosofia/documentos/16_Duquelsky%20Gomez.DOC).

<sup>27</sup> EHRlich, E., (2005) Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.

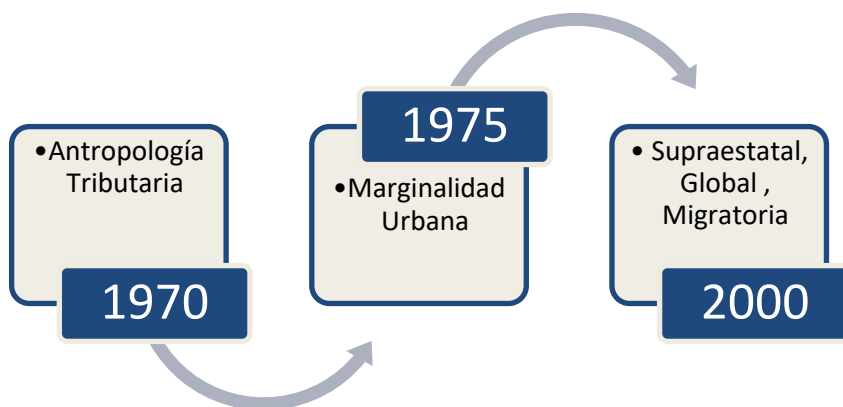
<sup>28</sup> SANTOS, BOAVENTURA. (2002): "Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación". Fondo de Cultura Económica. México.

Duquelsky<sup>29</sup>, nos señala que desarrollados con un sentido epistemológico crítico y progresista, se intentaba romper con uno de los tabúes de la teoría sociológica del derecho como también del estudio del discurso y de la argumentación jurídicos: el reconocimiento de una producción jurídica no estatal y la denuncia del ocultamiento (o supresión) de tales órdenes alternativos llevado a cabo por el Estado.

Actualmente el Pluralismo Jurídico se ha complejizado en tal medida que, como lo señala Duquelsky<sup>30</sup>, ya no es posible entenderlo tan sólo como propio de aquellas sociedades en que conviven un derecho ancestral y un derecho moderno.

Señala que los procesos migratorios, las sociedades multiculturales, el mercado internacional, son todos ellos fenómenos actuales que generan conflictos normativos y exigen la elaboración de nuevas categorías conceptuales para su comprensión.

Santos<sup>31</sup>, nos señala que el universo de análisis englobado bajo el rótulo de pluralismo jurídico, resulta de la distinción de diferentes fases:



<sup>29</sup> DUQUELSKY GÓMEZ, D.;(1998): "Yo, Ovidio González Wasorna, y el mito de la protección constitucional del derecho indígena. Introducción al fenómeno del pluralismo jurídico". [http://www.aafd.org.ar/filosofia/documentos/16\\_Duquelsky%20Gomez.DOC](http://www.aafd.org.ar/filosofia/documentos/16_Duquelsky%20Gomez.DOC)

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> SANTOS, BOAVENTURA. (2002): "Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación". Fondo de Cultura Económica. México.

La primera fase se da en los años sesenta y está dominada por la antropología tributaria de la escuela de Manchester. Cabe destacar que es influenciada por el avance en la descolonización en África. En esta etapa hay presencia en un mismo espacio la incidencia del Estado colonizador y de los derechos tradicionales, con existencia de muchos conflictos.

También incide en esta fase la homogenización jurídica, en donde población originaria fue occidentalizada a partir del derecho, coexistiendo diferentes visiones jurídico penales en un mismo espacio.

La segunda fase, se desarrolla en los años setenta, en donde desde la marginalidad urbana surgen una legalidad alternativa, paralela, con predominancia de líderes naturales de las organizaciones de base que son reconocidos localmente (autoridades comunitarias, asociaciones de vecinos). Su carácter no oficial le daba una validez social, principalmente porque no consideraba a la justicia ordinaria como la única y sagrada.

La tercera fase del pluralismo, es la de principios del siglo XXI, en donde el contexto global agrega nuevos actores, en donde la migración es muy importante en cuanto a las problemáticas que surgen. También en esta fase se destaca la existencia de nuevos mecanismos incorporados a la justicia occidental que provienen de la justicia tradicional, como son la mediación y conciliación, la validación de los jueces de paz, la incorporación de nuevos tribunales, y la aplicación de otras sanciones, entre otros casos.

Santos<sup>32</sup>, plantea que deberíamos agregar un nuevo supuesto: los intensos movimientos demográficos a los que asistimos día a día son generadores de nuevas sociedades, plurales, diversas, multiculturales. Particularmente en Europa, pero también en América Latina, la presencia extranjera masiva ha pasado a ser una preocupación constante, tanto a nivel político como teórico. En este plano aparece nuevamente el tema del pluralismo jurídico, sobre todo en los casos en que las prácticas jurídicas “cargadas a costas” por los migrantes, entran en conflicto con el derecho estatal.

---

<sup>32</sup> SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. (2002): “Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación”. Fondo de Cultura Económica. México.

De este modo, Ramírez <sup>33</sup>, señala que en el ámbito de la filosofía-política, la disputa suscitada que alcanzó su auge contemporáneo en los años 80, entre los comunitarios y los liberales, tiene como punto de partida la identificación de la unidad para el ejercicio de los derechos: la comunidad v/s el individuo. Lo que no es trivial, en la medida en que lo que se encuentra en juego es la justificación de la existencia de derechos colectivos; o si por el contrario, todo puede ser reducido a la existencia de derechos individuales, y si la defensa de las minorías puede articularse satisfactoriamente con su vigencia.

En coherencia, la democracia es definida por Gurvitch<sup>34</sup> como la institución de la soberanía del Derecho social en el interior de una organización cualquiera que sea. Pero el principio democrático es un principio tanto organizador del Estado como de la propia soledad, que penetra, pues, en estructura social (en la sociedad económica). Ella es el marco idóneo para conseguir un nuevo equilibrio entre la sociedad y el Estado. En su expresión formal, el ideal democrático expresado en la soberanía del derecho social supone que la totalidad social se afirma como la fuente de un nuevo derecho objetivo y participa directamente en las relaciones jurídicas internas a que da lugar.

Existe, pues, una coexistencia plural de derechos sociales autónomos. Dentro de su concepción pluralista – que no puede eludir cierto organicismo institucional -, las unidades sociales o comunidades sociales se presentan encadenadas entre sí, con multitud de eslabones. Así, si todo grupo particular tiende a temer su propio Derecho social autónomo, sin embargo se halla también integrado en grupos más amplios que reflejan la presencia de un interés común general frente a los intereses particularistas en juego correspondientes a cada grupo aisladamente considerado. De tal modo que, en última instancia, se hace primar en caso de conflicto insalvable el interés general sobre los intereses parciales correspondientes a cada uno de los derechos sociales particularistas.

En la práctica, el fenómeno de la globalización está vinculado a la transnacionalización del Derecho. De este modo el carácter complejo de la experiencia jurídica, determinante del

---

<sup>33</sup> RAMÍREZ S. (2003): Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena. [www.derechosindigenas.com](http://www.derechosindigenas.com).

<sup>34</sup> GURVITCH, G.;(2001): Elementos de la Sociología Jurídica. Estudio preliminar "Pluralismo Jurídico y Derecho Social. La Sociología del Derecho de Gurvitch", por José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares,.L. Granada. España.

pluralismo jurídico subyacente, supone la necesidad de establecer una verdadera teoría pluralista del Derecho, capaz de dar cuenta y de conformar también todas las variedades de la experiencia jurídica, que sitúa al hombre con la realidad.

## 2.1.2 PLURALISMO SOCIAL Y PLURALISMO JURÍDICO

"No existe protección adecuada de las minorías étnicas, sino a través de la existencia de pluralismo jurídico".<sup>35</sup>

Gurvitch<sup>36</sup> nos señalaba que el ámbito de lo jurídico no se limita al Derecho del Estado, también existe el Derecho emanado directamente de la sociedad y de los grupos sociales, el cual puede tener también la condición y el tratamiento técnico de Derecho positivo. *Es así que por derecho se entiende como el conjunto de reglas obligatorias que determinan las relaciones sociales impuestas en todo momento por el grupo al que pertenece el individuo, por lo que sí éste forma parte de varios grupos se encontrará sometido a distintos ordenamientos jurídicos.*

Esta concepción pluralista es parecida a la noción de "polisistemia simultánea" de André-Jean Arnaud<sup>37</sup>, que se caracteriza por la presencia de varios sistemas jurídicos "vividos" o "concebidos" en un mismo tiempo y en un mismo espacio.

El pluralismo jurídico ha supuesto una ampliación del horizonte de la experiencia jurídica dentro y fuera del Estado nacional, esta ampliación no puede pretender ya monopolizar la producción jurídica ni siquiera en su propio espacio territorial de supremacía.

En efecto, la sociedad contemporánea es una sociedad pluralista integrada por distintos sistemas u órdenes jurídicos autónomos o relativamente autónomos, donde las organizaciones y grupos sociales la sociedad civil mediatizan la relación de los individuos con el sistema político institucional.

---

<sup>35</sup> RAMÍREZ, S;(2002):Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena <http://www.pueblosindigenas.net>

<sup>36</sup> GURVITCH, G.;(2001): Elementos de la Sociología Jurídica. Estudio preliminar "Pluralismo Jurídico y Derecho Social. La Sociología del Derecho de Gurvitch", por José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares, S.L. Granada. España.

<sup>37</sup> ARNAUD, ANDRÉ-JEAN;(2006): Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis. Editorial: Boletín Oficial del Estado ISBN: 9788434016644 ...[www.intercodex.com/sistemas-juridicos-elementos-para-un-analisis-sociologico\\_19788434016644.html](http://www.intercodex.com/sistemas-juridicos-elementos-para-un-analisis-sociologico_19788434016644.html)

El orden jurídico de la sociedad no se limita al orden jurídico del Estado, cada sociedad está integrada de una multiplicidad de agrupaciones particulares y cada grupo particular se compone de una multiplicidad de formas de sociabilidad. A estas agrupaciones corresponde un tipo específico de Derecho (Derecho laboral, Derecho sindical, Derecho del estado, Derecho cooperativo, Derecho canónico, etc.). En el marco del Derecho que corresponde a los diversos tipos de agrupaciones y en los tipos de la sociedad global (Derecho feudal, Derecho burgués, Derecho europeo, Derecho oriental, etc.) se combina siempre una multiplicidad de especies de Derecho ligadas a la pluralidad de las formas de sociabilidad.

Pero de acuerdo a lo expuesto por Walsh<sup>38</sup>, el pluralismo jurídico parte de la necesidad de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas. En este sentido, el pluralismo jurídico refleja una aplicación de la pluriculturalidad oficial que antes mencionamos: añade un sistema basado en el reconocimiento e inclusión indígena a la estructura legal, sin hacer mayor transformación a ella en término de otro sistema no-indígena. El propósito es dar atención y cabida a la particularidad étnica, no a repensar la totalidad.

El reconocimiento de la jurisdicción indígena hace surgir importantes dilemas en relación a los derechos humanos, que retan algunas de los supuestos generalizadores del pensamiento liberal sobre la relación entre los derechos colectivos y los individuales. El debate actual gira en buena medida en torno a la cuestión de la relación entre los derechos humanos individuales y los derechos colectivos. En este debate parece ganar terreno la opinión de que *el goce de los derechos humanos individuales sólo puede realizarse plenamente en contextos sociales específicos y que por lo tanto su concepción como principios universales aplicables a los individuos en lo abstracto es insuficiente. La idea subyacente es que los derechos colectivos son instrumentales para la realización de los derechos individuales.*<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> WALSH, C. (2002) Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 4, No. 36, marzo del 2002. <http://icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html>

<sup>39</sup> WILLEM ASSIES, GEMMA VAN DER HAAR, A. J. HOEKEMA ( 1999) El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del estado en América Latina. El Colegio de Michoacán A.C. pp.519

Gurvitch<sup>40</sup>, es proclive hacia las doctrinas del pluralismo social y jurídico, especialmente las doctrinas institucionalistas y el pluralismo de Proudhon, doctrinas, notoriamente opuestas a las concepciones estatalistas del Derecho y abiertas al entendimiento de la realidad social como una totalidad multidimensional.

Se trata de una teoría que busca explicar la sociedad en su conjunto, y de una ideología, que pretende resolver el problema de la centralización del poder, sobre todo respecto del poder detentado por el Estado. Por ello propone una concepción pluralista de la sociedad, un modelo de la sociedad integrada por una multiplicidad de grupos y centros de poder, en posición dialéctica de conflicto y colaboración, siendo el Estado el centro de poder predominante (pero no el único), el cual pretende ejercer una función de hegemonía sobre todo los demás centros de poder promoviendo su integración.

El Derecho social extra estatal se percibiría como una manifestación de la tendencia centrífuga a la disgregación del poder central por la emergencia de los grupos socioeconómicos reales. El Derecho social es un verdadero derecho de integración en la diversidad de la experiencia jurídica en un medio ambiente jurídico marcadamente post-positivista que acentúa la permeabilidad y porosidad de los distintos sistemas jurídicos.

---

<sup>40</sup> GURVITCH, G.;(2001): Elementos de la Sociología Jurídica. Estudio preliminar "Pluralismo Jurídico y Derecho Social. La Sociología del Derecho de Gurvitch", por José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares, S.L. Granada. España.





## 2.2 CAPITULO II

### SOCIEDAD, CULTURA Y DERECHO

#### **Síntesis Capítulo II:**

El segundo capítulo se centra en la discusión sobre la Sociedad, Cultura y el Derecho.

Relevamos en este capítulo los aportes de la Antropología Jurídica en el marco jurídico penal, nos remitimos a sus orígenes y hacemos la descripción de conceptos que son utilizados habitualmente en estas reflexiones, como son la identidad étnica, la diversidad cultural, el multiculturalismo, la pluriculturalidad, y la interculturalidad.

Queremos poner en énfasis lo referido a los conceptos de representación, sentido colectivo, y capital cultural.

Nuestro interés en este capítulo se centra también en destacar los hitos que marcan un logro para el reconocimiento de los derechos indígenas, como es el C169, la Conferencia contra el Racismo, la Discriminación, Xenofobia y formas de Intolerancia, la relatoría sobre la situación de derechos Humanos y el foro permanente de Derechos Indígenas.

Destacamos también en este capítulo concepciones acerca la administración de justicia, la discusión acerca los derechos humanos, los derechos indígenas, y los derechos colectivos.



## 2.2.1 APORTES DE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA EN LA DISCUSIÓN SOBRE PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA.

Así, el estudio científico social de “lo jurídico” sobrepasa las fronteras del fenómeno legal propiamente dicho y contribuye al conocimiento de la sociedad analizada en su conjunto<sup>41</sup> .

Los aportes de la Antropología Jurídica han sido fundamentales para la visibilización y promoción del pluralismo jurídico.

La discusión que se ha centrado en la defensa de los Pueblos Indígenas y sus derechos ha avanzado por distintos escenarios, en donde tanto el derecho nacional como el internacional han sido objeto de la discusión más amplia y que tiene que ver con la existencia y respeto a los Pueblos Indígenas, insertos en el contexto dado por el avance de los estados modernos.

De ahí surge la pregunta expresada por las autoras Chenaut y Sierra, sobre ¿Cómo centrar el análisis desde una perspectiva antropológica que enfatice la relación entre normas y prácticas, en su uso e intersección, situándolas en su contexto socio-cultural e histórico<sup>42</sup>?

La antropología jurídica ha dado cabida a la discusión de distintas temáticas del derecho, temáticas vinculadas principalmente al estudio del derecho y el impacto de su ejercicio.

La antropología jurídica es un replanteamiento de la Antropología Social centrado en estudiar los fenómenos sociales cuando están más estrechamente relacionados con problemas de justicia, obligaciones, derechos, sentimientos y razones que en cierta manera denotan y connotan el ámbito o la cultura de lo jurídico. (...) hemos de entender que el Derecho

---

<sup>41</sup> AUBERT, 1969: 11, citado por Krotz, p. 25).

<sup>42</sup> CHENAUT, V. y SIERRA, M.T (Coord.) (1995) Pueblos Indígenas ante el Derecho. CIESAS; CEMCA, México.

es una parte viva de la sociedad y que la sociedad es viva toda ella, y debemos contextualizar e interrelacionar<sup>43</sup>.

De esta forma, al profundizar acerca de la ley y el derecho, se nos hace imposible no acudir a la existencia de la moral, o a la visión justa de lo moral.

Tal como lo señala Vinogradoff<sup>44</sup>, “El derecho no puede separarse de la moral, no hasta donde claramente contiene, como elemento propio, la noción de lo justo, a la que corresponde la cualidad moral de la justicia”.

La reflexión antropológica ha generado un marco de análisis específico, que en la praxis condice con la relación que se da entre las distintas formas de pensar el derecho, de administrar lo jurídico, de la jerarquía de lo normativo, y también del ejercicio punitivo.

Relevante también ha sido la discusión que han desarrollado diferentes antropólogos, de distintas generaciones, sobre los derechos humanos, los derechos colectivos, los derechos indígenas, y cómo éstos se interrelacionan con el derecho occidental, o el derecho positivista, en un marco institucional y normativo específico.

El ordenamiento y prácticas jurídicas vigentes en distintos grupos étnicos, diferentes a la de los estados, nos manifiesta la tensión permanente entre los estados y los pueblos indígenas; y que de una u otra forma, y en distintos grados, es a través de la antropología jurídica que se ha podido encontrar puntos de encuentro y discusión.

La Antropología jurídica, como lo señala Terradas<sup>45</sup>, *es el conocimiento derivado de etnografías y documentos históricos que nos enseña acerca de la variedad humana en su*

---

<sup>43</sup> Terradas, I. (2002) Realismo, Antropología Jurídica y derechos. En entrevista realizada por Dalla Corte, G.. pag 1

<sup>44</sup> VINOGRADOFF, PAUL (1913): Common Sense Law. Londres.  
<http://archive.org/stream/commonsenseinlaw00vino#page/26/mode/2up> citado e TERRADAS IGNASI (2008) Justicia Vindicatoria. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid.

<sup>45</sup> TERRADAS IGNASI (2008) Justicia Vindicatoria. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid.

*búsqueda de procedimientos para obtener justicia, para encajar y paliar la capacidad humana de dañar.*

La discusión acerca del derecho consuetudinario indígena y el derecho a la libre autodeterminación, ha captado la atención de muchos científicos, y ha puesto en manifiesto la necesidad de avanzar en torno a estas demandas, en donde la costumbre jurídica indígena es relevante en la discusión y debe ser incorporada para poder concebir una mirada pluralista del derecho.

Los estados, al no considerar en las legislaciones nacionales y no contemplar el reconocimiento del derecho tradicional indígena, lo que están haciendo es no valorar las estrategias de defensa de los intereses indígenas y sus estructuras organizacionales.

Krotz<sup>46</sup>, plantea que existen tres campos de estudio específicos de la antropología jurídica:

- a) El campo del derecho comparado como campo de conflictos y de luchas;
- b) El derecho como mecanismo de control social, y;
- c) El campo del derecho y la ideología.

Y nos inserta en la perspectiva socioantropológica del derecho, a diferencia de la visión únicamente jurídica, no busca construir modelos de aplicación general abstrayendo los contextos sociales, sino dar cuenta de la manera en que los sistemas jurídicos se encuentran inmersos en la cultura y el poder.

Relevantes han sido los aportes de Chenaut y Sierra<sup>47</sup>, quienes plantearon la importancia de relacionar la antropología jurídica con la discusión en torno al problema de lo jurídico como parte del sistema de control social que se ejerce en el medio indígena en un doble plano: aquel que concierne a mecanismos específicos que se generan en el ejercicio de la autoridad /sistemas de sanciones, manipulación de las normas, resolución de conflictos, y aquellos que remiten a variados aspectos de la vida social (familia, sistema de valores,

---

<sup>46</sup> KROTZ, E. (ed.) (2002). Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho, México, Anthropos – UAM.

<sup>47</sup> CHENAUT, V. y SIERRA, M.T (Coord.) (1995) Pueblos Indígenas ante el Derecho. CIESAS; CEMCA, México.

cuestiones en torno a la religión o la salud) donde aparecen expresiones jurídicas y mecanismos diferenciados de control social.

Sin duda los aportes de la Antropología Jurídica en temas de defensa de derechos indígenas han sido muy importantes, y por esa corriente se han desarrollado muchos artículos.

Desde otra perspectiva, Terradas (2008), señala no creer que el objetivo principal y la presentación más importante de la Antropología Jurídica sean exclusivamente estudios de cuestiones como las reivindicaciones jurídicas de pueblos indígenas o de determinadas minorías culturales<sup>48</sup>.

El análisis del pluralismo jurídico y de la interlegalidad han sido claves en los aportes a perspectivas teórico-metodológicas que proponen estudiar al derecho como un escenario específico, donde los distintos actores son quienes promueven la discusión sobre el derecho positivo, sobre la pertinencia de la aplicación de sus normas en contextos diferentes, y que ha servido para promover y fortalecer una estructura dominante, en donde la subordinación también existe.

D´Abraccio<sup>49</sup>, plantea que el antropólogo jurídico aporta a la lógica jurídica occidental la problematización del conocimiento objetivo construido por el saber dominante, el mundo social y cultural real, ya no es la estructura homogénea que organiza la norma jurídica, como control social privilegiado en el mundo moderno, la sociedad es polifónica, pluricultural y multiétnica, a tal punto que dicho aporte se convierte en un principio constitucional.

---

<sup>48</sup> TERRADAS IGNASI (2008) Justicia Vindictoria. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid.p.63.

<sup>49</sup> D´ABBRACCIO KREUTZER, G; (2002), Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural: La supervivencia y el diálogo de las diferencias. <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/guillermodabbraccio.htm>

Tal como lo señala Sánchez (1998), la antropología jurídica hace ruptura con la mirada positivista - silogística del derecho, donde la realidad sociocultural es concebida como homogénea, interpretada instrumentando una lógica estandarizada.

"el antropólogo jurídico busca ofrecer al juez otro conocimiento: el de la cultura a la que pertenece y donde se ha desarrollado un individuo infractor del derecho positivo, enfrenta el problema de mostrar lo posible, lo que puede llegar a ser aunque realmente no lo sea"<sup>50</sup> .

Krotz<sup>51</sup> señala que al hablar del orden jurídico o *de lo jurídico*, éste ha aparecido constantemente mezclado con el fenómeno del poder y con los procesos de construcción de identidades colectivas, particularmente de la identidad étnica.

---

<sup>50</sup> SANCHEZ, E. (1998) "Melicio Cayapu Dagua está preso mi sargento. Estado de normas estado de rupturas". Antropología Jurídica en Colombia Normas Formales Costumbres legales. (Compilación editora).1992. y "Construcciones epistemológicas para el conocimiento de sistemas de derecho propio". América Indígena Vol. LVIII números 1 y 2. Instituto Nacional Indigenista México D.F.

<sup>51</sup> KROTZ, E. (1995) Ordenes jurídicos, Antropología del Derecho, Utopía. Elementos para el Estudio Antropológico de lo jurídico. En Pueblos Indígenas ante el Derecho. Intersecciones de la Antropología y el Derecho. CHENAUT, V. y SIERRA, M.T (Coord.) (1995) Pueblos indígenas ante el Derecho. CIESAS; CEMCA, México.



## 2.2.2 IDENTIDAD ÉTNICA

La identidad étnica se entiende como un fenómeno dinámico e histórico, como una manifestación social de la individualidad, que es la base o fundamento en la identidad de un grupo y en lo central de un individuo.

Giddens<sup>52</sup>, plantea que en la actualidad se advierte que las instituciones modernas difieren de todas las formas anteriores de orden social por su dinamismo, que no sólo tocan temáticas de orden externo, sino que la modernidad altera de manera radical la naturaleza de la vida social y cotidiana y afecta a los aspectos más personales de nuestra experiencia, que pese a que la modernidad se exprese de una manera institucional, los cambios provocados por las instituciones modernas entretienen directamente con la vida individual y , por tanto, con el yo. El autor nos señala: “... *la vida social moderna está caracterizada por procesos profundos de reorganización del tiempo y el espacio, ligados a la expansión de mecanismos de desenclave; mecanismos que liberan las relaciones sociales de fijación a unas circunstancias locales específicas, recombiniéndolas a lo largo de grandes distancias espacio temporales*”.

Al hablar de la Identidad de alguna sociedad se nos hace ingresar al mundo de lo cultural, en aquel sistema de representaciones / representados, que entienden y comprenden los símbolos que se les presentan, se comunican de diferentes formas y en situaciones diversas, se plantean un análisis acerca de los significados de la vida, a las respuestas de la acción colectiva e individual.

Dentro del proceso de descubrimientos de significancias de identidad, existen varios elementos para el análisis del sentido identitario:

a) **Representación:** La Identidad se presenta como un modo de representación, de un ser dentro de un sistema colectivo, de un querer ser, con un arraigo a ciertas variables,

---

<sup>52</sup> GIDDENS, A. (1995), La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración, Buenos Aires, Amorrortu.

físicas, culturales, jurisdiccionales, institucionales y ambientales, que combinadas, interrelacionadas, nos evocan un modo en que nos representa y que representamos.

b) **Sentido Colectivo:** La Identidad fortalece los sentidos colectivos, también los crea, permite la agrupación, conforma una cultura local, con una mirada propia del mundo, con una (re)valorización de lo que se es, de lo que se quiere ser, lo entendemos como una generación de vínculos interpersonales que permite el desarrollo de una forma de convivencia, de control, de ejercicio de libertad y de una interrelación que sienta las bases del comportamiento social.

c) **Capital Cultural:** Se refiere a que la identidad permite que exista un sustrato cultural dentro de una comunidad, que influye el desarrollo de diferentes manifestaciones, que hay una serie de técnicas, formas, un mercado simbólico que constituyen un corpus, y que éste es dinámico y se retroalimenta. El capital cultural va en contra de la teoría de la generación espontánea, hay un marco referencial desde donde surgen diferentes expresiones y que estas expresiones son fruto de una cultura particular. El capital social comunitario hace referencias a las normas, instituciones y organizaciones que promueven: la confianza, la ayuda recíproca y la cooperación, y se plantea que las relaciones estables de confianza, reciprocidad y cooperación promueven buenas relaciones sociales.

d) **Interés por lo Público:** La generación de una forma de comportamiento, de permisos y restricciones, hablan del carácter público que genera una identidad, hablan de la existencia de un interés por lo colectivo, lo societal por sobre lo individual, es el interés por las formas de agrupación, de representación y de decisión.

La Identidad se puede definir con muchos elementos, existe una infinidad de diálogos en donde aparece el sentir acerca de una condición, que no es sólo entendida como geográfica, como límite físico, sino que encierra otras profundas realidades.

Lo que continúa es más aclaratorio en cuanto a la influencia de la modernidad sobre la identidad, y por ende, la influencia de las políticas sociales modernas sobre la identidad de quienes son intervenidos; el autor nos señala que la reorganización del tiempo y espacio, radicalizan y universalizan los rasgos institucionales preestablecidos de la modernidad,

transformando el contenido y naturaleza de la vida social cotidiana. Luego nos dice que existen tres elementos o conjunto de elementos principales que entran en consideración dentro de la dinámica de la vida social moderna.

El primero de ellos es lo que llama la separación entre tiempo y espacio, en donde toda cultura ha poseído alguna forma de calcular el tiempo así como también de situarse en el espacio, en donde exista un sentido de futuro, de presente y también de pasado, esta separación es la condición para la articulación de las relaciones sociales en ámbitos extensos de tiempo y espacio, hasta llegar a incluir sistemas universales.

El segundo elemento son los mecanismos de desenclave, son un orden postradicional, que busca generara confianza y seguridad para los actores sociales y sus sociedades.

En el tema territorial, los mecanismos de desenclave estarían dado por los principios de soberanía, de defensa de su territorio de quienes irrumpen su actividad social diaria.

El tercer elemento sería la reflexividad institucional, que se refiere al hecho de que la mayoría de los aspectos de la actividad social y de las relaciones materiales con la naturaleza están sometidos a revisión continua a la luz de nuevas informaciones o conocimientos, que a través de su información, o conocimiento, constituye a las instituciones y a su transformación.

La modernidad conlleva a la universalización de la actividad social, y que ha influido en la construcción de la identidad. Cualquiera que viva en condiciones de modernidad se verá afectado por su accionar.

La construcción social de la identidad, en términos de construcción colectiva, con un referente en común, y con perspectivas similares hace pasar un sentido de “estar en”, de “pertenecer a”, que la comunión con los otros provoque procesos de construcción de un modo, con significancias, símbolos, representaciones, etc., esto crea un accionar de separación con el otro, diferenciación, esta separación significa que no se identifica con lo contrario o diferente.

También el reconocimiento por el otro es parte determinante dentro del pertenecer a algo, su descripción externa permite solidificar los conceptos sobre sí mismo o sobre su grupo.

Los pueblos originarios de América y del mundo, reconocen a un sistema de organización, de estructuración y de ejercicio de poder que, en ese entonces, correspondía a los niveles de desarrollo que hay que situarlos en su tiempo.

Pacari <sup>53</sup>, señala que a partir de la colonización, y de haber sufrido la imposición de un nuevo sistema no solo distinto, sino perverso por las desigualdades y asimetrías que aún perviven, las estructuras y sistemas indígenas han perturbado con modificaciones necesarias y apropiaciones pertinentes, dando lugar a una continuidad histórica de los pueblos indígenas no obstante la dominación y exclusión de la que fueron objeto, por parte de nuevas autoridades coloniales y republicanas, y las instituciones que conforman y que inciden en el desenvolvimiento de los pueblos indígenas.

La autora señala que las identidades indígenas en la época colonial, se salvaguardaron y fortalecieron por dos vías:

a) La interna, dada por la fortaleza de su usos y costumbres, en la reconstitución de pueblos y territorios, así como en la reconstrucción y recreación de la memoria ancestral para proyectarse en un futuro con inclusión social que no es otra cosa que el posicionamiento del referente de la diversidad.

b) La externa, que permitió utilizar los mecanismos como los alzamientos, levantamientos indígenas o revueltas en contra del abuso que ejercieron en contra de una subcultura, del despojo, de la estructura del poder imperante.

En el período republicano, la identidad indígena se halla en un frente de dominación que genera y acentúa la pobreza y la miseria. Existen en un contexto de empobrecimiento

---

<sup>53</sup> PACARI, N. (2004) El auge de las identidades como respuesta social. En Castro- Lučić, M., (Editora), 2004, Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho. Programa Internacional de Interculturalidad. Universidad de Chile. LOM Ediciones. Santiago de Chile

general, con destrucción del medio ambiente y del hábitat de los pueblos indígenas desde las cordilleras hasta las costas, desde las montañas hasta las selvas y los ríos. Los recursos naturales de los que aún disponían hace algunas décadas los pueblos indígenas (como los bosques) han sido despojados y diezmados por intereses económicos privados y corporativos, transnacionales y burocráticos en el marco de la globalización neoliberal.

La persistente pobreza de la población indígena ha llevado a la disgregación de sus comunidades tradicionales y de las culturas propias, produciendo conflictos internos, migraciones masivas y desintegración del tejido social. A ello debe agregarse la creciente violencia que en alguna de las partes afecta a los pueblos indígenas, hablándose incluso de genocidios, en el marco de la militarización y paramilitarización de regiones indígenas enteras, del crimen organizado vinculado al narcotráfico y de la supuesta lucha contra el terrorismo.

La conformación de los Estados – Nación, su base constitutiva, partía de una hegemonía y de un proyecto político de racionalidad uninacional que excluía el principio de la diversidad y pluralidad identitaria.

En un documento escrito por D'Abbraccio<sup>54</sup>, se plantea que tanto la identidad étnica y cultural son un objetivo razonable que justifica tratos diferenciados, en donde la filosofía del Estado, organizado políticamente como una República Multicultural, coincide con la filosofía del Estado social de derecho pero no se agota en ella. Le adiciona un elemento ético, político y normativo: el del reconocimiento y la promoción de la identidad étnica y cultural como un principio constitucional de primer rango. Señala que "El hecho de que además, varios indígenas, especialmente los más aculturizados, pertenezcan a las "clases" sociales menos favorecidas, y que por lo tanto también sean beneficiarios de la filosofía del Estado Social, no puede confundirnos. Unos son los tratos diferenciados que ellos reciben como etnia y cultura diferente, y otros son los tratos diferenciados que ellos reciben como personas en situación de pobreza o de necesidad. En razón de su membrecía e identidad cultural, por ejemplo, ellos reciben el derecho a la autodeterminación judicial y cultural, el derecho a la titularidad colectiva de sus territorios, el derecho a ser informados y

---

<sup>54</sup> D' ABBRACCIO KREUTZER, G; (2002), Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural: La supervivencia y el diálogo de las diferencias. P.9  
<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/guillermomodabbraccio.htm>

consultados cuando un proyecto de desarrollo pueda afectar su integridad como cultura, o el derecho a ejercer de manera colectiva acciones judiciales como la de tutela”.

Señala que el Estado social como el Estado multicultural contempla una igualdad de trato que admite diferenciaciones, ambos son además Estados interventores, pero los objetivos perseguidos por el Estado social son distintos a los perseguidos por el Estado Multicultural. En el Estado multicultural, la protección y la promoción de las diferentes identidades étnicas y culturales constituyen el objetivo razonable que justifica tratos diferenciados.

De acuerdo a lo planteado por Adams<sup>55</sup>, la definición de identidad étnica que se da el grupo a sí mismo y la definición que se le da al grupo desde afuera, corresponden a dos realidades empíricas diferentes.

---

<sup>55</sup> ADAMS, R. (1991) The role of energy in the surge of ethnicity, en : Cultural Dynamics, vol. IV, Leiden.

### 2.2.3 DIVERSIDAD CULTURAL

Tal como lo señala Anaya<sup>56</sup>, existen en las Américas alrededor de 400 grupos étnicos aborígenes diferenciados en cultura, lenguaje, y modo de vida, constituyendo según cálculos conservadores, una población superior a los 30 millones de personas, lo cual representa alrededor del 10 por ciento de la población total de América Latina, siendo su peso demográfico creciente. Ellos incluyen desde pequeñas bandas selvícolas hasta importantes sociedades campesinas indígenas, fuertes, organizadas y poderosas en los países andinos.

De acuerdo a la revisión bibliográfica, dentro de las ciencias sociales y jurídicas surgen principalmente tres temáticas de interés: la diversidad cultural, el reconocimiento del derecho indígena y el pluralismo jurídico; éstas son reflejo de la discusión surgida desde los movimientos étnicos, y que buscan reivindicar sus derechos y el reconocimiento como población autóctona, con una historia, una cultura, y un marco valorativo y regulatorio diferente.

Las discusiones académicas hacen resaltar que existe una diversidad de culturas, y son los Estados quienes deben proteger de ellas, especialmente por la importancia de su historia y el reconocimiento a identidades particulares en un contexto más global.

Ante esta discusión surgen temáticas relativas al respeto a la diferencia, el rol del Estado en el resguardo de población étnica vulnerable, y la obediencia a matrices homogenizantes que impiden el desarrollo de las culturas locales.

Según Ramirez<sup>57</sup>, “uno de los desafíos que la diversidad cultural plantea al estado moderno es, precisamente, la admisión de la existencia en un mismo ámbito territorial, de modos de resolución de conflictos diferenciados. Y las minorías étnicas reclaman el respeto del ejercicio de sus propios derechos: “pretender una comprensión cabal de la relevancia que

---

<sup>56</sup> ANAYA, J., (2006): Los Derechos de los Pueblos Indígenas. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Mikel Berraondo (coord.). Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao

<sup>57</sup> RAMIREZ, S. (2003): Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena. [www.derechosindigenas.com](http://www.derechosindigenas.com) P3.

representa el hecho de que la diversidad se traduzca en una legislación diferenciada, si no se contemplan las discusiones – filosófica / política, antropológica, sociológica, histórica y jurídica- suscitadas, teniendo presente que cada una es un presupuesto y un complemento de las restantes. La dimensión jurídica es tal vez el nivel de análisis menos interesante cuando se pretende reconstruir una discusión signada por un sinnúmero de escenarios posibles”.

Otros autores, Como Bello <sup>58</sup>, señalan como rasgos de la diversidad la existencia de algunos elementos significantes, muchos de ellos, son los que dan sentido a la discusión de las diferencias, por ejemplo, se plantea la existencia de “emblemas de identidad”, es decir, criterios objetivos de autodefinición colectiva (Giménez, 2002). Entrelazados con sus demandas, los movimientos indígenas definen “emblemas de identidad”, iconos tales como la tierra y el territorio, la cosmovisión, la lengua o su apego a la naturaleza, y los utilizan como medios de contraste y diferenciación con respecto a sus antagonistas. La simbolización icónica (Sebeok, 1996), un conjunto de símbolos asociados por semejanza y codificados cultural e intencionalmente, es una forma de comunicación y registro que los actores hacen de su propia acción colectiva; por medio de ella procuran regular, reflexivamente, las condiciones generales de una reproducción sistémica (Giddens, 1995).

---

<sup>58</sup> BELLO, A. ;(2004): Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Publicación de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, noviembre de 2004, Santiago de Chile



## 2.2.4 MULTICULTURALISMO, PLURICULTURALIDAD e INTERCULTURALIDAD

Entendemos el multiculturalismo como una realidad empírica y una forma de organizar o administrar las diferencias culturales en el interior de los Estados nacionales.

El multiculturalismo se opone al asimilacionismo de Estado y a la negación de las diferencias culturales, intentando redefinir los términos por los cuales se ha organizado hasta ahora la sociedad y la comunidad política. Como realidad empírica, el multiculturalismo es una característica antigua de los Estados nacionales, incluso podríamos decir que ha sido una característica permanente de la sociedad antes de la formación de los Estados modernos<sup>59</sup>.

Otra definición nos señala que la multiculturalidad o pluriculturalidad es parte de la pluralidad étnico-cultural y el derecho a la diferencia, y opera principalmente por el reconocimiento y la inclusión dentro de lo establecido<sup>60</sup>.

Para Bello<sup>61</sup>, el Multiculturalismo es un concepto surgido en Canadá a principios de los años setenta, con el fin de abordar el tema de los inmigrantes, las minorías y los grupos étnicos y nacionales. Constituye una reacción frente a la evidente crisis de legitimidad de la asimilación multicultural en los Estados Unidos.

El autor señala que el multiculturalismo es definido, a lo menos, de tres maneras distintas. Una es *descriptiva y explicativa*, y se refiere al multiculturalismo como un proceso sociológico y cultural, un hecho social que existe en la mayoría de los Estados nacionales. En efecto, la mayor parte de los Estados existentes en el mundo, por no decir la totalidad, están compuestos por una heterogeneidad social y cultural.

---

<sup>59</sup> BELLO, A. (2004): Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Publicación de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, noviembre de 2004, Santiago de Chile.

<sup>60</sup> WALSH, C. (2002) Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 4, No. 36, marzo del 2002. <http://icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html>

<sup>61</sup> BELLO, A. (2004): Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Publicación de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, noviembre de 2004, Santiago de Chile

La segunda perspectiva es **normativa** y aboga por el respeto, valoración y aceptación de la diversidad cultural de los individuos y grupos en un marco de derechos y deberes diferenciados. El multiculturalismo normativo o multiculturalismo de Estado, sería, por tanto, una forma de administrar las diferencias culturales en el marco de los Estados nacionales o dentro de regiones o microregiones específicas. Su propósito sería la superación de las desigualdades que se generan en la sociedad como resultado de las diferencias culturales. En este sentido, el multiculturalismo como enfoque normativo constituye un proyecto basado en la tolerancia y el respeto a la diversidad y la diferencia.

Existe también un multiculturalismo filosófico o doctrinario, vale decir, un conjunto de enfoques y posturas éticas que entienden el multiculturalismo como una forma de comprensión y ordenamiento de la sociedad, en función de ciertos valores o principios políticos<sup>62</sup>. El multiculturalismo filosófico es tal vez uno de los más difundidos en la actualidad. En el debate actual se procura redefinir el carácter de la comunidad política y el Estado, a partir de la resignificación de las ideas de bien común y de "vida buena", pero también sobre la base de la búsqueda concreta de mecanismos jurídicos e institucionales que alienten y propugnen definiciones en el ámbito de un multiculturalismo normativo.

De esta forma la multiculturalidad y pluriculturalidad obedecen a criterios formales y oficiales, y se desarrollan alrededor del establecimiento de derechos, políticas y prácticas institucionales que reflejan la particularidad de las "minorías", añadiendo estos a los campos existentes. Por eso, el multi o pluriculturalismo oficial es a veces llamado "aditivo", como es la existencia de instituciones "indígenas" dentro del Estado. Sin embargo como expone la autora, es necesario considerar si este reconocimiento e inclusión pretende atacar las asimetrías y promover relaciones equitativas. O, si más bien, sólo añade la particularidad étnica a la matriz existente, sin buscar o promover una mayor transformación, principalmente porque su existencia dentro del estado, no tiene el poder o la posibilidad de sustancialmente alterar al estado, tampoco de promover mayores cambios y relaciones fuera de sus esferas particulares de operación. Es decir fuera de lo indígena<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> BELLO, A. (2004): Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Publicación de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, noviembre de 2004, Santiago de Chile P.90

<sup>63</sup> A veces lo pluri o multi está utilizado como término principalmente descriptivo, pero sus raíces y significados no se encuentran en la descripción, sino en las luchas en contra de la colonialidad pasado y presente y de la violencia simbólica, estructural y cultural que esta colonialidad se produce, en las luchas no por el

La construcción de un Estado pluralista requiere algunas bases claras para su desarrollo, es por ello que se articulan discursos y se deben establecer conceptos que permitan desarrollar un marco conceptual más concreto.

Una de los temas más determinantes para el desarrollo de esta discusión surge sobre la distinción entre derechos individuales y derechos colectivos.

En el ámbito de la filosofía-política, la disputa suscitada que alcanzó su auge contemporáneo en los años 80, entre los comunitarios y los liberales, tiene como punto de partida la identificación de la unidad para el ejercicio de los derechos: la comunidad versus el individuo<sup>64</sup>.

La definición de un Estado Pluralista, o su autodefinition, genera la existencia de derechos colectivos, esto plantea un cambio del paradigma jurídico basado en el pensamiento político liberal contemporáneo, estrechamente relacionado al principio de igualdad, además de propugnar un Estado más observador que mediador de los conflictos valóricos y sociales.

La posición de quienes defienden los derechos colectivos por sobre los derechos individuales se basa en que no es reductible lo macro a lo micro, ya que se pierde la esencia valórica que genera la cohesión del grupo, y con ello su patrimonio simbólico, cultural, histórico, jurídico, etc., los colectivistas mantienen que los intereses de los grupos no son individualizables, reducibles o trasladables a la suma de los intereses agregados de sus miembros.

La discusión se centrará de igual modo en el rol del Estado, y cómo éste se enmarca en un contexto globalizado. Si no se generan acciones directas, estrategias válidas y programas efectivos en la defensa de las comunidades indígenas, se estará acentuando y fortaleciendo

---

reconocimiento estatal (como que con eso los pueblos empiezan existir), sino por la reparación a la exclusión. Así, desde el movimiento indígena (y más recientemente desde el emergente movimiento afro), lo pluricultural implica el fortalecimiento de lo propio al frente de las otras culturas. [http://enlamiraconmafer.blogspot.com/2010\\_02\\_01\\_archive.html](http://enlamiraconmafer.blogspot.com/2010_02_01_archive.html)

<sup>64</sup> RAMIREZ, S., (2000). Publicado en: *Revista Pena y Estado # 4: Pueblos Indígenas y Derecho Penal*. Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto. <http://www.alertanet.org/dc-silvinar-bolivia.htm>. Así, se pueden enlazar entre los defensores del comunitarismo a autores tales como Michael Sandel, Alasdair MacIntyre, Michael Sandel y Michael Walzer. Desde la perspectiva liberal, son teóricos destacables John Rawls, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron y Ernesto Garzón Valdés. También vale la pena mencionar a Joseph Raz y a Will Kymlicka como aquellos que han intentado encontrar una vía intermedia entre las dos corrientes mencionadas.

la vulnerabilidad en que se encuentran las minorías indígenas, y por ello no estaría logrando el principio de igualdad.

La Interculturalidad, siguiendo la línea de Walsh<sup>65</sup>, se fundaría en la necesidad de construir relaciones entre grupos, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales, la multi o pluriculturalidad simplemente parte de la pluralidad étnico-cultural de la sociedad y del derecho a la diferencia.

El pluralismo jurídico contemporáneo, de acuerdo a lo planteado por Ortega<sup>66</sup>, rechaza el absolutismo de las normas estatales, pregonado por el racionalismo y el positivismo jurídico. Tiene necesidad de construir valores fundantes y criterios prácticos para viabilizar el diálogo inter-cultural.

Stavenhagen<sup>67</sup>, plantea que la emergencia de los pueblos indígenas como actores sociales y políticos es un proceso relativamente reciente y resultado de varias circunstancias. Se ha reflejado también en las nuevas perspectivas de las ciencias sociales y políticas y, a últimas fechas, de la ciencia jurídica.

El desarrollo de los movimientos indígenas no se presenta como un fenómeno aislado, y se inscribe dentro de la categorización científica social como los “nuevos movimientos sociales” y de acuerdo a su descripción obedecen más a un tipo identitario más que ideológico, son más de naturaleza étnica y cultural más que política, son los casos de

---

<sup>65</sup> WALSH, C. (2002) Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 4, No. 36, marzo del 2002. <http://icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html>

<sup>66</sup> ORTEGA, J. (2002), El Multiculturalismo y la Posmodernidad. <http://www.etniasdecolombia.org>.

<sup>67</sup> STAVENHAGEN, R. (2004) Pueblos Indígenas: Entre Clase y Nación. En Castro- Lučić, M., (Editora), 2004, Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho. Programa Internacional de Interculturalidad. Universidad de Chile. LOM Ediciones. Santiago de Chile. P. 30.

Ecuador, Bolivia, Guatemala, Nicaragua y Brasil. En el norte, Canadá y EE.UU. También en Australia, Nueva Zelanda, Filipinas, Japón, Noruega y Rusia.

Desde que se formularon las primeras constituciones políticas de los países Latinoamericanos, en el S.XIX no se habían dado un conjunto de reformas tan significativas como las que incluyen en los textos constitucionales por primera vez los derechos de los pueblos indígenas; y los Estados que aún no han reformado en ese sentido y sus constituciones tiene, cuando menos, nuevas legislaciones nacionales que van por el mismo sentido.

## 2.2.5.- ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS E INDÍGENAS

“La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias.”<sup>68</sup>

Consideramos que uno de los factores más relevantes para entender los procesos actuales en que se inserta la cuestión étnica es el desarrollo de un ambiente internacional propicio para el reconocimiento de derechos a los grupos étnicos.

Es en el ámbito internacional donde los distintos órganos de las naciones unidas, organismos regionales, instituciones de cooperación y organizaciones no gubernamentales, se han expuesto las problemáticas indígenas, y se ha prestado mayor atención a sus demandas.

Como lo señala Bello<sup>69</sup>, un punto de partida para evaluar lo logrado en las últimas décadas en lo relativo a los pueblos indígenas de América Latina en particular, y del mundo en general, es un *primer hito* concreto de consideración del derecho internacional de los pueblos indígenas, y se refiere a la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en 1.989 sobre pueblos indígenas y tribales<sup>70</sup>. Actualmente constituye el único tratado internacional sobre derechos humanos indígenas que lo hace vinculatorio para los Estados que lo ratifican, principalmente latinoamericanos.

---

<sup>68</sup> “La Corte Constitucional, al ordenar a una Corporación Nacional para el Desarrollo dar inicio a las actuaciones necesarias para restaurar los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito que tuvo lugar en el resguardo de la comunidad indígena Emberá-Catío. [http://www.defensoria.org.co/obss.php?\\_a=9&\\_b=645](http://www.defensoria.org.co/obss.php?_a=9&_b=645). "Sujetos de Especial Protección en la Constitución Política de Colombia", elaborado por la Corte Constitucional y publicado por el Consejo Superior de la Judicatura. Corte Constitucional, Sentencia T-380/93

<sup>69</sup> BELLO, A.;(2004): Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Publicación de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, noviembre de 2004, Santiago de Chile. P76.

<sup>70</sup> <http://www.oit Chile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf>

Luego un *segundo hito*, es la realización en agosto-septiembre del año 2001, en Durban (Sudáfrica), de la **Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia**, que entre sus principales resultados generó una rica agenda de trabajo, y dos instrumentos básicos para la puesta en práctica de las discusiones llevadas a cabo: La Declaración de Durban y el Programa de Acción de la Conferencia.

Un *tercer hito* es la creación, durante el año 2002, de la **Relatoría Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas**, a cargo de Rodolfo Stavenhagen.

Un *cuarto hito* es la realización en Nueva York de la Primera Sesión **del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas**<sup>71</sup>, realizada entre el 13 y el 24 de mayo de 2002.

Dentro de los Hitos para el Desarrollo de la Defensa de Derechos de los Pueblos Indígenas se destacan:

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 1989
- Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Durban (Sudáfrica), 2001
- Relatoría Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas. 2001.
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. New York. 2002.

---

<sup>71</sup> El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU es un organismo asesor del Consejo Económico y Social, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos; para ello, el Foro Permanente: a) Prestará asesoramiento especializado y formulará recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al Consejo, así como a los programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo; b) Difundirá las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promoverá su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas; c) Preparará y difundirá información sobre las cuestiones indígenas; El Foro Permanente se reúne una vez al año durante 10 días hábiles. El primer período de sesiones se realizó en Mayo del 2002 y anualmente las sesiones se las realiza en Nueva York o Ginebra.

## 2.2.6 ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La Administración de justicia se establece de acuerdo a las estrategias de Estado, que mayormente han estado alejadas de contemplar variables étnicas, territoriales y otras más próximas a los sistemas de interrelación entre la identidad indígena y la cultura occidental.

Para Bobbio<sup>72</sup>, plantea que *por Estado de Derecho se entiende en general un Estado en que los poderes públicos son regulados por normas generales (las leyes fundamentales o constitucionales) y deben ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan, el liberalismo establece una estructura cultural homogénea en la modernidad, ontológicamente el hombre tiene una única naturaleza.*

Esta supuesta "igualdad", ha generado nuevas formas de distinción de individuos, una segregación de clases que impone categorías, en donde los indígenas ocupan la parte de abajo, subyugados a leyes y su aplicación de acuerdo a los estados de turno.

De acuerdo a lo planteado por D'Abbraccio<sup>73</sup>, en una República Multicultural, además de los derechos humanos básicos a los que tiene derecho todo ciudadano de una república democrática (vida, integridad corporal, igualdad ante la ley, intimidad y buen nombre, información, privacidad, honra, libre desarrollo de la personalidad, libertad, libertad de conciencia, libertad de cultos, libertad de expresión, petición, libertad de locomoción, libertad de profesión y oficio, educación, salud, debido proceso, presunción de inocencia, habeas corpus, prohibición de ser sometido a esclavitud, prohibición de destierro, prohibición de desaparición forzada, a torturas, a trato crueles, inhumanos o degradantes, asociación, derechos políticos), los pueblos indígenas y sus integrantes tienen derechos colectivos que buscan garantizar su existencia como cultura diferente a la del resto de ciudadanos.

---

<sup>72</sup> BOBBIO, N.(1994), "Liberalismo y Democracia". Fondo de Cultura Económica. México. P.93

<sup>73</sup> D'ABBRACCIO KREUTZER, G; (2002), Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural: La supervivencia y el diálogo de las diferencias. <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/guillermomodabracchio.htm>



Este paso de reconocer la titularidad colectiva, no ya meramente individual de derechos humanos se registra como un logro decisivo dentro de la historia de la resistencia de los pueblos indígenas de América.

La libertad individual, como tópico, determina el funcionamiento y la variación paradigmática que sufren las formas en que la administración de justicia se presenta ante los indígenas.

Ramírez<sup>74</sup>, establece que con la independencia, e influidos por los ideales de la revolución francesa, se ingresó a un **paradigma asimilacionista** *todos eran iguales ante la ley, lo que se traducía en un trato desigual. Las diferencias eran ignoradas, y la igualdad esgrimida era sólo discursiva y formal.*

A partir de la segunda década del siglo pasado, y con movimientos indígenas que empiezan a consolidarse, se produce el salto al siguiente modelo aplicado, el **paradigma integracionista**, en donde se reconoce la existencia de comunidades diversas, pero sólo por la necesidad económica de negociar, y porque estaba en discusión quiénes eran propietarios de la tierra. Se inicia así una suerte de reconocimiento de los derechos, pero absolutamente limitados, y sin admitir que el reconocimiento, para ser tal, debía ser más profundo.

En varias constituciones americanas existe una positivación de algunos derechos humanos de los pueblos indígenas, así como de los actuales esfuerzos al interior de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos por expedir una Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas y una Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, respectivamente: *debe recordarse que aun, y quizás en mayor medida que los derechos universales-individuales del hombre, la efectividad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas depende en alto grado del nivel de conciencia y de decisión política que los respalde. Serán reconocidos como derechos en la medida en que un proceso político los logre ubicar a tal nivel*<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> RAMIREZ, S.; (2003): Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena. <http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/es/index.htm>

<sup>75</sup> D'ABBRACCIO KREUTZER, G; (2002), Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural: La supervivencia y el diálogo de las diferencias. P. 6

Otra autora, Van Cott<sup>76</sup>, nombra los elementos necesarios para convenir políticas que consagren la diversidad en sus constituciones, nos señala que *el reconocimiento constitucional de la configuración multiétnica y pluricultural de sus poblaciones por parte de una serie de estados Latinoamericanos, reforzado por las ratificaciones del Convenio 169 de la OIT, constituye un notable rompimiento simbólico con el pasado. Ha sido sugerido que tal vez podemos hablar de un “emergente modelo multicultural regional, y para ello es necesario (a) el reconocimiento retórico de la naturaleza multicultural de sus sociedades y de la existencia de los pueblos indígenas como colectividades distintas y subestatales; (b) el reconocimiento de la ley consuetudinaria de los pueblos indígenas como ley pública oficial (protegido en los artículos 8-9 del Convenio 169 de la OIT); (c) los derechos colectivos en la propiedad protegida de la venta, fragmentación o confiscación; (d) el estatus o reconocimiento oficial de las lenguas indígenas; (e) y una garantía de educación bilingüe”.*

Como lo señala D’Abbraccio <sup>77</sup>, el objetivo constitucional de proteger y promover la identidad y la integridad de las minorías culturales pretende pues, como primera medida, evitar a toda costa el etnocidio físico y cultural, para lo cual se debe además propender por la supervivencia de los ecosistemas que estos grupos habitan y sin los cuales, morirían culturalmente, y con alta probabilidad, también físicamente. En otras palabras, el objetivo constitucional de evitar la extinción física y cultural de los pueblos indígenas está íntimamente ligado al objetivo también constitucional de conservar el medio ambiente, especialmente el medio ambiente que cada pueblo indígena habita.

De esta manera, la protección del medio ambiente se convierte en un medio para la protección de la existencia física y cultural de los pueblos indígenas.

---

<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/guillermodabbraccio.htm>

<http://hdl.handle.net/10644/534>

<sup>76</sup> VAN COTT, D.;(2000<sup>a</sup>).“ Latin America: Constitutional Reform and Ethnic Right”, en Parliamentary Affairs, vol.53, issue 1 (Enero). Oxford: Oxford University Press.

<sup>77</sup> D’ABBRACCIO KREUTZER, G; (2002), Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural: La supervivencia y el diálogo de las diferencias. <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/guillermodabbraccio.htm>

La discusión se centra, sin embargo, en no sólo la idea de promover la participación de los pueblos indígenas en “el proceso de desarrollo”, sino en primer lugar promover su participación en la definición misma de ese desarrollo. Esto requiere una adecuada representación y participación de los pueblos indígenas en el proceso político.

Las formas de participación, también amplían las discusiones en este tema. El análisis se centra en la pertinencia de las estructuras de participación propuestas desde el estado, versus las formas de participación de las organizaciones tradicionales.

Por parte de las comunidades indígenas se busca perpetuar y hacer respetar las formas de organización y control social que aplican localmente, bajo estructuras de autoridad señaladas por concepciones patri o matrilineales que obedecen a características propias de cada comunidad y que nos hablan de una historia de organización, que difieren a las impuestas por estructuras de poder enfocadas desde una administración central.

Las demandas surgidas desde los/as indígenas para la autonomía es una de las piedras de tope para los estados, y los más conservadores señalan el peligro que presenta para la soberanía del Estado.

Más aun en estos tiempos de depredación de recursos naturales, en donde la mayoría de las comunidades son las que tienen los recursos para desarrollar negocios estatales como en el desarrollo de la minería, de la hidroenergía, de los yacimientos petroleros, de la explotación forestal, entre otros.

También se habla de la reorganización étnica en los estados nacionales de Latinoamérica, plantean que la configuración particular de esta estructura de oportunidad política ha promovido y contribuido a la formación de procesos de reorganización étnica que dependen de la interacción entre la alteridad negociada y la continuidad cultural.

En ese contexto, señalan, la presentación de las prácticas y tradiciones acostumbradas como el núcleo de una identidad intrínseca que debe entenderse como un recurso político y parte de una cultura de resistencia.

Kymlicka<sup>78</sup>, plantea que el reconocimiento del pluralismo jurídico implica el reconocimiento de que la justicia indígena es igualmente digna de respetarse, no como una concesión paternalista ni sujeta a una tutela específica. Señala que *el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico concierne las competencias territoriales, materiales y personales de la jurisdicción indígena y las constituciones reformadas a menudo requieren la formulación de legislación adicional a fin de establecer las formas de coordinación y compatibilidad entre los distintos sistemas legales. Sin embargo, se ha logrado poco avance en la formulación efectiva de tales leyes de coordinación.*

Con o sin los pueblos indígenas, la reforma y la reconfiguración de los Estados latinoamericanos es un proceso continuo impulsado por los requerimientos del ajuste a un cambiante orden global y la necesidad de la relegitimación del Estado mediante los procesos de democratización y la búsqueda de un nuevo pacto social, entre otras cosas.

Si bien los resultados de este proceso no pueden simplemente pronosticarse, esta reconfiguración implica claramente una desviación importante del modelo acostumbrado del Estado-nación. Esto provee el contexto para el reconocimiento del pluralismo y del consecuente acto de equilibrismo entre la participación indígena en el Estado y sus instituciones por un lado, y el respeto para con la autonomía de las instituciones indígenas por el otro.

---

<sup>78</sup> KYMLICKA, W. (1995). *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Clarendon Press, Oxford. P.7

## 2.2.7 DERECHOS HUMANOS INDÍGENAS

El caso analizado de conflicto intercultural de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, indicó que el paso de un Estado Derecho monocultural a un Estado de Derecho multicultural no es expedito, puesto que el deber ser de la nueva institucionalidad se llena de contenido cotidianamente en la tensión ideología liberal tradicional jurídica y nuevas concepciones sobre el derecho y la sociedad<sup>79</sup>.

Tal como lo señala Stavenhagen<sup>80</sup>, en la época moderna el debate sobre los pueblos indígenas fue desencadenado a raíz del primer contacto que tuvo la Europa del período de *los grandes descubrimientos* con los habitantes de ultramar. En el siglo XVI se desató en España una gran disputa acerca de cómo debía la Corona tratarlos, controversias en las que intervinieron Sepúlveda, Las Casas y otros, y se atribuye a Francisco de Victoria la paternidad del moderno *derecho internacional de gentes*.

Los derechos humanos, contruidos en el mundo occidental desde la Ilustración, no centran su interés en los pueblos indígenas, siendo tratados desde una perspectiva asistencialista y de protección institucional, principalmente por parte de sociedades filantrópicas y cristianas. *Las complicadas relaciones entre los pueblos originarios y los estados nacionales que surgieron de la caída y fragmentación de los imperios coloniales constituyen hasta la actualidad el marco de referencia de la problemática de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Los intereses vinculados a la economía globalizada desde mediados del siglo veinte han penetrado de manera creciente en los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, como es el caso en la cuenca amazónica, en los bosques boreales de*

---

<sup>79</sup> D'ABBRACCIO KREUTZER, G., (2002) Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural. (La supervivencia y el diálogo de las diferencias). Revista Aportes Andinos. Abril 2002 <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/guillermodabbraccio.htm>

<sup>80</sup> STAVENHAGEN, R. (2006) Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. En *Mikel Berraondo (Coord.) Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao

*la América septentrional, en el hábitat indígena del sureste asiático y de la franja siberiana del norte de Asia.*<sup>81</sup>

Es importante destacar que ya en 1.940 en México fue convocado el primer congreso indigenista interamericano, participando los gobiernos y científicos, con el objeto de coordinar la política indigenista continental, política que fue criticada por su falta de pertenencia<sup>82</sup>.

Luego, a principios de los cincuenta la Organización Internacional del Trabajo envió una misión a los países andinos y poco después organizó el Proyecto Andino de asistencia técnica y cooperación para el desarrollo de las comunidades indígenas de la región.

Ya en 1.957 la OIT adoptó el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes, que fue modificado en 1.989 y que dio lugar al Convenio 169. Esta transición supuso un cambio en la orientación de la postura de la OIT respecto a la protección y la promoción de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

El Convenio 169 es el único instrumento jurídico vinculante sobre los derechos de los pueblos indígenas y su base es su reconocimiento de la necesidad de adoptar medidas especiales con el fin de abordar la especificidad cultural de los pueblos indígenas y tribales y considerar sus prácticas culturales e instituciones tradicionales, prestando especial atención a la educación, la administración de justicia, la consulta con estas poblaciones y los procesos generales de desarrollo.

---

<sup>81</sup> STAVENHAGEN, R. (2006) Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. En *Mikel Berraondo (Coord.) Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao

<sup>82</sup> El acuerdo se concretó en 1940, en Pátzcuaro, Michoacán, con la celebración del Primer Congreso Indigenista Interamericano, disponiéndose la creación de tres órganos indigenistas que debían operar coordinadamente: "los Congresos Indigenistas Interamericanos, el Instituto Indigenista Interamericano y los Institutos Indigenistas Nacionales". El III quedaba así constituido en el organismo encargado de orientar y coordinar las políticas indigenistas de todo el continente, anhelo que estuvo siempre lejos de cumplirse debido a las decisiones de política interna de los países, a la debilidad de sus finanzas y a los mecanismos de "respeto a la soberanía de los estados miembros" que normaban finalmente las relaciones. <http://www.buenastareas.com/ensayos/Primer-Congreso-Indigenista-Interamericano-1940-Patzcuaro/3331886.html>

Pero, ¿Qué pueden esperar los pueblos indígenas desde una perspectiva de los derechos humanos?

Para Stavenhagen, la larga historia de opresión y exclusión social de los indígenas expresa la denegación de sus derechos humanos en el marco de los estados nacionales modernos<sup>83</sup>.

A pesar de las constantes demandas por parte de los indígenas al régimen internacional de los derechos humanos, como los reclamos para sí de todos los derechos individuales garantizados en la Declaración Universal (1948), los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966) y numerosos otros instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos : *En el siglo XVI se desató en España una gran disputa acerca de cómo debía la Corona tratarlos, controversias en las que intervinieron Sepúlveda, Las Casas y otros, y se atribuye a Francisco de Victoria la paternidad del moderno derecho internacional de gentes. Poco se sabe en cambio de las disputas que sin duda las hubo entre los indígenas acerca de cómo interpretar y cómo tratar a los pálidos invasores que sin más se adueñaron de los territorios, bienes y riquezas de los naturales, sin más argumento convincente que el caballo, el arcabuz y la cruz.. (...) Al asumir unilateralmente el derecho de conquista, la Corona dejó sin derechos propios a los autóctonos, salvo los que la propia Corona tuviera la gracia de concederles. Con algunas variantes, las demás potencias europeas hicieron lo suyo en las tierras que les tocó «civilizar»<sup>84</sup>.*

El enfoque clásico de los derechos humanos se refiere a los consagrados derechos civiles y políticos que, de acuerdo a los instrumentos jurídicos internacionales en la materia, poseen todos los seres humanos sin distinción de género, raza, nacionalidad, religión o condición social. Según las leyes, los indígenas también poseen estos derechos como todos los ciudadanos.

---

<sup>83</sup> STAVENHAGEN, R. (2004) Pueblos Indígenas: Entre Clase y Nación. En Castro- Lučić, M., (Editora), 2004, Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho. Programa Internacional de Interculturalidad. Universidad de Chile. LOM Ediciones. Santiago de Chile. P. 30.

<sup>84</sup> STAVENHAGEN, R., (2006): Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Mikel Berraondo (coord.). Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao p.21

Pero para los pueblos indígenas, el reconocimiento de sus derechos, pasa también por el reconocimiento de los derechos colectivos, que se resumen en derechos territoriales, jurídicos, culturales, sociales, económicos y políticas.

Se reconoce también, que existen grupos étnicamente diferenciados que constituyen minorías demográficas en muchos países, y quienes por razones diversas están relativamente excluidos del pleno goce de todo sus derechos humanos, particularmente de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Para ellos, el sistema internacional prevé medidas especiales de protección.

En tanto, los pueblos indígenas vienen planteando un tercer enfoque que se basa en el principio del derecho de los pueblos a la libre determinación, que constituye uno de los pilares fundamentales de las naciones Unidas. Argumentan, que habiendo perdido su soberanía durante la época colonial o incluso posteriormente, como fue el caso de Chile por ejemplo, los estados nacionales les han negado sistemáticamente su identidad como pueblos, pese a la existencia en ocasiones de tratados o acuerdos firmados por los propios Estados en que se les reconocía esta naturaleza.

Anaya<sup>85</sup>, señala que los pueblos, naciones o comunidades indígenas son grupos culturalmente diferenciados que se encuentran sumergidos en sociedades colonizadoras que nacieron de las fuerzas del imperio y de la conquista y que han sido privados de grandes parcelas de tierras, del acceso a los recursos necesarios para sostener sus vidas, y han sufrido históricamente la supresión de sus instituciones políticas y culturales por la fuerza.

Señala que en términos del Derecho Internacional ya establecido, el desarrollo más concreto que se ha producido acerca de los pueblos indígenas es el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo representa un marcado despegue en las políticas comunitarias mundiales sobre la filosofía reflejada en el convenio anterior, que promovía la asimilación de los pueblos indígenas en las sociedades mayoritarias. Este paradigmático cambio de dirección, incorporado por el Convenio N° 169,

---

<sup>85</sup> ANAYA, J., (2006): Los Derechos de los Pueblos Indígenas. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Mikel Berraondo (coord.). Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao



se indica en el preámbulo, el cual reconoce «las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en donde viven».

En cuanto a las *Declaraciones de ONU y OEA sobre derechos de los pueblos indígenas* cabe destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, fue autorizada en 1989 por la Asamblea General de la OEA para desarrollar un «instrumento jurídico» sobre los grupos indígenas, adoptando en 1996 un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>86</sup>, el que en febrero de 1997 la Comisión aprobó el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En marzo de 1.997 la CIDH puso el proyecto de declaración a disposición de la Asamblea General de la OEA, la que en junio del mismo año encomendó al Consejo Permanente la consideración del referido proyecto. En junio de 1.999 la Asamblea General resolvió establecer un Grupo de Trabajo del Consejo Permanente para que continuara con la consideración del proyecto.

En el año 2000, la CIDH aprobó un informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas<sup>87</sup>, en el señala que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, son los principales instrumentos normativos del sistema, y establecen una serie de derechos individuales que son particularmente relevantes para la situación de los indígenas de los países miembros. Expresa la Declaración en su Preámbulo:

---

<sup>86</sup> Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, febrero de 1997, en: CIDH, Informe Anual de 1997, OEA/Ser. L/V/III.95.doc.7, rev. 1997. (propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

<sup>87</sup> La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas. Capítulo I Antecedentes del Sistema Interamericano sobre los Derechos de Los Indígenas. Antecedentes Interamericanos sobre temas Indígenas. OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62 20 octubre 2000. <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.1.htm>

*Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, como son dotados por la naturaleza de razón y conciencia, deben proceder fraternalmente los unos con los otros. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular la cultura por todos los medios a su alcance, porque la cultura es la más elevada expresión social e histórica del espíritu.*

Estos instrumentos también reconocen otros derechos especialmente relevantes para los indígenas, como el derecho a profesar libremente sus ideas y creencias religiosas y de manifestarlas y practicarlas pública y privadamente (Art. III de la Declaración y 12 de la Convención), derecho a la preservación de la salud y el bienestar (Art. XI) a los beneficios de la cultura, (Art. XIII), al reconocimiento de su personalidad jurídica y de los derechos civiles (Art. XVII y 3), a participar y ser electo para cargos gubernamentales y públicos (Art. XX y 25), el derecho de asociación para promover ejercer y proteger sus derechos de cualquier naturaleza (Art. XXII y 16) a la propiedad, uso y goce de sus bienes (Art. XXIII y 21), el derecho a la honra y la dignidad (Art. V y 11) y a las garantías judiciales y debido proceso (Art. XVIII, XXV, XXVI 8 y 25).

Es en la Declaración Americana donde también se encuentran las obligaciones jurídicas, como instrumento que define las responsabilidades de los Estados de la OEA en materia de derechos humanos dentro del marco de la Carta de la Organización, en donde hay numerosas disposiciones que se han transformado en derecho internacional consuetudinario.

Los órganos centrales del sistema son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington D.C., U.S.A., y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica. La Comisión y la Corte pueden también aplicar como norma complementaria instrumentos internacionales especiales como por ejemplo, el Convenio 169 de la O.I.T. sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes"

La Convención sobre los Derechos del Niño, también es un tratado internacional ratificado por casi la totalidad de los Estados del mundo, y en su artículo 30 hace referencia a los Pueblos indígenas: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará, a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás

miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma»<sup>88</sup>.

En relación a lo anterior, y tal como lo señala Burger y Castro<sup>89</sup>, de forma progresiva, la protección de los derechos de los pueblos indígenas ha ido ocupando una parte cada vez más importante de la agenda internacional. Si bien es posible hacer una cronología con los eventos de mayor relevancia, este ha sido un proceso continuo y progresivo en el que han jugado un papel central las organizaciones, comunidades y pueblos indígenas.

Ambos autores señalan que en cuanto a los mecanismos cuyo mandato se encuadra específicamente en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, destacan el **GTPI**, el Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el **(FPCI)** Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Además, se han instaurado tres fondos específicos para los pueblos indígenas: el Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas, y los Fondos Voluntarios para la Primera y Segunda Década Internacional de los Pueblos Indígenas Mundiales.

Otros instrumentos que atienden a la protección señalados por ambos autores en materia de derechos humanos son los órganos convencionales, en especial el Comité de Derechos Humanos; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité de los Derechos del Niño; y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos, a través del mecanismo de los Relatores Especiales y Representantes del Secretario General<sup>90</sup>, principalmente. Por su parte, el Fondo Fiduciario de contribuciones voluntarias para luchar contra las formas contemporáneas de esclavitud y los fondos para Asistir Comunidades Conjuntamente

---

<sup>88</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, A.G.. res. 44/25, annex, 44 U.N.GAORSupp. (No. 49) en U.N. Doc. A/44/49, 1989, p. 167, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

<sup>89</sup> BURGER, J. Y CASTRO, D.; (2006): Pueblos indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de protección, agencias e instancias. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Mikel Berraondo (coord.). Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao

<sup>90</sup> Los tipos principales de comunicaciones enviadas por el Relator Especial son las «peticiones urgentes» en caso de inminente peligro de violaciones de derechos humanos de individuos o comunidades indígenas. El Relator Especial también transmite «cartas de alegación» a los Gobiernos en casos de menor urgencia.

(*Assisting Communities Together*-ACT) han financiado varios proyectos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

## 2.3 CAPITULO III

### PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA

#### **Síntesis Capítulo III:**

En el capítulo tercero nos centramos en plantear cómo ha sido el desarrollo del Pluralismo Jurídico en Latinoamérica.

Hacemos el recorrido desde la concepción de la conformación del Estado- Nación en América Latina, y revisamos los modelos jurídicos que lo inspiran, destacando la visión única del derecho impuesto, y que ha pretendido anular las distintas formas ancestrales de resolución de conflictos, relevando que aún existen, y que en algunos estados se da de forma permitida, y en otras, de forma clandestina.

Desde este capítulo vemos el desarrollo de las bases de la dominación, que surge desde los estados, y continuamos con una síntesis de la problemática indígena en América Latina.

Destacamos los conflictos étnicos y las responsabilidades de los estados en éstos, principalmente por su constante visión totalizadora y homogenizante, además de muchas veces usurpadora.

Finalmente, en este capítulo revisamos cómo ha sido el avance, en algunos casos, del pluralismo jurídico Penal y destacamos la importancia de la tradición cultural para la existencia de los pueblos indígenas, y de esta manera impedir las conductas genocidas que surgen desde los estados.



### 2.3.1. TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO Y EL DESARROLLO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA

De acuerdo a lo expuesto por Crossman<sup>91</sup>, el Estado-Nación surge para el control del hombre, más que para su desarrollo, y su origen se basa en los determinados cambios económicos y sociales que ocurrieron entre los siglos XIII y el XVI en Europa.

El análisis de las transformaciones sufridas por el Estado debe considerar tanto la historia anterior, la (re)definida por los procesos de colonización y los dados en la etapa de instauración de la República, como forma de construcción de un Estado Nación; y posteriormente en los procesos de fortalecimiento.

Para Maffi<sup>92</sup>, la conformación del Estado- Nación en América Latina surge en el siglo XIX, y se basan en el modelo europeo y norteamericano, que se centra en una visión única del derecho y de su aplicación, llamado “monismo jurídico”: la nación es un estado y un estado es un solo derecho. El monismo jurídico que fuera inaugurado por los romanos en occidente (como medio de unificar la dominación de una diversidad amplísima de pueblos), llegó a su mayor esplendor con las ideas de Hans Kelsen y el positivismo jurídico.

La incidencia del monismo jurídico en los sistemas de normalización y homogeneización cultural fue directa, promovió procesos de aculturación, y en algunos casos fue responsable de procesos de genocidio y etnocidio, incidió en que a pueblos nómades se les obligara a ser sedentarios y hoy están condenados a desaparecer.

Como por ejemplo, los Kawesqar, pueblo originario de la Patagonia, que forman parte de los pueblos canoeros del extremo sur del continente americano. Son habitantes de la zona de los fiordos y de los canales entre el Golfo de Penas y el Estrecho de Magallanes, en la

---

<sup>91</sup> CROSSMAN R. H. S. (1974): Biografía del Estado Moderno. Fondo de Cultura Económica. Colección Popular. México. 1974 Tercera edición en español. (Primera edición en inglés 1939).

<sup>92</sup> MAFFI, J.J., (2006), Condiciones de posibilidad de un modelo plural jurídico para la Argentina. <http://www.indigenas.bioetica.org/inves35.htm>

Patagonia chilena, Tierra del Fuego. En un principio eran eminentemente nómades, por lo que su travesía por los canales era una situación diaria y basada en conocimientos ancestrales transmitidos de generación en generación, lo que les permitía alimentarse en base a mariscos, peces, lobos marinos, ballenas y aves, además de usar sus cueros para abrigo.

En 1936, se instaló en Puerto Edén una base de la Fuerza Aérea de Chile (FACH) destinada a apoyar una línea de hidroaviones que uniría Puerto Montt con Punta Arenas. Luego, en 1960 se construyó la escuela, y Puerto Edén quedó bajo la jurisdicción de Carabineros de Chile. La base aérea de la FACH, en un tiempo pasó a ser parte de una sociedad alimentaria y ahora corresponde a la Capitanía de Puerto, dependiente de la Armada de Chile, y es quien autoriza o rechaza a la población Kawesqar para el tránsito por los canales de la Patagonia. Las constantes modificaciones de los patrones de vida diaria de los Kawesqar, los ha condenado a desaparecer. Las reglamentaciones de tránsito por los canales, las prohibiciones caza y pesca, los traslados de los lugares donde habitan, y la imposición de una cultura nacional de Chile ha llevado al genocidio cultural de este Pueblo, además del contagio de enfermedades dado por los colonos y misioneros europeos.

La última década del siglo XX es la fecha en que existe un cambio del sistema de pensamiento jurídico monista, al sistema de pensamiento jurídico pluralista en algunos países de América Latina, principalmente porque el pluralismo jurídico constaba en sus textos constitucionales y consagraban la pluriculturalidad y multiplicidad de etnias en el territorio nacional, y se centraba en pluralismo jurídico como modelo. Además, algunas reformas a la constitución y la ratificación del Convenio N°169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Pueblos Tribales fueron indicadores de cambio del monismo al pluralismo.

Según lo expuesto por Ramírez<sup>93</sup>, a partir de los 80, y los 90, se produjeron reformas relevantes en la mayoría de la constituciones latinoamericanas, que avalan el criterio del respeto a los pueblos indígenas en el marco de un paradigma que ha transitado el camino de la asimilación-integración para llegar -finalmente- al desafío de la construcción de un Estado pluricultural.

---

<sup>93</sup> RAMIREZ, S.; (2003): Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena. <http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/es/index.htm>





### 2.3.2. PROBLEMÁTICA INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA

Hoy en día, la mayor parte de los pueblos indígenas viven en condiciones de extrema pobreza. Las principales causas de esta situación se encuentran en las reformas liberales del siglo XIX, que tuvieron como objetivo la introducción de la noción de propiedad privada de las tierras, *este proceso trajo consigo la pérdida progresiva de tierras y el quiebre de las economías comunitarias, incentivando procesos de migración campo / ciudad, así como la estructura y dinámica de la inserción laboral tanto dentro de los espacios rurales como particularmente en el interior de las ciudades. En los años recientes, las reformas estructurales de las economías en América Latina han golpeado duramente a las poblaciones indígenas, acelerando los procesos de migración y marginalización*<sup>94</sup>.

Si nos situamos en el presente, y vemos cuáles han sido las problemáticas que se arrastran a través de la historia entre estado e indígenas en Latinoamérica, a modo general, sin considerar lo específico de cada demanda, nos atrevemos a resumirlas en demandas relacionadas con la tierra, el territorio, la defensa de su identidad, lenguaje y cultura.

Antes, debemos considerar las acciones estatales con respecto a los pueblos indígenas. Podemos señalar que el “ desarrollismo”, como corriente económica, toma fuerza en los años 50, en donde el proceso modernizador comenzado por los gobiernos se torna agrario, impulsando reformas, en una suerte de reingenierías, *“ las reformas agrarias van a servir no sólo para cambiar, parcialmente, las condiciones de vida de los hasta ese momento campesinos indígenas, sino que también serán una plataforma para el desarrollo de las organizaciones campesinas e indígenas, así como para la toma de conciencia y la participación política. Las reformas agrarias abren un nuevo escenario de relaciones entre comunidades y organizaciones locales, que de a poco se irán expandiendo hacia el ámbito regional y nacional”*<sup>95</sup>.

Este proceso continúa por los años 60 y 70, dependiendo de los gobiernos de turno, de este modo, las políticas desarrollistas se establecen en las comunidades indígenas, buscando

---

<sup>94</sup> PLANT, R.:(1998), Issues in Indigenous Poverty and Development, Draft for Limited Distribution and Comments. [http://www.cepal.org/publicaciones/DesarrolloSocial/8/LCL2518PE/sps118\\_lcl2518.pdf](http://www.cepal.org/publicaciones/DesarrolloSocial/8/LCL2518PE/sps118_lcl2518.pdf)

<sup>95</sup> BELLO, A.:(2004): Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Publicación de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, noviembre de 2004, Santiago de Chile.

la mayor eficiencia de la explotación agraria, tanto en campesinos indígenas, como los no indígenas.

De esta forma, estado y mercado suman fuerza e intervienen las sociedades rurales de Latinoamérica, de distintas formas, y bajo distintas concepciones de desarrollo y modernidad, que nada tiene que ver con la cosmovisión indígena.

Esta visión desarrollista fracasa, y es propio de su inicio al no contemplar los factores culturales que están en juego, la explotación de recursos se hace en términos de eficiencia, de más por menos, independientemente de los objetivos y la relación que tienen los indígenas con los recursos naturales.

Sin embargo, estas acciones definidas desde el estado son las que configuran pequeños movimientos indígenas que surgirán tanto en los 70 como en los 80, principalmente en los pueblos indígenas con mayor porcentaje de población indígena.

Estos movimientos acentúan su acción con la crisis de las democracias que sufren algunos países del sur y centro América, con ello se interrumpen proyectos populistas y se cuestiona ese modelo desarrollista que no concuerda con los propósitos de las culturas indígenas.

Para los indígenas, según Bello<sup>96</sup>, este período supone un reacomodo de sus demandas, su organización y formas de simbolización política, hasta entonces de corte campesino, con lo que se comienza a transitar hacia una nueva fase donde lo étnico empieza a adquirir una fuerza hasta entonces inédita.

Ya en los 80, y 90, comienzan a gestarse transformaciones dentro de las estructuras económicas, afectando nuevamente a los indígenas, tanto en sus formas de producción, como en su estructura organizacional y en su representatividad.

En este contexto, es innegable que desde los años ochenta las reformas al Estado y las transformaciones estructurales de la economía y la sociedad introducen una crisis que trastoca los significantes y significados de la política, la participación y la representación.

---

<sup>96</sup> BELLO, A.;(2004): Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Publicación de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, noviembre de 2004, Santiago de Chile.

Los partidos políticos y los grandes sindicatos pierden su relevancia como instancias de mediación y representación de demandas populares.

Estos problemas han tomado mayor fuerza desde la década de los 90, en donde aquellos países con diferentes porcentajes de población indígena, han elevado la voz y sumado fuerzas para demostrar su descontento.

En Ecuador, por ejemplo, a principios de 1990, sucede un levantamiento indígena que no deja indiferente a las autoridades del estado, no sentidas como sus autoridades.

En Bolivia, también suceden masivos encuentros entre agricultores, que bajan de los más remotos lugares para bloquear carreteras, convocar huelgas, y encontrarse entre Quechuas y Aymaras, y profundizar sus demandas para buscar conducirlos de una manera que les permita salir de la exclusión en la que viven.

En Chile, en 1990, surgen manifestaciones, paros, huelgas y otras expresiones en busca de reivindicar actos de usurpación, etnocidio y exclusión del que son parte a partir de las políticas de estado. También en el año 1996, debido a la acción de explotación de recursos por parte de terceros, principalmente empresas forestales e hidroeléctricas, surgen diversos hechos en contra de las empresas instaladas en los territorios indígenas, proyectos que se llevaron a cabo igualmente, con un alto costo medioambiental y cultural, a pesar de la oposición de los afectados y de una minoría no indígena, consciente de los hechos antes ilustrados.

También en México, en el año 1994, el movimiento indígena queda visualizado a partir de la aparición del Frente Zapatista de Liberación Nacional (FZLN), movimiento que ha sido icono de la resistencia para muchos pueblos y culturas indígenas, y también nuevos movimientos contraculturales que nada tienen que ver con la causa indígena.

Otros movimientos similares surgen en Brasil, como son los campesinos sin tierra, en Paraguay, Perú, Colombia, Guatemala, Nicaragua y otros.

Sin duda, y ya después de una década de este despertar indígena, podemos considerar que se han hecho visible las problemáticas étnicas, en donde el Estado ha tomado parte, y no precisamente del lado indígena, sino más bien de los inversores, ejemplo de ello es en Bolivia con el gas, en Chile con las forestales y los recursos hídricos, en Brasil con los

depredadores de la selva amazónica, en Argentina con los recursos hídricos y territoriales (caso Benetton), y otros, que principalmente buscan los recursos naturales para su explotación y lucro, mostrándose indiferentes a las crisis ecológicas y étnicas.

Las demandas han cuestionado las políticas de estado en diversas materias, especialmente las que tienen relación con el agotamiento de recursos ambientales, y humanos. Estas demandas, insatisfechas aún, han generado una inquietud internacional al respecto, posibilitando escenarios de discusión para este nuevo actor social, que siempre ha estado, pero que ahora se ve, aunque es insuficiente.

Este nuevo actor, se torna político, con formas diferentes a las tradicionales para hacer política, en donde ese talante propio de las autoridades no es entendido sin hechos claros, y que realmente no logran dar solución a las problemáticas que se exponen.

Este nuevo actor, que se torna molesto para quienes buscan hacer negocios con los recursos naturales, genera también desafíos, más aún si ven que están empoderados y que toman iniciativas, que participan de cumbres internacionales, y que se manifiestan en contra de otras (APEC, TLC, etc.). Este actor propone desafíos, cuestiona modos de inclusión y participación política histórica, basados en el monismo jurídico, y que obedece a un modelo de sociedad excluyente.

Este cuestionamiento acerca de las relaciones entre Estado e indígenas, plantea una serie de conflictos, que se relaciona con las transformaciones de Estado en América Latina. Como lo plantea Stavenhagen<sup>97</sup> los llamados “conflictos indígenas” se relacionan directamente con las transformaciones experimentadas por el Estado durante los últimos años, así como con un sinnúmero de otras causas, entre las que se encuentran el problema de la tierra, la pobreza y los atropellos a los derechos humanos. Todas estas cuestiones conforman el núcleo de demandas que la acción colectiva indígena procura conjugar por medio de la “política del reconocimiento”. El “retroceso” del Estado en ámbitos claves ha transformado el “espacio público” y debilitado ciertos principios de legitimidad y cohesión social sobre los que se fundaba el modelo de ciudadanía, hasta ahora vigente. En otro frente, la crisis de gobernabilidad democrática en la región durante la última década ha

---

<sup>97</sup> STAVENHAGEN, R., (2001): La cuestión étnica, México, D.F., El Colegio de México.

tenido efectos negativos para los pueblos indígenas, pues el sistema que acogía, aunque escasamente, sus demandas y problemas, ha restringido los canales de participación y negociación, y asimismo ha limitado su capacidad de respuesta a los nuevos y viejos requerimientos de estos grupos.

Con dudas, y a causa de tanta promesa electoral incumplida, los procesos de democratización incluyen algunas demandas indígenas, teóricamente están presentes, pero no en la práctica, ejemplo de ello es el caso de México, Perú, Bolivia y Chile. No hablaremos acá de los buenos deseos que tienen ciertos gobiernos en tiempo de elecciones para con los indígenas, pero no existen cambios a la hora de incluirlos en organizaciones civiles, representación en la cámara de diputados, y mejor ni hablar en la cámara de senadores. Claramente existe una mala disposición para que los diversos Estados de Latinoamérica reconozcan e incorporen a los indígenas en el sistema político, y varíen sus artimañas políticas en pro de los derechos indígenas, esto en materia de representatividad, y en materia de espacios y recursos para acoger al conjunto de demandas sociales que existen, los derechos colectivos, el reconocimiento, el bilingüismo y el biculturalismo, o la ampliación y restitución de las tierras comunitarias.

Ante este escenario, existe una mala concepción sobre el rol del Estado, les hace perder la legitimidad, y se muestra incapaz de responder positivamente a las demandas indígenas, aunque algunos estados se muestran tranquilos, o al menos no preocupados, principalmente porque es una problemática de larga data, que aparece dentro de las problemáticas estructurales, y que de alguna forma, asume la exclusión y la pobreza de los indígenas como parte de lo cotidiano, en donde se apunta a que son características culturales de los pueblos atrasados, incivilizados, para algunos, salvajes, y que obedecen a problemáticas de clase, más que de dominación de una cultura, la occidental, por sobre otras, las indígenas.

A modo de síntesis, y recurriendo a varios documentos que lo confirman, la problemática actual de los pueblos indígenas de Latino América es creciente, principalmente por las cifras macroeconómicas negativas, por la disminución de recursos naturales que permiten su subsistencia, por la degradación de éstos, por la invasión de inversores internacionales, por las pocas garantías jurídicas, y por la perspectiva de muchas autoridades, que no ven a los indígenas como actores sociales representantes de una parte de la nación, sino que los ven como un folclorismo que da color y nutre de una diversidad falseada en los actos públicos.

Según Anaya<sup>98</sup>, se señala que el contenido específico de una nueva generación de normas internacionales consuetudinarias concernientes a los pueblos indígenas está todavía en desarrollo y sigue siendo un tanto ambiguo. Aun así, los elementos esenciales de las normas están, de manera creciente, siendo confirmados y reflejados en el diálogo extensivo multilateral y en los procesos de decisión centrados en los pueblos indígenas y sus derechos. Estos elementos esenciales se pueden resumir en los siguientes puntos:

1.- *Autodeterminación.* A pesar de que diversos Estados se han resistido de manera expresa a la utilización del término autodeterminación en relación con los pueblos indígenas, es posible mirar más allá de sensibilidades retóricas para percibir un consenso amplio al respecto. Ese consenso sostiene la opinión de que los pueblos indígenas tienen derecho a continuar siendo considerados como grupos diferenciados y, como tal, a tener el control de su propio destino en condiciones de igualdad. Este principio tiene implicaciones para cada decisión que pueda afectar los intereses de un grupo indígena.

2. *Integridad cultural.* Hoy existen pocas controversias sobre el planteamiento que reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar libremente sus identidades culturales diferenciadas, dentro del marco de principios de derechos humanos generalmente aceptados y, por lo tanto, aplicables. La cultura es entendida generalmente de manera que incluye pautas afines, lengua, religión, rituales, arte y filosofía: de manera adicional, se entiende cada vez más que abarca pautas sobre el uso de las tierras y otras instituciones que pueden extenderse hacia esferas económicas y políticas. Además, los gobiernos están llamados a mantener y, de hecho, mantienen por sí mismos obligaciones positivas en este ámbito.

3. *Tierra y recursos.* En general, se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a la propiedad de, o a un control sustancial sobre y acceso a, las tierras y recursos naturales que tradicionalmente han sustentado sus respectivas economías y prácticas culturales. Donde los pueblos indígenas han sido desposeídos de sus tierras tradicionales o han perdido el acceso a los recursos naturales a través de la coacción o el fraude, la norma

---

<sup>98</sup> ANAYA, J., (2006): Los Derechos de los Pueblos Indígenas. Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao P.58.

para los gobiernos es la de establecer procedimientos que permitan a los grupos indígenas afectados recuperar las tierras o el acceso a los recursos que necesiten para su subsistencia y prácticas culturales y, en circunstancias apropiadas, a recibir una compensación.

4. *Bienestar social y Desarrollo.* En relación con el fenómeno histórico que ha dejado a los pueblos indígenas entre los más pobres de los pobres, se acepta con carácter general que se debe prestar a los pueblos indígenas una especial atención en relación con su salud, vivienda, educación y empleo.

5. *Autogobierno.* El autogobierno es la dimensión política de la autodeterminación, tal y como la conocemos. Los elementos esenciales de una norma en desarrollo sobre un autogobierno *sui generis* en el contexto de los pueblos indígenas se basa en la coyuntura de preceptos ampliamente aceptados sobre la integridad cultural y la democracia, en los que se incluyen preceptos sobre el gobierno local. La norma mantiene la autonomía local gubernamental o administrativa para las comunidades indígenas de acuerdo con sus modelos históricos, políticos o culturales, mientras que, a su vez, defienden su participación efectiva en todas las decisiones que les afecten y que son tomadas por las instituciones estatales del Gobierno. La participación, en este sentido, incluye consultas previas con los pueblos indígenas en relación con cualquier decisión que pueda afectar a sus intereses.

6. *Especial obligación de cuidado.* La total implementación de las normas precedentes, y la activa protección del disfrute de los pueblos indígenas de todos los derechos humanos y libertades fundamentales generalmente aceptados, son el objetivo básico de una obligación especial de velar por los intereses de los pueblos indígenas. Con creciente intensidad durante los últimos años, la comunidad internacional ha mantenido a los pueblos indígenas como sujetos especiales de preocupación y de búsqueda de soluciones consensuadas para asegurar sus derechos y bienestar. De manera adicional, resulta cada vez más evidente que los principales actores internacionales esperan que los Estados actúen en sus ámbitos domésticos a través de medidas positivas para salvaguardar los derechos e intereses de los grupos indígenas que existan dentro de sus fronteras. Cualquier Estado que no consiga mantener una obligación de cuidado hacia los pueblos indígenas y permita la flagrante o sistemática ruptura de las pautas que hemos mencionado más arriba, tanto si se admite



como si no se admite su carácter de Derecho Consuetudinario, se arriesga a una condena internacional. El término «tutela» o «relación de tutela» no se usan comúnmente en los discursos internacionales contemporáneos en relación a los pueblos indígenas.

### 2.3.3 PLURALISMO JURÍDICO PENAL COMPARADO EN AMÉRICA LATINA.

Ramírez<sup>99</sup>, plantea que si bien es cierto que en la mayoría de los Estados Latinoamericanos se declara la existencia de un Estado multilingüe y pluricultural, también es cierto que se deja librado a la legislación secundaria la regulación y operatividad de lo contenido en las constituciones en forma de garantías.

El autor señala que es un rasgo que no se puede ignorar, ya que se corre el riesgo de adherir a declaraciones de principios, cuando fácticamente los problemas se mantienen insolubles debido a una realidad aparentemente inalterable: *Así, desde Bolivia a Guatemala, desde Brasil hasta Colombia, numerosos países - en la modificación de sus constituciones- han incorporado el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT. A todas luces esta medida es insuficiente para dar cuenta del inmenso desafío, pero constituye un avance lo suficientemente destacable en las estrategias que se diseñen para reafirmar la identidad de los pueblos indígenas.*

En relación al *sistema penal*, y de acuerdo a lo expresado por Ramírez<sup>100</sup>, la recepción de la diversidad en el sistema penal en un contexto definido por el ordenamiento jurídico positivo, tendría tres caminos posibles para su aplicación:

- i. El diseño de una ley especial, que articule dos jurisdicciones consideradas como independientes.
- ii. Incorporar en el articulado de las leyes sustantivas y adjetivas (Código Penal y el Código de Procedimiento Penal) normas que respeten y regulen la relación entre grupos culturales diversos.
- iii. Una vía intermedia, que incursiona en las dos alternativas mencionadas. De este modo se contempla la elaboración de una ley específica, a la vez que también se realiza una modificación del ordenamiento jurídico vigente.

---

<sup>99</sup> RAMIREZ, S.; (2003): Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena. <http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/es/index.htm>

<sup>100</sup> *ibid*

Se considera que en el contexto del sistema penal es donde existe mayor notoriedad de las diferencias y los conflictos entre lo jurídico y lo cultural. Principalmente porque el derecho penal se origina y se desarrolla en base a valoraciones sociales del grupo dominante, por lo que muchas veces estas valoraciones son ajenas a la cosmovisión del grupo dominado.

Habermas<sup>101</sup>, dice que el tipo de pretensiones de validez con que se presentan los valores culturales no trasciende de los límites locales de forma tan radical como las pretensiones de verdad y de justicia. Dice que una norma goza de validez social o vigencia cuando la norma es reconocida por los destinatarios como válida o justificada. Los estados de cosas existentes vienen representados por enunciados verdaderos, las normas vigentes por oraciones universales de deber o por mandatos que en el círculo de los destinatarios se consideran justificados. Que una norma sea válida significa que merece el asentimiento de todos los afectados, porque regula los problemas de acción en beneficio de todos. Que una norma rija fácticamente significa, en cambio, que la pretensión de validez con que se presenta es reconocida por los afectados. Y este reconocimiento intersubjetivo funda la validez social de la norma (o vigencia de la norma).

Los valores culturales no son válidos universalmente; se restringen, como su mismo nombre indica, al horizonte de un determinado mundo de la vida. Tampoco se los puede hacer plausible si no es en el contexto de una forma de vida particular. De ahí que la crítica a los estándares de valor suponga una pre comprensión común de los participantes en la argumentación, de la que no se puede disponer a voluntad, sino que constituye, a la vez que delimita, el ámbito de las pretensiones universales de validez que pueden someterse a examen en discursos.

La cultura, y las tradiciones culturales, deben poseer algunas propiedades formales para que en un mundo de la vida sea interpretado de conformidad con ellas, y resulten posibles las orientaciones racionales de acción. Y sobre todo para que estas orientaciones puedan condensarse en un modo de vida racional.

---

<sup>101</sup> HABERMAS J., (2001): Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la Acción y Racionalización Social. Editorial Taurus. España

De acuerdo como lo señala Heller<sup>102</sup>, es necesario que:

a) la tradición cultural tiene que poner a disposición de los agentes los conceptos formales del mundo objetivo, mundo social y mundo subjetivo, tiene que permitir pretensiones de validez diferenciadas (verdad proposicional, rectitud normativa, veracidad subjetiva) e incitar a la correspondiente diferenciación de actitudes básicas (objetivante, de conformidad/no conformidad con las normas, y expresiva). Sólo entonces pueden generarse manifestaciones simbólicas a un nivel formal en que pueden quedar sistemáticamente conectadas con razones y ser accesibles a un enjuiciamiento objetivo.

b) La tradición cultural tiene que permitir una relación reflexiva consigo misma: tiene que despojarse de su dogmática hasta el punto de que las interpretaciones nutridas por la tradición puedan quedar puestas en cuestión y ser sometidas a una revisión crítica. Sólo entonces pueden los nexos de sentido ser objeto de una elaboración sistemática y estudiarse metódicamente interpretaciones alternativas.

c) La tradición cultural tiene que permitir, en lo que concierne a sus componentes cognitivos y evaluativos, una conexión que se retroalimente con formas especializadas de argumentación hasta el punto de que los correspondientes procesos de aprendizaje puedan institucionalizarse socialmente. Por esta vía surgen sistemas culturales especializados, respectivamente, en ciencia, moral y derecho, arte y literatura, en los que se forman tradiciones sostenidas argumentativamente, fluidificadas por una crítica permanente y a la vez aseguradas por la profesionalización que genere.

d) La tradición cultural, tiene finalmente que interpretar el mundo de la vida de modo que la acción orientada al éxito quede exenta de los imperativos a que la supeditaría un entendimiento que fuera menester renovar comunicativamente de forma incesante y quede desconectada, a lo menos parcialmente, de la acción orientada al entendimiento. Con ello resulta posible la institucionalización social de la acción “racional con arreglo a fines”, para fines generalizados, como, por ejemplo, la formación de subsistemas especializados en la acción económica racional y en la administración racional, regidos, respectivamente, por los medios dinero y poder.

---

<sup>102</sup> HELER, M. (2007) Jürgen Habermas y el proyecto moderno: Cuestiones de la perspectiva universalista Filosofía. Editorial Biblos. Buenos Aires. Argentina

Para Alexy<sup>103</sup>, el concepto ético de la validez es la validez moral. Una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada. La validez de la norma del derecho natural o del derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral.

El concepto jurídico de validez se nutre de la validez social, eficacia social, y de la validez moral.

El concepto de eficacia social contempla la coacción, desobediencia y sanción, y la dominación frente a un sistema de normas. La condición de validez de un sistema de normas es que las normas que a él pertenecen sean eficaces en general, es decir que valgan socialmente.

De esta forma, una argumentación jurídica, dependerá del contexto en que se enmarcan, y tendrá validez en la medida que socialmente sea aceptada. De aquí se desprende una principal característica que se genera en el pluralismo jurídico, y que obedece a la importancia y rescate de las condicionantes culturales en un sistema social.

---

<sup>103</sup> ALEXY R., (1997): El concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos. Colección Estudios Alemanes. Gedisa editorial. Barcelona. España.



### **III PARTE**

#### **MARCO JURIDICO y PENAL**





### 3.1 DERECHO INDÍGENA E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

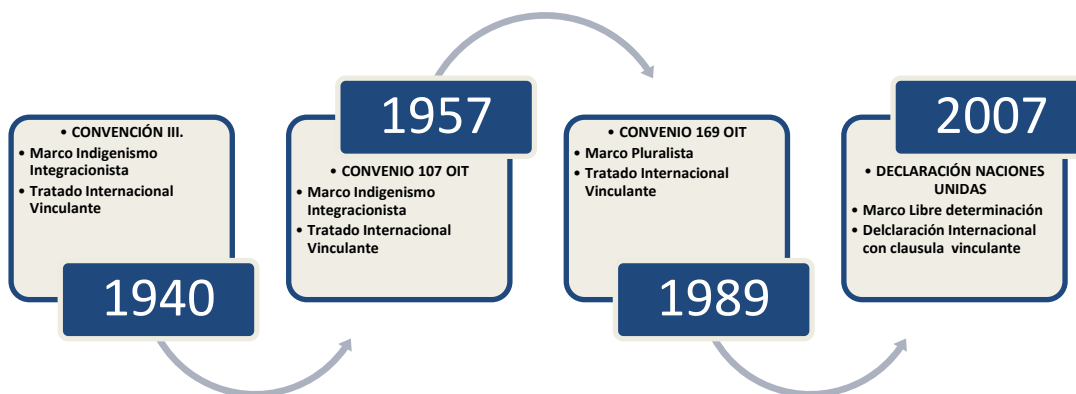
Los instrumentos internacionales que han sido los hitos en derecho indígena internacional, en especial en América Latina, y que han permitido definir los lineamientos de discusión, son los siguientes<sup>104</sup>:

- La Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (III) de 1940.
- El Convenio núm. 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957.
- El Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989.
- Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

De acuerdo a estos hitos existe una línea histórica que permite entender el desarrollo de la discusión sobre materia indígena.

---

<sup>104</sup> YRIGOYEN FAJARDO, I. (2009). A los 20 años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de la implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Pag.3 <https://docs.google.com/document/d/1b8ECtN0STDVYrvvgLnM0nSNROIU3DzGg7uEhA8ieQprE/edit?pli=1>



Son sesenta y siete años entre el primer hito, dado por la Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano, y el último, en donde es la Declaración de Naciones Unidas la que busca la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, promoviendo en los estados el cumplimiento de sus disposiciones.

### 3.1.1 La Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (III) de 1940.

El Instituto Indigenista Interamericano (III) fue creado mediante la Convención Internacional de Pátzcuaro, en 1940, tiene como objetivos fundamentales la colaboración en la coordinación de políticas indigenistas de los Estados miembros, y promover los trabajos de investigación y capacitación de las personas dedicadas al desarrollo de las comunidades indígenas.

En el Primer Congreso Indigenista Interamericano en Pátzcuaro, -Michoacán, se organizó el Comité Ejecutivo Provisional en donde redactaron la Convención Internacional que creó formalmente al I.I.I. (Instituto Indigenista Interamericano).

Parte sustancial del programa de acción del Instituto fue, desde el inicio, la recopilación de información relacionada con las poblaciones indígenas del continente, y la difusión de materiales académicos y de aplicación para mejorar sus niveles de vida. Como

consecuencia, se inició la integración de una biblioteca, y la publicación de la revista América Indígena, de carácter académico y científico, y del Boletín Indigenista de carácter informativo y periodístico. El boletín apareció en agosto de 1940 y América Indígena a fines del mismo año<sup>105</sup>.

Uno de los objetivos propuestos por el III fue la eliminación de cualquier forma de discriminación o segregación racial hacia los indígenas.

Lázaro Cárdenas del Río. En el discurso de la celebración del Primer Congreso Indigenista Interamericano señala que *el problema de las razas nativas de este continente ha rebasado ya los límites de una preocupación nacional y se ha elevado hasta contarse entre las cuestiones fundamentales que ameritan la convocación de asambleas representativas de las masas indígenas. Estas tienen derecho a pedir el reconocimiento de su personalidad social, porque constituyen contingentes humanos con primacía en la historia.*<sup>106</sup> . Más adelante señala. *Al indígena deben reconocerle derechos de hombre, de ciudadano y de trabajador, porque es miembro de comunidades activas, como individuo de una clase social que participa en la tarea colectiva de la producción. Es el indio, agricultor y artesano, obrero que perpetúa las manifestaciones del arte primitivo en su cerámica, en sus bellas creaciones ornamentales y en sus construcciones maravillosas, el que ha trazado las veredas por donde circula desde hace siglos la vida comercial de las comarcas y ha conservado sus sistemas de trabajo, mientras puede adaptarse a las necesidades de la gran industria moderna. (...) No es exacto que el indígena sea refractario a su mejoramiento, ni indiferente al progreso*

En síntesis, el Primer Congreso Indigenista Interamericano en Pátzcuaro señala que la problemática indígena es de interés público, tiene una incidencia continental, y debe existir una visión interestatal para abarcar las problemáticas que surgen en temas indígenas.

Otro tema de interés que surge en este Primer Congreso, es la falta de pertinencia de los procedimientos legislativos y prácticas en general por parte de los estados que se basan

---

<sup>105</sup> [http://www.cdi.gob.mx/difusion/19abril/historia\\_interamericano.pdf](http://www.cdi.gob.mx/difusion/19abril/historia_interamericano.pdf)

<sup>106</sup> <http://memoriapoliticademexico.org/Textos/6Revolucion/1940PCM.html>

en las diferencias raciales y discriminación para los pueblos indígena, por eso se plantea la igualdad de derechos para los indígenas de los grupos de la población americana.

Otro aspecto de interés que surge, es sobre la relevancia de los valores y costumbres de los pueblos indígenas a considerar cuando se quiera hacer políticas públicas para ellos, así como también la necesidad de mejorar su situación económica y social.

Con la creación de Instituto Indigenista Interamericano (III), se definió que dentro de sus acciones era el de velar por el cumplimiento de las resoluciones que surgen de los congresos, así como también orientar y coordinar la política indigenista en todo el continente americano, siendo ratificado por algunos países. También es destacable que en 1953 se constituye como un organismo especializado de la Organización de Estados Americanos.

Este instrumento fue ratificado por 17 países, 16 lo ratificaron entre 1941 y 1953, siendo Chile el último país en ratificarlo en el año 1968.

En síntesis, la importancia de esta convención es que se genera una crítica interestatal sobre las políticas asimilacionistas que promovían los estados, y da los lineamientos para generar una propuesta más general de respeto al indígena.

### **3.1.2 Convenio 107 de la OIT de 1957**

El proceso de difusión de la problemática indígena internacional, y su posterior reconocimiento, se podría centrar en la propuesta desarrollada por el Convenio 107 de la O.I.T., que no es determinante para el futuro de las culturas indígenas, sin embargo hace constatar un pasado y un presente de relaciones de violencia y de dominación contra los pueblos indígenas.

El Convenio 107 se adopta en el año 1957, y principalmente se centra en temáticas relativo a la propiedad de la tierra, a derechos laborales, a la atención sanitaria y a educación.

El Convenio 107 vale por su reconocimiento a la historia de ultraje y violencia, material y simbólica, del que han sido parte las distintas culturas indígenas del mundo, y en igual medida, generar una discusión sobre el avanzado proceso de extinción de que son parte, y sobre las responsabilidades que tienen los Estados en sus distintos estados de exclusión y/o extinción.

Este Convenio surge de una ideología de pensamiento integracionista, en donde lo que se busca es la incorporación del otro, la idea fundamental es que exista una sociedad basada en derechos generales sin atención a diferencias, ni a otras condicionantes, como las culturales. De esta forma se generaba una estructura administrativa que tenía competencias en todo ámbito de la sociedad, y se articulaba en base a discursos hegemónicos, en donde se establecían claros ejes de dominación y centrados en valores occidentales homogéneos, sin atención a las diferencias.

El reconocimiento de que el Convenio 107 no permite generar cambios de las políticas de Estado en contra de los grupos indígenas, acentúa la necesidad de desarrollar el Convenio 169 de la O.I.T., que resguarda mayormente los intereses de las culturas indígenas al categorizar a los Estados como Estados Pluriculturales.

En 1969, se aprueba el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador. Aunque éste no aborda en forma directa la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas, sus órganos de fiscalización –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos– han tenido una activa participación en el resguardo de sus garantías y derechos.



### **3.1.3 Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Pueblos Tribales de 1989**

El Convenio 169 de la OIT, del 7 de Junio de 1989, como marco de reconocimiento de los derechos indígenas, también reconoce el pluralismo jurídico y las formas de control respetada por las comunidades indígenas, debiendo ser consideradas con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos.

Este Convenio se aplica a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial.

Principalmente busca incluir medidas que aseguren a los miembros de pueblos indígenas gozar de los derechos de la legislación nacional, principalmente derechos humanos y libertades individuales, igualmente que los demás miembros de la población, promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; y disminuir diferencias socioeconómicas entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Este convenio consagra medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas y tribales, y para reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos, respetando la integridad de los valores, prácticas e instituciones.

EL Convenio 169 de la OIT señala que es necesario que el Estado consulte a los Pueblos indígenas sobre medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, y participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Dentro de las competencias directas que podrían tener los Pueblos Indígenas en lo referente al sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, es represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Además expresa claramente que en caso de problemáticas territoriales, si los pueblos la han ocupado tradicionalmente, el Estado deberá garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, y de reparación en caso de desplazamientos.

En el ámbito jurídico penal se plantea que se deberá dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

En lo que respecta a la competencia personal, en casos penales, el convenio expresa que los métodos de los pueblos interesados deberán respetarse cuando se trate de miembros de los pueblos indígenas. Además, el propio Convenio indica, en su artículo 35, que prevalecen las normas o acuerdos nacionales más favorables a los pueblos indígenas. En este caso, si una Constitución da un mayor margen de competencia a los pueblos indígenas, debe respetarse lo que les es más favorable.

En el ámbito de los Derechos Humanos existe una serie de convenios internacionales enfocados a promover, respetar y proteger la condición del ser humano en situación de libertad, como son:

- Las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, adoptadas en 1955, y ampliadas en 1977 y 1984;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, entrada en vigor 23 de marzo de 1976;
- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984;
- La Convención de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas, de 1983.

También existen otros tratados, que no han sido ratificados por todos los países de LA, como son:



- La Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero -adoptada el 9 de junio de 1993 por la Organización de Estados Americanos;
- El Tratado con Brasil sobre Transferencia de Presos Condenados, suscrito entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile el 29 de abril de 1998;
- El Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Bolivia el 22 de febrero de 2001;
- El Tratado con Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Argentina el 29 de octubre de 2002.

También se han logrado acuerdos entre países vecinos para el otorgamiento de indultos presidenciales a poblaciones extranjeras privadas de libertad, esto en el marco de políticas de reforma penitenciaria y búsqueda de acuerdo en el contexto regional, además de la reforma de sus políticas y procedimientos en pro de dar cumplimiento a las normativas referentes al trato y cuidados que se le brinda al recluso (a) al interior de un establecimiento penitenciario<sup>107</sup>.

Sin embargo lo expuesto en el Convenio N°169 OIT, ha sido un referente de importancia por su precisión al tratamiento de personas indígenas privadas de libertad, pudiendo aplicarse, a parte del artículo 10, los artículos 4.1. “deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. También se señala

---

El congreso chileno aprobó en abril del 2012 un proyecto de ley de indulto general que beneficiará reos extranjeros, principalmente indígenas aimaras y quechuas provenientes de Bolivia y Perú, que cometieron delitos menores y se encuentran de manera ilegal en el vecino país. Los mismos serán expulsados de Chile por la vía del extrañamiento en la frontera de los países de donde provienen. / gobierno de Chile impulsa reforma penitenciaria 20/04/2012. Santiago, 19 abr (xinhua) -- la nueva ley de indulto general de Chile, que impulsa el gobierno y cuya promulgación es inminente, beneficiará a más de 6,500 reos, entre ellos unos 1.000 extranjeros, en su mayoría bolivianos y peruanos, que serán repatriados, confirmó hoy el ministro de justicia, Teodoro Ribera.  
[HTTP://SPANISH.PEOPLEDAILY.COM.CN/31617/7793699.HTML](http://spanish.peopledaily.com.cn/31617/7793699.html)

en el artículo 5 “que al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a). “Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente. Y considerando las intervenciones sociolaborales, si existieran en las cárceles, en la PARTE IV del Convenio: Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales, se señala en el ARTÍCULO 21. “Que los miembros de los pueblos interesados deberán disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos”.

La protección de DDHH de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o de encarcelamiento se basan en la Convención Americana de DD.HH, artículo N° 5 refiere que *“Toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

Asimismo, se establece que cualquiera persona privada libertad deberá contar con posibilidades concretas de desarrollo y programas integrales de actividades constructivas que ayuden a los reclusos (as) a mejorar su situación, tal como se indica en el artículo N° 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas Humanos, en donde señala *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*.

Diego Iturralde, señala<sup>108</sup> que las organizaciones indígenas desde años vienen reclamando el reconocimiento de sus costumbres jurídicas, y que su reclamo ha sido parte de sus plataformas de lucha, y que lo que se busca es la aceptación de la diversidad étnica y cultural de la sociedad y el desarrollo de las transformaciones de la naturaleza del Estado (y el derecho).

Dentro de la revisión bibliográfica realizada hay temas que se repiten y que se centran en dos tipos de relaciones:

- A) Entre la Legislación Nacional Occidental y el Derecho Consuetudinario.
- B) Entre tratados internacionales y el Derecho Consuetudinario.

---

<sup>108</sup>STAVENHAGEN, R. Y ITURRALDE, D. “Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América latina. IIDH. México. 1990.

Las opiniones de los distintos sistemas de justicia en LA acerca las categorizaciones de delitos, en qué caso deben aplicarse las distintas penas o castigos y de cómo se deben aplicar las penas sin vulnerar los DDHH, han marcado el desarrollo teórico y práctico en relación al sistema coercitivo local.

Sin duda, las discusiones se han dado en el ámbito académico, pero la inclusión de mecanismos punitivos con enfoque étnico ha sido insuficiente para poder insertarlos como norma legal en el sistema de justicia de los distintos países de Latinoamérica que hemos revisado. En esta revisión se han encontrado distintos estadios de desarrollo, pero las problemáticas y reivindicaciones étnicas no han considerado este tema.

De acuerdo a lo planteado por Valenzuela<sup>109</sup>, la existencia de un reconocimiento por parte de la institucionalidad internacional ha permitido cuestionar la base monolítica de los Estados y obtener de manera creciente que estos se reconozcan, a través de instrumentos Jurídicos de Derechos Humanos, el carácter pluriétnico, pluricultural y multilingüe de sus sociedades.

La autora señala que las Naciones Unidas han distinguido en el contexto internacional diferentes esferas de interés en materias de derechos humanos para las poblaciones indígenas.

- Derechos territoriales.
- Derecho al reconocimiento de los tratados entre poblaciones indígenas y gobiernos nacionales.
- Desplazamiento forzado y genocidio cultural.
- Marginación económica y social, incluida la falta de representación política a nivel nacional.
- Incidencia desproporcionada en el empleo y la pobreza en las comunidades indígenas.
- Falta de Estructuras básicas de atención de la salud y Educación.
- Falta de protección de la propiedad intelectual y cultural de las poblaciones indígenas.

---

<sup>109</sup> VALENZUELA, M.: 2003 "Derechos de los Pueblos Indígenas en el contexto Internacional, especialmente en lo relativo a aspectos penales". Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. Mayo 2003. P.9.Santiago. Chile.

- Política y prácticas discriminadoras y racistas contra personas, comunidades y pueblos indígenas.
- Problemática sobre etnodesarrollo, medio ambiente, derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas.

De lo anterior, y a modo de resumen, señala que son tres los ejes de discusión internacional que se vinculan con el sistema penal de juzgamiento, con la determinación de las medidas o sanciones y con el sistema penitenciario, y que presentamos a continuación:

- a) Reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas de naturaleza diferente a los derechos individuales y la existencia de un nuevo sujeto jurídico. Esto implica la necesidad de dar legitimación procesal a estos nuevos sujetos que les permitan impetrar ante las autoridades competentes el reconocimiento de los derechos, a la vez que se requiere de la creación de acciones procesales especiales destinadas al ejercicio efectivo de sus derechos como colectivo.
- b) Reconocimiento legal del derecho indígena. Implica reconocer los sistemas normativos indígenas destinados a resolver conflictos, prevención de crímenes y mantenimiento de la paz y armonía. Esto conlleva a la validez jurídica de las decisiones indígenas, a veces de carácter comunitario y estatus de derecho público.
- c) Reconocimiento de sus territorios. El concepto de territorio se ha abordado de distintos enfoques, sin embargo, el concepto *territorio indígena* tiene diferentes definiciones jurídicas en diferentes regiones de América Latina, pero que acuñan los derechos de propiedad y jurisdicción así como el ejercicio de otros derechos de propiedad.

Tal como lo señalan Assies, Van der Haar y Hoekema<sup>110</sup>, el reconocimiento constitucional de la configuración multiétnica y pluricultural de sus poblaciones por parte de una serie de estados Latinoamericanos, reforzado por las ratificaciones del Convenio 169 de la OIT, constituye un notable rompimiento simbólico con el pasado.

---

<sup>110</sup> ASSIES, W; VAN DER HAAR, G. Y HOEKEMA A. (1999) Los pueblos indígenas y la reforma del estado en América Latina en El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina, publicado por El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich.

Las emergentes normas internacionales y el nuevo constitucionalismo pluralista implican un reconocimiento de derechos colectivos y sugieren el reconocimiento explícito por parte del Estado del derecho de los pueblos indígenas al autogobierno, en un determinado territorio y en un grado especificado, de acuerdo con sus propias costumbres políticas y jurídicas. Tal reconocimiento formal presenta el desafío de lograr un equilibrio entre, por una parte, la participación indígena en el Estado y sus instituciones y, por la otra, el respeto para la autonomía de las instituciones indígenas.

De acuerdo a lo planteado por Ramírez<sup>111</sup>, existen distintos instrumentos jurídicos internacionales, que superan la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobada en 1948. Su máxima expresión se alcanzaría en 1989, con el Convenio 169 de la OIT, en donde se produce un salto hacia la conformación de un verdadero Estado pluralista, que no pretende otra cosa que la democratización del Estado y la Sociedad, partiendo de la existencia de la pluralidad de lenguas, de la pluralidad de culturas, y por ende, de la existencia irrefutable de pluralismo jurídico.

---

<sup>111</sup> RAMIREZ, S.; (2003): Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena. <http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/es/index.htm>

### **3.1.4 Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.**

La Declaración de las Naciones Unidas es un documento muy específico acerca los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas DDHHPI, tiene 46 artículos y fue aprobada por mayoría de la Asamblea General, en Nueva York, el 13 de septiembre de 2007, por 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones.

Su génesis se establece 20 años antes de ser aprobada, vale decir, es una larga discusión que surge en el año 1987, y que se basa en fortalecer la dignidad de los PI, en la mantención de sus instituciones, la valoración de sus tradiciones y funcionar en base a sus necesidades, además de relevar la importancia de los derechos individuales y los derechos colectivos, los derechos culturales y la identidad, y los derechos a la educación, la salud, el empleo y el idioma.

En la Declaración se señala que los pueblos indígenas tienen derecho, como pueblo o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos. Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que esté fundada, en particular, en su origen o identidad indígena. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho pueden determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado<sup>112</sup>.

La importancia central de la Declaración es que genera la necesidad de cambiar la visión por parte de los estados con respecto a determinaciones internacionales en cuanto a la descentralización, al desarrollo, a la democracia, al multiculturalismo, al respeto de la

---

<sup>112</sup> [http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration\\_faqs.pdf](http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf)

diversidad, a la participación, y al derecho a consulta de los pueblos indígenas en temas que los afectan, como es el establecimiento de empresas hidroeléctricas, mineras, acuícolas, u otras que en la actualidad existen y están generando graves e irreversibles problemas medioambientales y socioculturales.

Si bien las Naciones Unidas no tienen fuerza jurídica para que obligue a los estados a cumplir lo resuelto en sus declaraciones, se le reconoce a este organismo el rol dinámico en cuanto a las normativas internacionales que propende el respeto de los principios básicos del respeto a la vida.

### **3.1.5 Revisión de casos contenciosos en que se ha recurrido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos producto de la no aplicación o falta de conceso en la aplicación de la justicia indígena por parte de algunos estados.<sup>113</sup>**

La Organización de Estados Americanos (OEA) la integran todos los países del continente americano, que tienen como objetivo generar propuesta para lograr la paz y seguridad, fortalecer la democracia y los derechos humanos en todo el continente americano.

En la OEA se conformó un departamento específico para el trabajo de temas de Derechos Humanos, llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y su institución base es la Convención Americana de Derechos Humanos, quien jurídicamente se relaciona a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), la que se pronunciará cuando algún Estado cometa violaciones contra algún derechos o derechos protegidos en la Convención.

Para llegar a esta instancia los demandantes deben haber agotado todos los recursos o procedimientos internos de ese país.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se preocupa de analizar e investigar demandas realizadas por particulares que señalen haber sido vulnerados en sus derechos y/o haber sido víctimas de violaciones de los derechos humanos.

Una vez acogida la demanda la CIDH visitará el lugar de los hechos para continuar con su investigación, para concluir la realizando recomendaciones a los Estados miembros de la OEA, y de esta forma poder garantizar el cumplimiento del respeto a los Derechos Humanos, en caso de que la situación de vulneración sea de mayor gravedad podrá requerir la aplicación de medidas cautelares específicas.

---

<sup>113</sup> Refiere a litigio jurisdiccional en que las partes se sujetan al imperio de un juicio contencioso-administrativo para establecer la legalidad de una acto de la administración activa.  
<http://es.slideshare.net/gilblamelis/juicio-contencioso>



Una tercera función es, si la causa es de mayor complejidad, llevar los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y prestar asistencia en la defensa de las víctimas en contra de los Estados.

La relevancia de la CIDH se basa en que es una organización internacional, que tiene validez en todos los estados americanos, por lo que su pronunciamiento a través de las sentencias que formulan tienen validez en todo el continente, son vinculantes para todos los países de América.

Es así como todos aquellos casos, principalmente de comunidades indígenas en donde se obtienen fallos de la CIDH, al ser vinculantes, se convierten en derechos indígenas para toda América, muchos de ellos relacionados con las demandas por los territorios<sup>114</sup> y reivindicaciones históricas y culturales.

Esta estrategia de implicar a la CIDH en la problemáticas indígenas ha ido en evolución, y desde los años setenta a la actualidad, se ha hecho parte en casos que afectan a las comunidades o personas indígenas, principalmente emitiendo informes e implicando a los Estados en el respeto de Derechos Humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas y de las personas que lo conforman.

Ahora bien, las problemáticas indígenas, si bien son de larga data, han logrado ciertos avances desde que salen desde el ámbito interno de los Estados, y se enmarcan en el escenario internacional, en donde tanto la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos) buscarán ese objetivo, por lo que las instancias internacionales permiten coadyuvar, reforzando las obligaciones del Estado en esta materia.

Tal como lo señala Alywin<sup>115</sup>, Una de las tendencias más significativas del sistema interamericano de derechos humanos en los últimos años ha sido el reconocimiento y

---

<sup>114</sup> <http://www.territorioindigenaygobernanza.com/fallosdelacidh.html>

<sup>115</sup> Aylwin, José : La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos Indígenas : [http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0CE8QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.observatorio.cl%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fbiblioteca%2Fjurisprudencia\\_corte\\_idh\\_sobre\\_pueblos\\_indigenas.doc&ei=XOTIVLrJFKmQsQTx2YGADw&usq=AFQjCNEugUtwDJfG8zIHTeK3x0ErvJoRQg&bvm=bv.85970519,d.cWc](http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0CE8QFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.observatorio.cl%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fbiblioteca%2Fjurisprudencia_corte_idh_sobre_pueblos_indigenas.doc&ei=XOTIVLrJFKmQsQTx2YGADw&usq=AFQjCNEugUtwDJfG8zIHTeK3x0ErvJoRQg&bvm=bv.85970519,d.cWc)

protección progresiva que este ha dado a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como a los derechos individuales de quienes los integran. Se trata de pueblos que, como sabemos, están integrados por los sectores más postergados y discriminados de América. Ello resulta particularmente relevante, toda vez que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no cuenta a la fecha con ningún instrumento específico relativo a los pueblos indígenas y a sus derechos.

Además, la definición de los criterios establecidos por la Corte Interamericana en su desarrollo jurisprudencial son útiles para los estados en cuanto a la conformación de las políticas indígenas, y la resolución de los problemas indígenas en la actualidad.

Es por ello que hoy por hoy, el apelar a los derechos humanos se hace necesario para generar el acercamiento entre Estado y Pueblos Indígenas, promoviendo el diálogo y afinando los procedimientos de respeto a los derechos de los pueblos indígenas de América, y como lo señala el profesor Nash, esta puede ser la base común sobre la cual buscar soluciones definitivas a la temática indígena con plena justicia y respeto por los pueblos indígenas de América<sup>116</sup>.

A continuación revisaremos algunos casos en donde se ha tenido que recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por demandas de distintos pueblos indígenas producto de vulneración de derechos individuales o colectivos por parte de distintos Estados americanos.

---

<sup>116</sup> Claudio E. Nash Rojas (2004): "Derechos Humanos y pueblos indígenas: Tendencias internacionales y realidad local" los Derechos humanos de los Indígenas en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco – Chile, 2004, pp. 29-43.



## REVISIÓN DE CASOS

1.- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

2.- Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

3.- Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie c no. 279.

4.- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. 27 de junio de 2012. Serie C No. 245 .

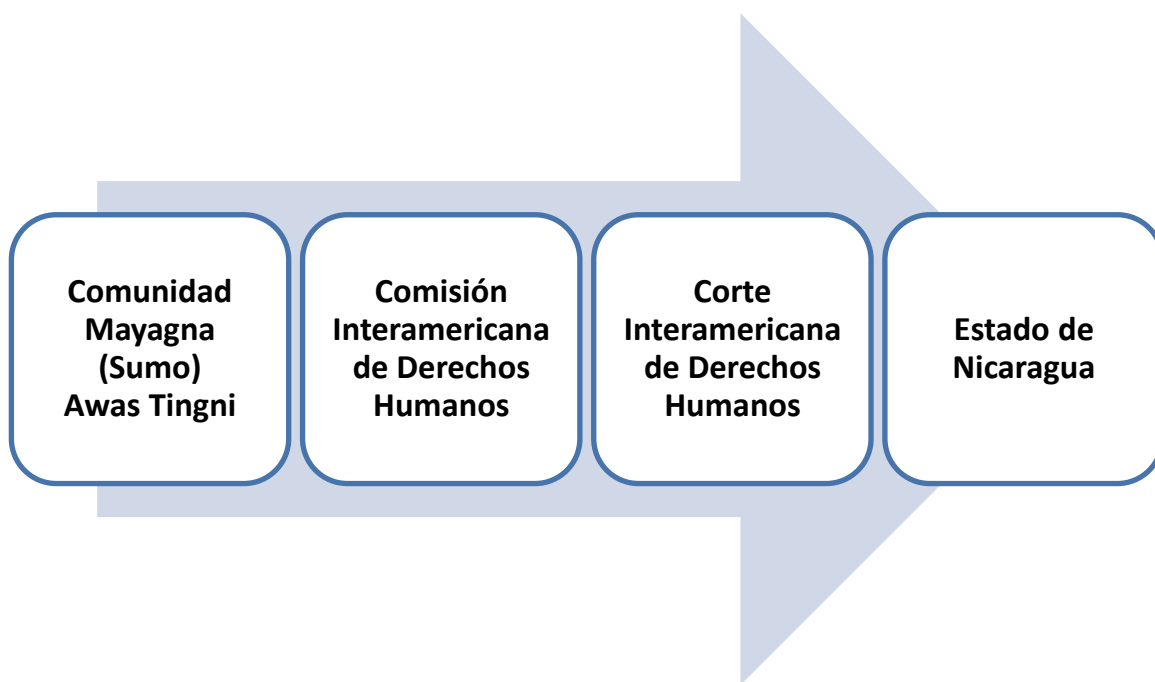
5.- Caso de la Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Sentencia 4 de Septiembre de 2012.

N°	COMUNIDAD	ETNIA	ESTADO DEMANDADO	SENTENCIA
1	Comunidad Awas Tingni	MAYAGNA (SUMO)	Nicaragua	31/08/2001
2	Comunidad Indígena Sawhoyamaxa	ENXET	Paraguay	29/03/2006
3	Norín Catrimán y otros/a	MAPUCHE	Chile	29/05/2014
4	Pueblo Indígena Kichwa	SARAYAKU	Ecuador	27/06/ 2012
5	Comunidad Río Negro	MAYA	Guatemala	04/09/2012

## REVISIÓN DE FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

### CASO UNO: COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI V/S NICARAGUA

#### INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA



#### FICHA TECNICA<sup>117</sup>:

<b>Víctimas(s)</b>	Pobladores de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni
<b>Representante(s):</b>	James Anaya
<b>Estado Demandado</b>	Nicaragua
<b>Derechos violados</b>	<b>Convención Americana:</b> Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos.) , Artículo 11 (Derecho a la honra y dignidad) , Artículo 12 (Libertad de conciencia y de religión) , Artículo 16 (Derecho a la Libertad de Asociación) , Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) , Artículo 21

<sup>117</sup> [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId\\_Ficha=240&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=240&lang=es)

	(Derecho a la propiedad privada) , Artículo 22 ( Derecho de circulación y de residencia) , Artículo 23 (Derechos políticos) , Artículo 25 (Protección Judicial) , Artículo 4 (Derecho a la vida). <b>OIT:</b> Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes – Organización Internacional del Trabajo
<b>Hechos</b>	- La Comunidad indígena afectada es la Comunidad indígena Awas Tingni de 600 personas. En marzo de 1992, con ocasión de un proyecto de explotación forestal, la Comunidad Awas Tingni celebró un contrato con la empresa MADENSA para hacer un manejo integral del bosque. En 1994, la Comunidad, MADENSA y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua (MARENA) firman convenio mediante el cual el Ministerio se comprometió a la definición de las tierras comunales de la Comunidad. - En 1996 el Estado entrega a la empresa SOLCARSA la concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas aproximadamente, sin consultar a la Comunidad. La Comunidad solicitó al estado, a través de diferentes instituciones estatales detener la entrega de su territorio en concesión y definir los límites de su territorio. Al no ser escuchados presentaron dos recursos de amparo, los cuales tampoco generaron resultados positivos.
<b>Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b>	Fecha de presentación de la petición (11.577): 2 de octubre de 1995 Fechas de informes de admisibilidad (27/98): 6 de mayo de 1998 Fecha de informe de fondo (27/98): 6 de mayo de 1998
<b>Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 4 de junio de 1998. Petitorio de la CIDH: La CIDH presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 1, 2, 4, 11, 12, 16, 17, 21, 22, 23 y 25 de la Convención Americana. Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 31 de mayo de 1999 y 13 de junio de 2000 - Medidas provisionales otorgadas: 6 de septiembre de 2002
<b>Análisis de fondo</b>	<b>Violación del Artículo 25. Protección Judicial.</b> En síntesis, es la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, principalmente por la inexistencia de un procedimiento para la titulación y demarcación de tierras indígenas; y en relación al cumplimiento de las diligencias administrativas y judiciales, principalmente en relación a sus plazos, al desarrollo de funciones de protección, la aplicación de recursos y las que sean necesarias para la creación de un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de

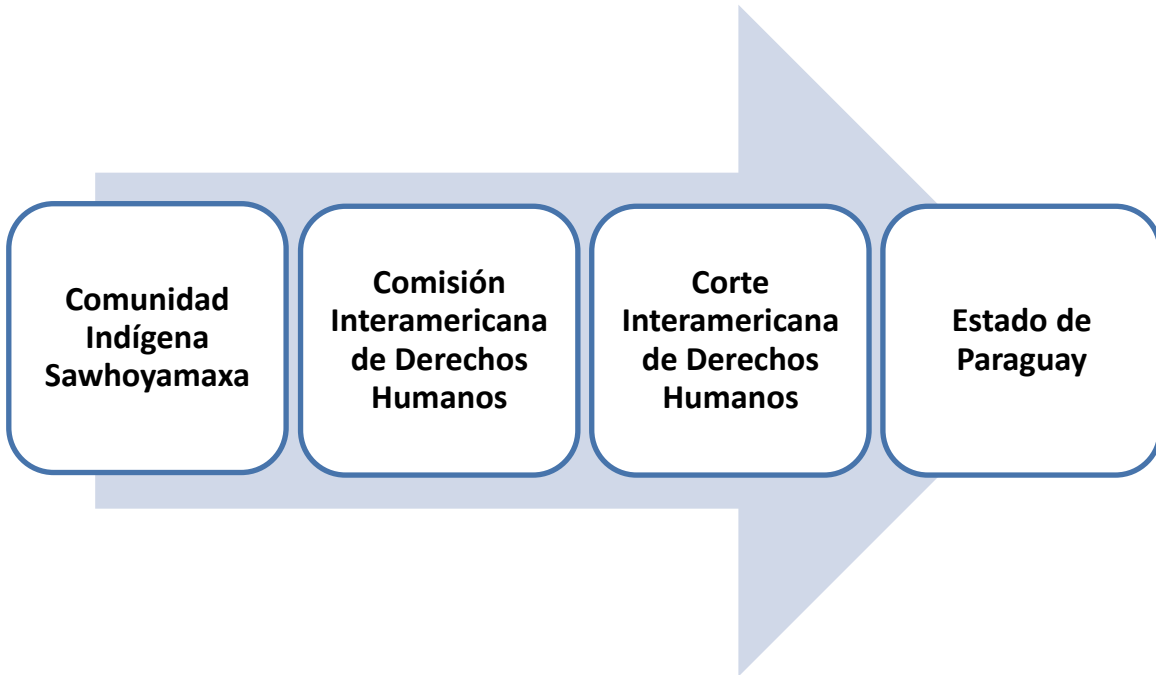
	<p>la propiedad de los integrantes de la comunidad. Por lo anterior la Corte señala que el Estado Nicaragüense violó el artículo 25 de la convención americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,</p> <p><b>Violación del Artículo 21. Derecho a la propiedad privada.</b></p> <p>La Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua. Si bien Nicaragua reconoce la propiedad comunal de los pueblos indígenas, no ha regulado el procedimiento específico para materializar dicho reconocimiento, la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.</p>
<p><b>Reparaciones</b></p>	<p>La Corte señala que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas.</p> <p>El estado deberá abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros.</p> <p>El estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p>El estado debe pagar a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la suma total de US\$ 30.000 por concepto de gastos y costas en que incurrieron los miembros de dicha Comunidad y sus representantes, ambos</p>

	<p>causados en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección.</p> <p>El Estado debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada seis meses a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento.</p> <p>La corte supervisará el cumplimiento de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en el presente fallo.</p>
<p><b>Puntos Resolutivos</b></p>	<p>La Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado de Nicaragua.</p> <p>Declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.</p> <p>Además declara que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.</p>
<p><b>Supervisión de cumplimiento de sentencia</b></p>	<p>El Estado ha cumplido con la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.</p> <p>El Estado ha cumplido con la obligación de abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe aquella delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.</p> <p>El Estado ha dado pleno cumplimiento a la Sentencia de 31 de agosto de 2001 en el caso de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impone a los Estados Partes en la Convención la obligación de cumplir con las sentencias dictadas por la Corte.</p> <p>La Corte da por concluida la supervisión del “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, en razón de que el Estado ha dado cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida.</p>



## CASO DOS: COMUNIDAD SAWHOYAMAXA V/S PARAGUAY<sup>118</sup>.

### INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA



### FICHA TECNICA:

<b>Víctimas(s)</b>	Miembros de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa
<b>Representante(s):</b>	Tierra Viva a los Pueblos Indígenas del Chaco
<b>Estado Demandado</b>	Paraguay
<b>Derechos violados</b>	<b>Convención Americana sobre Derechos Humanos.</b> Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos) - Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) - Artículo 3 (Reconocimiento de la personalidad jurídica) - Artículo 4 (Derecho a la vida) - Artículo 8 (Garantías Judiciales) - Artículo 19 (Derechos del niño) - Artículo 21 (Derecho a la propiedad privada) - Artículo 25 (Protección judicial).

<sup>118</sup> [http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/indigena\\_sawhoyamaxa.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/indigena_sawhoyamaxa.pdf) **Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.**

	<b>Organización Internacional del Trabajo: Convenio No. 169. Sobre Pueblos Indígenas y Tribales</b>
<b>Hechos</b>	Este caso se desarrolla en el Chaco paraguayo, donde tradicionalmente habitan los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa. Las tierras de esta zona fueron individualizadas como fincas y figuraban a nombre de dos compañías privadas. En 1991 iniciaron el proceso de reivindicación de sus tierras. En 1996, sin haber logrado un resultado positivo, ratificaron su solicitud de reivindicación de sus tierras. Por ello se solicitó que se remitiera un pedido de oferta a las propietarias de dichos inmuebles, para buscar una salida negociada. Sin embargo, no se realizaron mayores diligencias. - En 1997, los líderes de la Comunidad Sawhoyamaxa presentaron al Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional un proyecto de ley con el fin de declarar de interés social y expropiar a favor del Instituto Paraguayo del Indígena, para su posterior entrega a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, las fincas privadas. No obstante, se rechazó el proyecto de ley. - La Comunidad Sawhoyamaxa presentó una serie de recursos judiciales con el objetivo de reivindicar sus tierras, sin que se tuviera mayor éxito. Como consecuencia de las presiones recibidas por los propietarios de las fincas al enterarse de las reclamaciones de tierra propia, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa vivían en situación de pobreza extrema, caracterizada por los bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral y restricciones de poseer cultivos y ganado propio y de practicar libremente actividades tradicionales de subsistencia. La mayoría de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa decidieron salir de dichas estancias por lo que vivían al borde de una carretera nacional en condiciones de pobreza extrema, sin ningún tipo de servicios.
<b>Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b>	Fechas de presentación de las peticiones (0322/2001) 15 de mayo de 2001 – Fechas de informes de admisibilidad (12/03): 20 de febrero de 2003 - Fecha de informe de fondo (73/04): 19 de octubre de 2004
<b>Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 3 de febrero de 2005 - Petitorio de la CIDH: La CIDH presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos los artículos 4, 5, 8, 21 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de la Comunidad Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros. - Petitorio de los representantes de las víctimas: Los representantes de las víctimas coincidieron con lo solicitado por la CIDH.
<b>Análisis de fondo</b>	<b>Violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (protección judicial y garantías judiciales) en</b>

	<p><b>relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.</b> Conforme a la jurisprudencia del Tribunal, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.</p> <p><b>Violación del artículo 21 de la Convención Americana (propiedad privada) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.</b> Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.</p> <p><b>Violación del artículo 4 de la Convención Americana (derecho a la vida) en relación con el artículo 1.1 de la misma.</b> El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, pues se encuentra consagrado como uno de los que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes.</p> <p><b>Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.</b> El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer. La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones, y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de los mismos por parte del Estado o de particulares.</p>
<p><b>Reparaciones</b></p>	<p>La Corte dispone que: - La Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas constituye per se una forma de reparación. - El Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para, en el plazo máximo de tres años, entregar física y formalmente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya sus tierras tradicionales. - El Estado deberá implementar un fondo de desarrollo comunitario. - El</p>

	<p>Estado deberá efectuar el pago por concepto de daño inmaterial y costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo. - Mientras los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia. - En el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, el Estado deberá establecer en los asientos Santa Elisa y Kilómetro 16 de la Comunidad Sawhoyamaxa un sistema de comunicación que permita a las víctimas contactarse con las autoridades de salud competentes, para la atención de casos de emergencia. - El Estado deberá realizar, en el plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, un programa de registro y documentación. - El Estado deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas que haga cierto sus derechos sobre sus tierras tradicionales. - El Estado deberá realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 236 de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la misma. De igual forma, el Estado deberá financiar la transmisión radial de Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, en los términos del párrafo 236 de la misma. - La Corte supervisará el cumplimiento de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.</p>
<p><b>Puntos Resolutivos</b></p>	<p>La Corte declara que, - El Estado violó los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa. - El Estado violó el derecho consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa. - El Estado violó el derecho consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1. y 19 de la misma. - No es necesario pronunciarse sobre el Derecho a la Integridad Personal. - El Estado violó el Derecho consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio NN Galarza,</p>

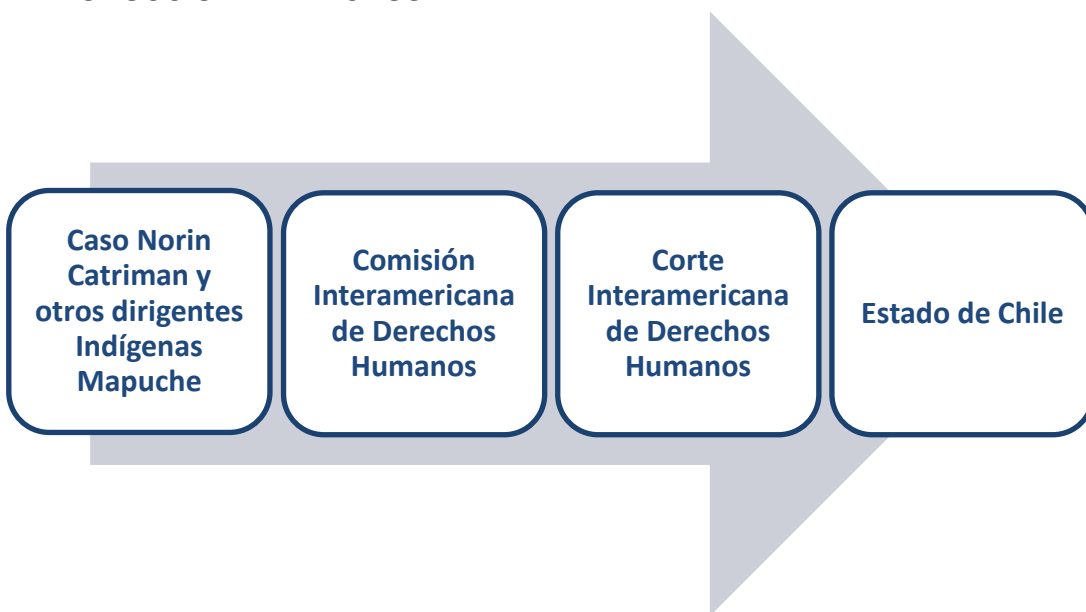
	Rosana López, Eduardo Cáceres, Eulalio Cáceres, Esteban González Aponte, NN González Aponte, Niño Yegros, Jenny Toledo, Guido Ruiz Díaz, NN González, Luis Torres Chávez, Diego Andrés Ayala, Francisca Britez, Silvia Adela Chávez, Derlis Armando Torres, Juan Ramón González, Arnaldo Galarza y Fátima Galarza
<p style="text-align: center;"><b>Supervisión de cumplimiento de sentencia</b></p>	<p>Fecha de última resolución: 8 de febrero de 2008 - La Corte declara, (i) Que de conformidad con lo dispuesto en los Considerados 36 a 39 de esta Resolución, el Estado ha dado cumplimiento total al punto resolutive décimo de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. (ii) Que de conformidad con lo señalado en los Considerandos 21, 43 y 51 de la presente Resolución, el Estado ha dado cumplimiento parcial a los siguientes puntos resolutive: a) pago parcial de las indemnizaciones y el reembolso de costas y gastos (punto resolutive octavo de la Sentencia); b) programa de registro y documentación (punto resolutive undécimo de la Sentencia), y c) publicación de la Sentencia en el diario oficial (punto resolutive décimo tercero de la Sentencia). (iii) Que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los siguientes puntos pendientes: a) entrega de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa (punto resolutive sexto de la Sentencia); b) implementación de un fondo de desarrollo (punto resolutive séptimo de la Sentencia); c) pago de las cantidades restantes (punto resolutive octavo de la Sentencia); d) suministro de bienes y servicios básicos necesarios para la subsistencia de los miembros de la Comunidad (punto resolutive noveno de la Sentencia); e) programa de registro y documentación (punto resolutive undécimo de la Sentencia); f) adopción de medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas que haga cierto sus derechos sobre sus tierras tradicionales (punto resolutive duodécimo de la Sentencia), y g) publicación de la Sentencia en un diario de circulación nacional y transmisión radial de la misma (punto resolutive décimo tercero de la Sentencia). - La Corte resuelve, (i) Requerir al Estado del Paraguay que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (ii) Solicitar al Estado del Paraguay que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 12 de mayo de 2008, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento. El formato de dicho informe deberá ser el indicado por esta Corte en su Resolución</p>

	<p>de 2 de febrero de 2007. (iii) Solicitar a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten las observaciones que estimen pertinentes al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de dos y cuatro semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe.</p> <p>(iv) Continuar supervisando los puntos pendientes de cumplimiento de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas.</p> <p>(v) Solicitar a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado del Paraguay, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas.</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## REVISIÓN DE FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**CASO TRES: DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE VS. CHILE. CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS** Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279<sup>119</sup>

### INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA



### FICHA TECNICA:

<b>Víctimas(s)</b>	Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Ancalaf Llaupe, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles. (dirigentes y/o Activistas Mapuche)
<b>Representante(s):</b>	1)Jaime Madariaga De la Barra e Ylenia Hartog, en representación de Segundo Aniceto Norín Catrimán y de

<sup>119</sup> <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/jurisprudencia-oc-simple/38-jurisprudencia/2163-corte-idh-caso-norin-catriman-y-otros-dirigentes-miembros-y-activista-del-pueblo-indigena-mapuche-vs-chile-fondo-reparaciones-y-costas-sentencia-de-29-de-mayo-de-2014-serie-c-no-279>

	<p>Pascual Huentequero Pichún Paillalao; 2) José Aylwin Oyarzún, Sergio Fuenzalida y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en representación de Víctor Manuel Ancalaf Llaue, y 3) Federación Internacional de Derechos Humanos y Alberto Espinoza Pino, en representación de Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Patricia Roxana Troncoso Robles.</p>
<b>Estado Demandado</b>	Chile
<b>Derechos violados</b>	<p>Violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2.8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2. debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria”. Según la Comisión, el caso se inserta dentro de “un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena Mapuche en Chile”.</p>
<b>Hechos</b>	<p>Las ocho víctimas de este caso chilenos. En la época de los hechos del caso tres eran autoridades tradicionales del Pueblo indígena Mapuche, los otros cuatro señores son miembros de dicho pueblo indígena y la señora Troncoso Robles era activista por la reivindicación de los derechos de dicho pueblo. La dirigencia de las comunidades mapuche la ejercen los “Lonkos” y los “Werkén”, autoridades tradicionales electas. Los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao eran Lonkos y el señor Ancalaf Llaue era Werkén.</p> <p>Contra esas ocho personas se abrieron procesos penales por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las Regiones VIII (Biobío) y IX (Araucanía) de Chile, en los cuales fueron condenados como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de la Ley N° 18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” (conocida como “Ley Antiterrorista”). En ninguno de los hechos por los cuales fueron juzgados (relativos a incendio de predio forestal, amenaza de incendio y quema de un camión de una empresa privada) resultó afectada la integridad física ni la vida de alguna persona. El proceso penal seguido contra el señor Víctor Ancalaf Llaue se tramitó en aplicación del Código de Procedimiento Penal de 1906 (Ley N° 1853) y sus reformas, porque los hechos por los que se le juzgó ocurrieron en la Región del BioBío en una fecha anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en esa región. Los procesos penales seguidos contra las otras siete referidas personas se rigieron por el Código Procesal Penal de 2000 (Ley N° 19.696), porque los hechos por los cuales fueron</p>



	<p>juzgadas ocurrieron en la Región de la Araucanía con posterioridad a la entrada en vigencia del referido código en esa región. A las ocho víctimas de este caso les fueron dictadas medidas de prisión preventiva en dichos procesos penales.</p>
<p><b>Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b></p>	<p>El 7 de agosto de 2011, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso “<i>Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros (Lonkos<sup>120</sup>, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) respecto de la República de Chile</i>”. Según la Comisión, el caso se refiere a la alegada “violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria”. Según la Comisión, el caso se inserta dentro de “un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena Mapuche en Chile”.</p>
<p><b>Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b></p>	<p><i>Procedimiento de solicitudes, argumentos y pruebas de CEJIL.</i> – El 30 de diciembre de 2011 CEJIL, interviniente común de los representantes de las presuntas víctimas, presentó ante la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante el “escrito de solicitudes y argumentos de CEJIL”), conforme al artículo 40 del Reglamento de la Corte. CEJIL coincidió sustancialmente con lo alegado por la Comisión, solicitó al Tribunal que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación de los mismos artículos de la Convención Americana señalados por la Comisión Interamericana, y agregó que Chile también había violado los derechos contenidos en los artículos 5, 8.1 (deber de</p>

120

“Lonkos” son los dirigentes principales de las comunidades Mapuche. Ver *infra* párr. 78.

motivación), 8.2.c, 8.2.d, 8.5 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y los contenidos en los artículos 7.1, 7.3, 7.5, en relación con “el principio de inocencia [artículo 8.2]” y los artículos 1.1 y 2 del referido instrumento, en perjuicio del señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe. CEJIL sostuvo asimismo que la violación de los derechos contenidos en los artículos 5 y 17 de la Convención había sido también en perjuicio de “[la] esposa [del señor Ancalaf Llaupe, señora] Karina Prado y sus 5 hijos/as”, quienes no fueron incluidos por la Comisión como presuntas víctimas en su Informe de Fondo. En consecuencia, requirió a la Corte que ordenara diversas medidas de reparación, así como el pago de costas y gastos. Asimismo, en dicho escrito presentó la solicitud de la presunta víctima Ancalaf Llaupe para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana (en adelante “el Fondo de Asistencia de la Corte”).

*Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de la FIDH. –*

El 31 de diciembre de 2011 la FIDH, interviniente común de los representantes de las presuntas víctimas, presentó ante la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante el “escrito de solicitudes y argumentos de la FIDH”). La FIDH coincidió sustancialmente con lo alegado por la Comisión, solicitó al Tribunal que se declare la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación de los mismos artículos de la Convención Americana señalados por la Comisión Interamericana, y agregó que Chile también habría violado los derechos contenidos en los artículos 5 y 7 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentiqueo Pichún Paillalao, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia y José Benicio Huenchunao Mariñán. La FIDH sostuvo, asimismo, que la violación de los derechos contenidos en el artículo 5 había sido también en perjuicio de los familiares de las presuntas víctimas, quienes no fueron incluidos por la Comisión en su Informe de Fondo. En consecuencia, requirió a la Corte que ordene diversas medidas de reparación, así como el pago de costas y gastos. En dicha fecha, la FIDH también remitió un escrito por medio del cual presentó la solicitud de las presuntas víctimas Pichún Paillalao y Jaime Marileo Saravia para acogerse al Fondo de Asistencia de la Corte.

<p><b>Análisis de fondo</b></p>	<p>El presente caso se refiere a alegadas violaciones en perjuicio de las ocho presuntas víctimas relacionadas con su procesamiento y condena penal por delitos de carácter terrorista. Tales personas eran dirigentes, miembros o activista del Pueblo indígena Mapuche. La Corte deberá resolver si la ley penal que les fue aplicada (Ley Antiterrorista) era violatoria del principio de legalidad así como también deberá pronunciarse sobre si en los procesos penales se configuraron alegadas violaciones a varias garantías judiciales, y si la prisión preventiva decretada violó su derecho a la libertad personal. El Tribunal deberá pronunciarse también sobre los alegatos efectuados por la Comisión Interamericana y los intervinientes comunes respecto de la supuesta consideración del origen étnico de las presuntas víctimas para aplicarles de forma discriminatoria la referida ley penal en el marco de un alegado contexto de “aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena mapuche”, mediante lo cual alegadamente se criminalizó la protesta social de miembros de ese pueblo indígena.</p> <p>El análisis de las presuntas violaciones de la Convención Americana se dividirá en las cuatro partes siguientes, relacionadas con los artículos que en cada caso se indican:</p> <p>1: Principio de legalidad y presunción de inocencia (artículos 9 y 8.2 de la Convención),</p> <p>2: Igualdad ante la ley (artículo 24 de la Convención) y Garantías judiciales (artículo 8.1, 8.2.f y 8.2.h de la Convención);</p> <p>3: Derecho a la libertad personal respecto de la prisión preventiva (artículos 7.1, 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención Americana), y</p> <p>VII.4: Libertad de pensamiento y de expresión, derechos políticos, derecho a la integridad personal y derecho a la protección de la familia (artículos 13, 23, 5.1 y 17 de la Convención Americana).</p> <p>Si correspondiera, se relacionarán los referidos derechos con la obligación de respetar y garantizar los derechos así como con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana).</p> <p>La Corte destaca que en este caso contra Chile no se ha alegado a su consideración ninguna alegada violación del derecho a la libertad comunal en relación con el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, este Tribunal recuerda la importancia de los precedentes jurisprudenciales que ha desarrollado en sentencias de casos como Nicaragua, Paraguay, Surinam y Ecuador en relación con</p>
---------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

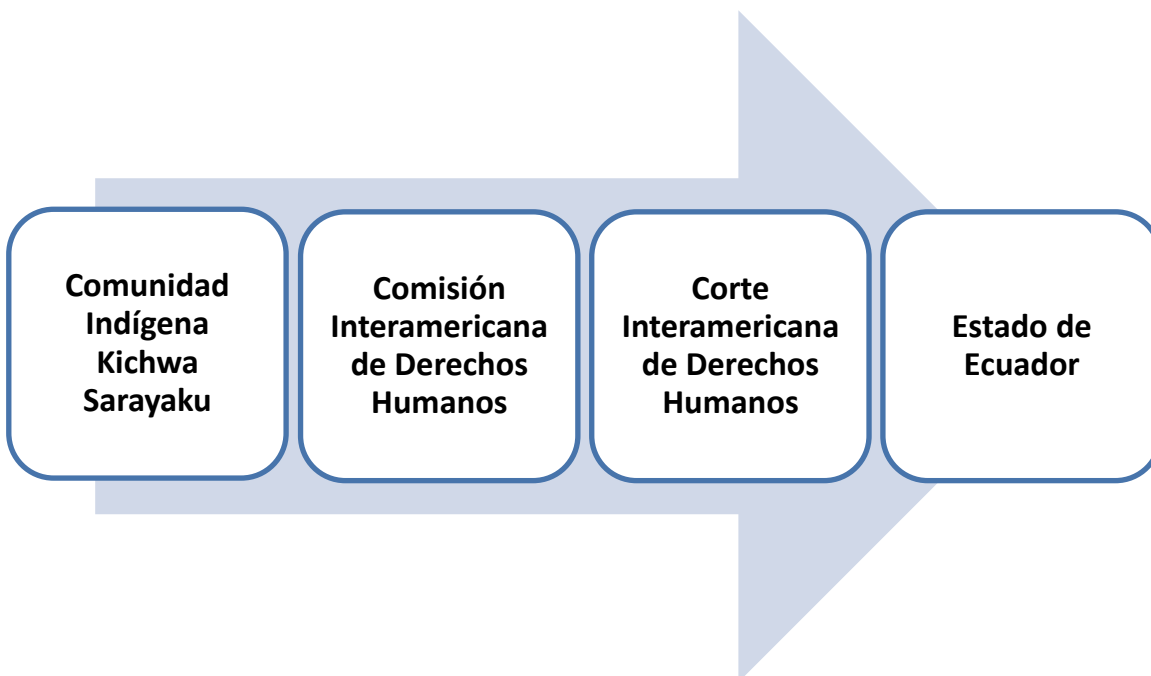
	<p>enido y alcance del derecho a la propiedad comunal, tomando en cuenta la estrecha relación de los pueblos indígenas con sus territorios. El Tribunal se ha pronunciado sobre las obligaciones estatales para garantizar dicho derecho, tales como el reconocimiento oficial de la propiedad a través de su delimitación, demarcación y titulación, la regulación de los territorios indígenas y la regulación de un recurso judicial para resolver los reclamos correspondientes. Asimismo, la Corte ha establecido que “la obligación de consulta [a las comunidades indígenas y tribales], además de constituir una norma constitucional, es también un principio general del Derecho Internacional. En particular, se ha enfatizado la importancia del reconocimiento de ese derecho como una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a las actividades que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal”. Se trata de criterios que los Estados deben observar al respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros en el ámbito interno.</p>
<p><b>Reparaciones</b></p>	<p>La Corte estableció que su Sentencia constituye <i>per se</i> una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado las siguientes reparaciones: (i) adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias emitidas en contra de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequeo Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf LLaupe, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Troncoso Robles; (ii) brindar, de forma gratuita e inmediata, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas del presente caso que así lo soliciten; (iii) realizar las publicaciones y radiodifusión de la Sentencia según lo indicado en la misma; otorgar becas de estudio en instituciones públicas chilenas en beneficio de los hijos de las ocho víctimas del presente caso que así lo soliciten; (iv) regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso; (v) pagar a cada una de las ocho víctimas del presente caso la cantidad fijada en la Sentencia por concepto de indemnización de los daños materiales e inmateriales; (vi) pagar las cantidades fijadas en la Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos. Asimismo, la Corte dispuso que el Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de</p>

	Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso
<b>Puntos Resolutivos</b>	<i>Medidas de satisfacción</i> a) Publicación y radiodifusión de la Sentencia. b) Otorgamiento de becas de estudio. c) Indemnización compensatoria por daños materiales e inmateriales
<b>Supervisión de cumplimiento de sentencia</b>	La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

## REVISIÓN DE FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO CUATRO: Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. 27 de junio de 2012. Serie C No. 245<sup>121</sup>.

### INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA



### FICHA TÉCNICA

<b>Víctimas(s)</b>	Miembros del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku
<b>Representante(s):</b>	Mario Melo Cevallos, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)
<b>Estado Demandado</b>	Ecuador
<b>Derechos violados</b>	<b>Convención Americana:</b> Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos.) , Artículo 13 (Libertad de pensamiento y expresión) , Artículo 21 (Derecho a la propiedad privada) , Artículo 22 (Derecho de circulación y de residencia) , Artículo 23 (Derechos políticos) , Artículo 25 (Protección Judicial) , Artículo 26 (Desarrollo progresivo) , Artículo 4 (Derecho a la vida) , Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) , Artículo 7 (Derecho a la libertad personal) , Artículo 8 (Garantías Judiciales)

<sup>121</sup> <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/kichwasarayaku.pdf>

	<p>Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.  Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – Naciones Unidas, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial – UNESCO, <b>Convenio 169</b> sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes – Organización Internacional del Trabajo, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo – Naciones Unidas, Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural</p>
<p style="text-align: center;"><b>Hechos</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los hechos del presente caso se enmarca en la región de la provincia de Pastaza, donde habita el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku. Esta población, la cual tiene alrededor de 1200 habitantes, subsiste de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. En el año 2004 se registró el estatuto del Pueblo Originario Kichwa de Sarayaku.</li> <li>- En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku.</li> <li>- En numerosas ocasiones la empresa petrolera CGC intentó gestionar la entrada al territorio del Pueblo Sarayaku y conseguir el consentimiento de dicho Pueblo para la exploración petrolera, aunque fueron infructuosas. En el año 2002 la Asociación de Sarayaku envió una comunicación al Ministerio de Energía y Minas en que manifestó su oposición a la entrada de las compañías petroleras en su territorio ancestral.</li> <li>- A raíz de la reactivación de la fase de exploración sísmica en noviembre de 2002 y ante el ingreso de la CGC al territorio de Sarayaku, la comunidad paralizó sus actividades económicas, administrativas y escolares. Con el propósito de resguardar los límites del territorio para impedir la entrada de la CGC, miembros del Pueblo organizaron seis en los linderos de su territorio. La empresa abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. Entre febrero de 2003 y diciembre de 2004 fueron denunciados una serie de hechos de presuntas amenazas y</li> </ul>

	<p>hostigamientos realizados en perjuicio de líderes, miembros y un abogado de Sarayaku.</p> <p>- El 19 de noviembre de 2010, PETROECUADOR firmó con la empresa CGC un Acta de Terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23. El Pueblo Sarayaku no fue informado de los términos de la negociación que sostenía el Estado con la empresa CGC ni de las condiciones en las que se celebró el Acta.</p>
<p><b>Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Fecha de presentación de la petición (12.465): 19 de diciembre de 2003</li> <li>- Fecha de informe de admisibilidad (62/04): 13 de octubre de 2004</li> <li>- Fecha de informe de fondo (138/09): 18 de diciembre de 2009</li> </ul>
<p><b>Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b></p>	<p>Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 26 de abril de 2010</p> <p>- Petitorio de la CIDH: La CIDH pidió a la Corte IDH que se declare responsable al Estado por la violación (i) del artículo 21 en relación con los artículos 13, 23 y 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del Pueblo indígena de Sarayaku y de sus miembros; (ii) de los artículos 4, 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del Pueblo y de sus miembros; (iii) del artículo 22, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros del Pueblo; (iv) del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de veinte miembros del Pueblo Kichwa de Sarayaku; y (v) del artículo 2 de la Convención Americana.</p> <p>- Petitorio de los representantes de las víctimas: Los representantes coincidieron con lo expuesto por la CIDH. Adicionalmente, solicitaron a la Corte IDH que declare la violación (i) del artículo 26 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros del Pueblo Sarayaku; y (ii) los artículos 5 y 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, así como el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en perjuicio de cuatro dirigentes de Sarayaku.</p> <p>- Fecha de la audiencia ante la Corte: 6 y 7 de julio de 2011</p> <p>- Medidas provisionales: 6 de julio de 2004, 17 de junio de 2005 y 4 de febrero de 2010</p>



<b>Análisis de fondo</b>	<p><b>I. Derechos a la Consulta y a la Propiedad Comunal Indígena</b></p> <p>El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. (...) Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes (...). Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. Las situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, (...) y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma.</p> <p>Para determinar la existencia de la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido: i) que ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) que la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales. Los hechos probados y no controvertidos en este caso permiten considerar que el Pueblo Kichwa de Sarayaku tiene una profunda y especial relación con su territorio ancestral, que no se limita a asegurar su subsistencia, sino que integra su</p>
--------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual. Cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales deben respetar ciertas pautas.</p> <p>El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural (...), los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.</p> <p>Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.</p> <p>En otras oportunidades, este Tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la CONVENCIÓN de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (...) La obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.</p> <p>De este modo, los Estados deben incorporar los estándares internacionales dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.</p> <p>En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes.</p> <p>Si bien antes de la ratificación de dicho Convenio existía la obligación de garantizar al Pueblo Sarayaku el derecho al goce</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

efectivo de su propiedad conforme su tradición comunitaria, (...) desde que el Estado adquirió el compromiso internacional de garantizar el derecho a la consulta, al ratificar en abril de 1998 el Convenio N° 169 de la OIT, y desde que se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los Pueblos indígenas y afroecuatorianos, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998.

El Pueblo Sarayaku se opuso en todo momento a la entrada de la empresa en su territorio (...). Al respecto, la señora Patricia Gualinga manifestó durante la audiencia pública que en Sarayaku se oponían porque “había visto toda la desgracia que había ocasionado la explotación petrolera en otras zonas; había visto todo lo que pasaba en el Bloque 10 y todas las divisiones que estaba ocasionando [...] y aparte de eso, sabía que parte de su subsistencia dependía de la defensa de su espacio de vida y territorio”. Así, ante las primeras incursiones de la CGC en noviembre de 2002, el Pueblo Sarayaku decidió en Asamblea declarar un “estado de emergencia” y conformaron los llamados “Campamentos de Paz y Vida” (...).

Dado que el Convenio N° 169 de la OIT aplica en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, es indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena.

184. En este sentido, no ha sido controvertido que el Estado no realizó alguna forma de consulta con Sarayaku, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera y a través de sus propias instituciones y órganos de representación. (...)

186. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, (...) Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. (...)

187. Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y

	<p>realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. (...)</p> <p>189. Durante la visita de la delegación de la Corte al territorio Sarayaku, al aceptar su responsabilidad en este caso, el Estado reconoció que no se había realizado debidamente un proceso de consulta previa (...).</p> <p>190. Además de lo anterior, miembros de Sarayaku manifestaron que existió presencia militar en el territorio de Sarayaku durante las incursiones de la empresa CGC y que tal presencia tenía como objetivo garantizar los trabajos de la compañía frente a su oposición. (...).</p> <p>De tal manera, es posible considerar que el Estado apoyó la actividad de exploración petrolera de la empresa CGC al proveerles seguridad con miembros de sus fuerzas armadas en determinados momentos, lo cual no favoreció un clima de confianza y respeto mutuo para alcanzar consensos entre las partes.</p> <p>Es posible considerar, entonces, que la falta de consulta sería y responsable por parte del Estado, en momentos de alta tensión en las relaciones inter-comunitarias y con autoridades estatales, favoreció por omisión un clima de conflictividad, división y enfrentamiento entre las comunidades indígenas de la zona, en particular con el Pueblo Sarayaku. Es decir, el Estado no sólo delegó en parte, inadecuadamente, en una empresa privada su obligación de consulta, en incumplimiento del referido principio de buena fe y de su obligación de garantizar el derecho del Pueblo Sarayaku a la participación, sino que desfavoreció un clima de respeto entre las comunidades indígenas de la zona, al favorecer la ejecución de un contrato de exploración petrolera.</p> <p>En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que “los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. (...)</p> <p>En conclusión, la Corte ha constatado que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio. Según fue analizado por el</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tribunal, los actos de la empresa petrolera no cumplen con los elementos mínimos de una consulta previa. En definitiva, el Pueblo Sarayaku no fue consultado por el Estado antes de que se realizaran actividades propias de exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectaran sitios de especial valor cultural. Todo esto fue reconocido por el Estado y, en todo caso, ha sido constatado por el Tribunal con los elementos probatorios aportados. Dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Varios instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural. (...)

Por todo lo anterior, este Tribunal considera que el Estado es responsable por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con las violaciones declaradas de los derechos a la consulta, a la identidad cultural y a la propiedad.

228. Se alegaron una serie de situaciones en que terceros o incluso agentes estatales obstaculizaron o impidieron el paso de miembros de Sarayaku por el río Bobonaza. (...) No fue aportada suficiente prueba para analizar tales hechos bajo el artículo 22 de la Convención.

Por otro lado, efectivamente el hecho de que hayan sido sembrados explosivos de pentolita en el territorio del Pueblo Sarayaku ha implicado una restricción ilegítima a circular, realizar actividades de caza y tradicionales en determinados sectores de su propiedad, por la evidente situación de riesgo creada para su vida e integridad. (...).

## **II. Derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal**

La Corte ha establecido en su jurisprudencia constante que las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, presuponen que nadie sea privado de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y, además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requieren que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción. En el presente caso, la empresa petrolera realizó, con la aquiescencia y protección del Estado, el desbroce de senderos y sembró cerca de 1400 kg. de explosivo pentolita en

el bloque 23, que incluye el territorio Sarayaku. Por ende, ha sido un riesgo claro y comprobado, que correspondía al Estado desactivar. Por las razones anteriores, el Estado es responsable de haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los miembros del Pueblo Sarayaku, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención, en relación con la obligación de garantía del derecho a la propiedad comunal, en los términos de los artículos 1.1 y 21 de aquel tratado.

En lo que respecta a la alegada violación de la libertad personal de cuatro miembros de Sarayaku, el Tribunal constata que, fue efectivamente abierto un procedimiento de indagación previa en su contra por el Fiscal del Distrito de Pastaza.

En consecuencia, la Corte no cuenta con elementos de prueba suficientes que permitan concluir que el Estado es responsable por las alegadas violaciones de los derechos reconocidos en los artículos 5 y 7 de la Convención Americana y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

### **III. Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial**

Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son "verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación"

Asimismo, la Corte ha reiterado que el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención".

Además, en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

La Corte observa que no se iniciaron investigaciones en cinco de los seis hechos denunciados y que, en cuanto a la investigación iniciada, se evidencia inactividad procesal (...).Por ello, este Tribunal encuentra que en este caso el conjunto de las investigaciones no constituyó un medio

	<p>efectivo para garantizar los derechos a la integridad personal de las presuntas víctimas de esos hechos.</p> <p>En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte considera que, en el presente caso, las fallas en las investigaciones de los hechos denunciados demuestran que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia ni conforme a sus obligaciones de garantizar el derecho a la integridad personal, contenido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con la obligación del Estado de garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los referidos miembros del Pueblo Sarayaku.</p> <p>En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el Estado no garantizó un recurso efectivo que remediara la situación jurídica infringida, ni garantizó que la autoridad competente prevista decidiera sobre los derechos de las personas que interpusieron el recurso y que se ejecutaran las providencias, mediante una tutela judicial efectiva, en violación de los artículos 8.1, 25.1, 25.2.a y 25.2.c de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Pueblo Sarayaku</p>
<p><b>Reparaciones</b></p>	<p>La Corte dispone que,</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La Sentencia de Fondo y Reparaciones constituye per se una forma de reparación.</li> <li>- El Estado debe neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo.</li> <li>- El Estado debe consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio.</li> <li>- El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades.</li> <li>- El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas.</li> <li>- El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso,</li> </ul>

	<p>de conformidad con lo establecido en el párrafo 305 de la Sentencia de Fondo y Reparaciones.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en los párrafos 307 y 308 de la Sentencia de Fondo y Reparaciones.</li> <li>- El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 317, 323 y 331 de la Sentencia de Fondo y Reparaciones, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 335 a 339 de la Sentencia de Fondo y Reparaciones, así como reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad establecida en el párrafo 334 de la misma.</li> <li>- El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones., rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto dispositivo segundo.</li> <li>- Las medidas provisionales ordenadas en el presente caso han quedado sin efecto.</li> <li>- La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Fondo y Reparaciones., en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma</li> </ul>
<p><b>Puntos Resolutivos</b></p>	<p>La Corte declara que,</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Dado el amplio reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que la Corte ha valorado positivamente, la excepción preliminar interpuesta carece de objeto y no corresponde analizarla.</li> <li>- El Estado es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.</li> <li>- El Estado es responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal, en los términos de los artículos 1.1 y 21 del mismo tratado, en perjuicio de los miembros del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.</li> <li>- El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku.</li> </ul>

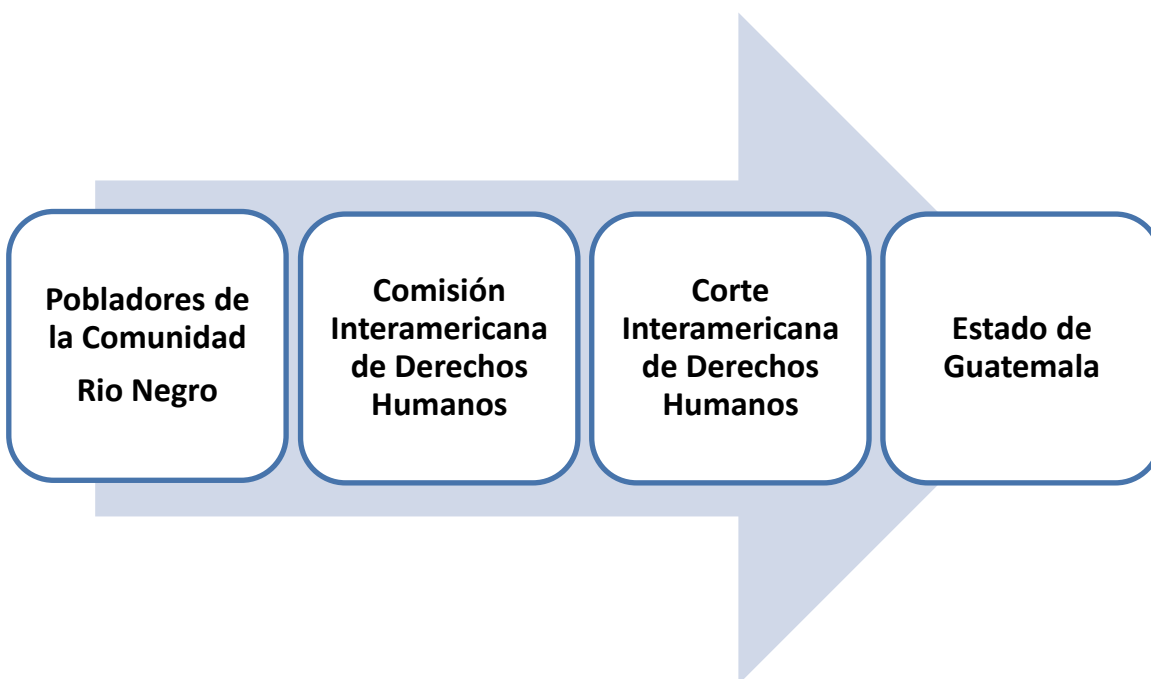


	- No corresponde analizar los hechos del presente caso a la luz de los artículos 7, 13, 22, 23 y 26 de la Convención Americana, ni del artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
<b>Supervisión de cumplimiento de sentencia</b>	No se consigna

## REVISIÓN DE FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO CINCO: Caso de la Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Sentencia 4 de Septiembre de 2012.<sup>122</sup>

### INTRODUCCIÓN A LA CAUSA



### FICHA TÉCNICA

<b>Víctimas(s)</b>	Pobladores de la Comunidad Río Negro
<b>Representante(s):</b>	Asociación para el Desarrollo Integral de las Víctimas de la violencia en las Verapaces (ADIVIMA)
<b>Estado Demandado</b>	Guatemala
<b>Derechos violados</b>	<b>Convención Americana sobre Derechos Humanos:</b> Artículo 1 (Obligación de respetar derechos). - Artículo 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica) - Artículo 4 (Derecho a la vida) - Artículo 5 (Derecho a la integridad personal) - Artículo 6 (Prohibición de la esclavitud y servidumbre) - Artículo 7 (Derecho a la libertad personal) - Artículo 8 (Garantías judiciales) - Artículo 11 (Protección de la honra y de la dignidad) - Artículo 12 (Libertad de conciencia y de religión) - Artículo 16 (Libertad de asociación) - Artículo 17

<sup>122</sup> <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/rionegro.pdf>

	<p>(Protección a la familia) - Artículo 18 (Derecho al nombre) - Artículo 19 (Derechos del niño) - Artículo 21 (Derecho a la propiedad privada). Artículo 22 (Derecho de circulación y de residencia) - Artículo 24 (Igualdad ante la ley) - Artículo 25 (Protección judicial).</p> <p><b>Otro(s) tratado(s) interamericano(s):</b> Artículo I (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) - Artículos 1, 6, 7 y 8 (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) - Artículo 7b (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belem do Pará”</p> <p><b>Otro(s) instrumento(s) internacional(es) citado(s):</b> Convención sobre los Derechos del Niño - Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados - Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas - <b>Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales</b> - Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas - Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Principios rectores de los desplazamientos internos de las Naciones Unidas</p>
<p style="text-align: center;"><b>Hechos</b></p>	<p>Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, entre 1962 y 1996. La Comisión de Esclarecimiento Histórico estableció que se cometieron múltiples violaciones de derechos humanos. En ese contexto, se realizaron una serie de masacres que son objeto del caso. Las masacres que involucran el presente caso son las del 04 de marzo de 1980 en la capilla de Río Negro, la masacre de 13 de febrero de 1982 en la Aldea de Xococ, la de 13 de marzo de 1982 en el Cerro de Pacoxom, la de 14 de mayo de 1982 en “Los Encuentros” y la masacre del 14 de septiembre de 1982 en “Agua Fría”. - El 04 de marzo de 1980 fueron ejecutados siete líderes de la comunidad Río Negro, otros dos líderes fueron también ejecutados ese mismo día. El 13 de febrero de 1982 aproximadamente 70 personas, entre hombres, mujeres y niños, de la comunidad de Río Negro fueron trasladadas a Xococ, de las cuales solo regresaron 2 personas a Río Negro. El 13 de marzo del mismo año, los patrulleros y soldados escarbaron una fosa y procedieron a matar a las personas de Río Negro que se encontraban presentes. Los cadáveres de las personas masacradas lanzados a una quebrada cercana o a una fosa. Durante la masacre, los patrulleros y militares escogieron a 17 niños de la comunidad de Río Negro que fueron obligados a vivir con miembros de la Comunidad Xococ. - En la masacre del 14 de mayo fueron asesinadas por lo menos 79 personas y luego el 14 de septiembre, 92 personas. Las personas que lograron escapar de las distintas masacres perpetradas se refugiaron en las</p>

	<p>montañas, algunos por años, despojados de todas sus pertenencias, durmiendo a la intemperie y moviéndose continuamente a fin de huir de los soldados y patrulleros que los perseguían aún después de las masacres. Además, los integrantes de la comunidad de Río Negro experimentaron severas dificultades para encontrar comida, a la vez que varios niños y adultos murieron de hambre pues el ejército y los patrulleros destruían los sembradíos que lograban tener. Algunas mujeres dieron a luz en la montaña, y sólo pudieron registrar a sus hijos tiempo después, con fechas y lugares de nacimiento falsos, para protegerlos. - Al entrar en vigor una ley de amnistía del año 1983, algunos sobrevivientes de las masacres fueron reasentados por el gobierno en la colonia Pacux, ubicada detrás del destacamento militar de Rabinal. Sin embargo, continuó en dicho lugar. Al menos 289 sobrevivientes de las masacres de Río Negro aún residen en la colonia semiurbana de Pacux cuyas condiciones de vida en la colonia Pacux son precarias y las tierras no son adecuadas para la agricultura de subsistencia. Además, el reasentamiento implicó la pérdida de la relación que la comunidad tenía con su cultura, recursos naturales y propiedades y del idioma Maya Achí.</p>
<p><b>Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b></p>	<p>Fecha de presentación de la petición (12.649): 19 de julio de 2005 - Fecha de informe de admisibilidad (13/08): 5 de marzo de 2008 - Fecha de informe de fondo (86/10): 14 de julio de 2010</p>
<p><b>Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b></p>	<p>- Fecha de remisión del caso a la Corte: 30 de noviembre de 2010 - Petitorio de la CIDH: La CIDH solicitó a la Corte IDH que declare la responsabilidad internacional del Estado de Guatemala por la presunta violación de los derechos reconocidos en los siguientes artículos de la Convención Americana: 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 16, 17, 19, 21, 22, 24 y 25 en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los miembros de la comunidad de Río Negro. Asimismo, solicitó que se declare el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”. - Petitorio de los representantes de las víctimas: Los representantes coincidieron, en general, con las violaciones alegadas por la CIDH. No alegaron el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos I de la Convención sobre Desaparición Forzada, y 1, 6 y 7 de la Convención contra la Tortura. Sin embargo, adicionalmente a los alegatos de la Comisión, los representantes estimaron violado el derecho reconocido en los artículos 4 y 18 de la</p>

	Convención Americana. - Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 19 y 20 de junio de 2012
<b>Análisis de fondo</b>	<p><b>Derechos a la libertad e integridad personales, a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros de la comunidad de Río Negro desaparecidos forzosamente, y los derechos de los niños de Río Negro desaparecidos forzosamente, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos 1.1.</b> La desaparición forzada como violación múltiple y continuada de derechos humanos En su jurisprudencia constante iniciada desde 1988, la Corte ha establecido el carácter permanente o continuado de la desaparición forzada de personas, el cual ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte ha calificado al conjunto de violaciones múltiples y continuas de varios derechos protegidos por la Convención como desaparición forzada de personas, con base en el desarrollo que para la época se había dado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte ha verificado la consolidación internacional en el análisis de esta conducta, la cual configura una grave violación de derechos humanos dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados. La jurisprudencia de este Tribunal ha señalado como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. En el presente caso, la Corte consideró demostrado que en Guatemala existía una práctica de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y tratos crueles o torturas por parte de organismos de seguridad. en la época de los hechos. Por lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La Corte señala que tomando en cuenta el contexto y las circunstancias del presente caso, según las cuales la desaparición forzada de personas fue una práctica realizada en Guatemala durante el conflicto armado interno, y el hecho de que hasta el momento, luego de ser obligados a subir a un helicóptero, no se tiene noticia de su paradero. La Corte ha considerado que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”. Las mujeres víctimas de</p>

violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas, e inclusive, sociales. La Corte también ha establecido que, en determinadas situaciones, la violación sexual también puede constituir una forma de tortura de la víctima. En casos anteriores, esta Corte ha sostenido que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma. La Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. La Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de “enterrar a los muertos”. La imposibilidad de enterrar a los muertos es un hecho que incrementa el sufrimiento y angustia de los familiares. En los rituales mayas hay un ritual de despedida, de preparación, de agradecimiento a los muertos. Eso no se pudo realizar con la mayoría de los que fueron asesinados violentamente, los que fueron masacrados [...] y los que fueron desaparecidos. Para muchos sigue siendo una herida abierta el no poder darles digna sepultura. La Corte observa que actualmente los miembros de la comunidad de Río Negro no pueden realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no ha localizado ni identificado a la mayor parte de los restos de personas supuestamente ejecutadas durante las masacres. Esta Corte ya ha señalado que la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, como la de Guatemala. Finalmente, la Corte ha precisado que las malas condiciones de vida que padecen los miembros de una comunidad y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de los miembros de dicha comunidad. La Corte considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, los puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad con un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas. La Corte observa que la investigación

	<p>se inició aproximadamente diez años después de sucedidos los hechos pero a partir de las denuncias que las propias víctimas interpusieron, y no a iniciativa del Estado. Las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la obtención de la prueba para alcanzar los objetivos de una investigación y abstenerse de obstruir la marcha del proceso investigativo. Para la Corte no es necesario realizar el análisis de los criterios mencionados dado que es evidente que las investigaciones relativas a las cinco masacres han sobrepasado cualquier parámetro de razonabilidad de duración. Por lo tanto, la Corte concluye que en virtud de que la investigación no se ha llevado a cabo dentro de un plazo razonable, el Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento. La Corte ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento y angustia adicionales que éstos han padecido a causa de las actuaciones u omisiones posteriores de las autoridades estatales con respecto a la investigación de los hechos y debido a la ausencia de recursos efectivos. De este modo, es claro que las víctimas sobrevivientes de las masacres de Río Negro padecen un profundo sufrimiento y dolor como resultado de la impunidad en que se encuentran los hechos, los cuales se enmarcaron dentro de una política de estado de “tierra arrasada” dirigida hacia la destrucción total de dicha comunidad.</p>
<p><b>Reparaciones</b></p>	<p>La Corte dispone que, - La Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas constituye per se una forma de reparación. - El Estado debe investigar, sin mayor dilación, de forma seria y efectiva los hechos que originaron las violaciones declaradas en la presente Sentencia, con el propósito de juzgar y eventualmente, sancionar a los presuntos responsables. - El Estado debe realizar una búsqueda efectiva del paradero de las víctimas desaparecidas forzosamente; elaborar un plan riguroso para la búsqueda de los miembros de la comunidad de Río Negro desaparecidos forzosamente, así como para la localización, exhumación e identificación de las personas presuntamente ejecutadas, y la determinación de las causas de muerte y posibles lesiones previas, e implementar un banco de información genética. - El Estado debe realizar las publicaciones de la sentencia en español y en idioma maya achí. - El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso. - El Estado debe realizar las obras de infraestructura y servicios básicos a favor de los miembros de la comunidad de Río Negro que residen en la colonia Pacux. - El Estado debe diseñar e implementar un proyecto para el rescate de la cultura maya Achí. - El Estado debe brindar tratamiento médico y psicológico a las víctimas del presente</p>

	<p>caso. - El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 309 y 317 de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 318 a 323 de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. - El Estado debe establecer un mecanismo adecuado para que otros miembros de la comunidad de Río Negro posteriormente puedan ser considerados víctimas de alguna violación de derechos humanos declarada en este Fallo, y reciban reparaciones individuales y colectivas como las que se ordenaron en la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. - El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.</p>
<p><b>Puntos Resolutivos</b></p>	<p>La Corte dictamina que, - El Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1, 5.2, y 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo I.a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de Ramona Lajuj, Manuel Chen Sánchez, Aurelia Alvarado Ivoy, Cornelio Osorio Lajúj, Demetria Osorio Tahuico, Fermin Tum Chén, Francisco Chen Osorio, Francisco Sánchez Sic, Héctor López Osorio, Jerónimo Osorio Chen, Luciano Osorio Chen, Pablo Osorio Tahuico, Pedro Chén Rojas, Pedro López Osorio, Pedro Osorio Chén, Sebastiana Osorio Tahuico y Soterio Pérez Tum y, adicionalmente a dichos artículos, por la violación del derecho establecido en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Manuel Chen Sánchez. - El Estado es responsable por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 5.1, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de María Eustaquia Uscap Ivoy. - El Estado es responsable de la violación de los derechos reconocidos en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 6, 17 y 1.1 de la misma, en perjuicio de María Eustaquia Uscap Ivoy, y por la violación del derecho reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 6, 17, 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Agustín Chen Osorio, Celestina Uscap Ivoy, Cruz Pérez Osorio, Froilan Uscap Ivoy, Jesús Tecú Osorio, José Osorio Osorio, Juan Chen Chen, Juan Chen Osorio, Juan Pérez Osorio, Juan Uscap Ivoy, Juana Chen Osorio, Pedro Sic Sánchez, Silveria Lajuj Tum,</p>



	<p>Tomasa Osorio Chen, Florinda Uscap Ivoy y Juan Osorio Alvarado. - El Estado es responsable de la violación del derecho reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 12.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad de Río Negro que viven en la colonia Pacux. - El Estado es responsable de la violación del derecho reconocido en el artículo 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los sobrevivientes de las masacres de Río Negro que habitan en la colonia de Pacux. - El Estado es responsable de la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, así como por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el artículo I.b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y el artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de las víctimas del presente caso, en sus respectivas circunstancias. - El Estado es responsable de la violación del derecho reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de los sobrevivientes de las masacres de Río Negro. - El Estado no es responsable de la violación del derecho reconocido en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p>
<p><b>Supervisión de cumplimiento de sentencia</b></p>	<p>No se consigna.</p>

Los cinco casos presentados nos muestran sentencias en que la Corte Interamericana ha definido su posición frente a las distintas causas, y con ello ha colaborado en generar una jurisprudencia que considera los derechos de los pueblos indígenas, y define su relación con el derecho estatal.

La naturaleza de los casos que se presentan, nos contextualiza en diversas materias, que van desde lo particular a lo colectivo, pero que tiene como punto de encuentro el respeto por la identidad cultural indígena, la que se ve amenazada toda vez que se generan acciones, desde el empresariado y desde las políticas del estado, para establecer relaciones con los pueblos originarios, relaciones que no siempre se desarrollan en base a la igualdad de condiciones y al respeto de las particularidades culturales.

La jurisprudencia de la Corte en relación a los pueblos indígenas se enmarca en derechos consagrados principalmente en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, en particular en la Declaración y la Convención Americana sobre DDHH.

Es por ello que el apelar a la Corte, y a su jurisprudencia internacional, se hace cada vez más recurrente por parte de los pueblos indígenas, por cuanto la jurisprudencia de los estados nacionales no dan respuesta a la problemáticas surgidas desde demandas indígenas, o existe una desconfianza de los pueblos indígenas por la falta de legitimidad por la que pasan los sistemas de justicia de cada estado.

De los casos anteriores surgen situaciones comunes, las que procedemos a revisar a continuación:

### **Con respecto a los derechos violados:**

En los casos expuestos, se presentan materias en donde se han violado distintos derechos consagrados en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos:**

Obligación de respetar los derechos, Derecho a la honra y dignidad, Libertad de conciencia y de religión, Derecho a la Libertad de Asociación, Deber de adoptar disposiciones de derecho interno, Derecho a la propiedad privada, Derecho de circulación y de residencia, Derechos políticos, Protección Judicial, Derecho a la vida, Derecho a un debido procesamiento y condena por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad., Deber de adoptar disposiciones de derecho interno, Reconocimiento de la personalidad jurídica, Garantías Judiciales, Derechos del niño/a, Libertad de pensamiento y expresión, Derecho de circulación y de residencia, Desarrollo progresivo, Derecho a la Integridad Personal, Derecho a la libertad personal, Prohibición de la esclavitud y servidumbre, Protección de la honra y de la dignidad, Protección a la familia, Derecho al nombre, Derecho de circulación y de residencia, Igualdad ante la ley.

**Con respecto a los convenios, pactos, estatutos y/o declaraciones citadas como derechos consagrados:**

Existe una diversidad de convenios, pactos, estatutos y/o declaraciones que se han citado por la defensa de los derechos en estos casos:

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes – Organización Internacional del Trabajo, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo – Naciones Unidas, Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas - Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Principios rectores de los desplazamientos internos de las Naciones Unidas. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – Naciones Unidas, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial – UNESCO,

**Con respecto a los hechos que originan el conflicto, y el tema en que se basa el conflicto:**

En todos los casos presentados, existe un conflicto que se da entre las comunidades indígenas y el estado, y obedece principalmente a conflictos de territorio, en donde se estudia su explotación, o ya se explotan los recursos naturales por parte de privados con permiso del estado. En muchos casos, los estados otorgan estas concesiones a la industria extractiva, (**minerales, gas y petróleo**), no cumpliendo con el Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta y al Consentimiento Previo Libre e Informado.

La existencia de proyectos mineros en el norte de Chile, Bolivia, Perú y Argentina, de Proyecto de Explotación Forestal en el sur de América, y de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el amazonas y la pampa (Argentina, Perú, Brasil y Ecuador), han generado fuertes problemáticas con respecto a la pertenencia de la tierra.

Tal como lo señala la Corte, se reconoció que entre los indígenas “existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento

material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”<sup>123</sup>

Sin embargo, los intereses económicos y culturales no van en una misma carretera, como lo señala Zuñiga<sup>124</sup>, la relación entre pueblos indígenas y conflictos se enmarca en la tensión cada vez más manifiesta entre intereses particulares e intereses universales. En el sistema internacional hay numerosas cuestiones que no pueden ser manejadas individualmente por los Estados como la crisis ambiental, las violaciones masivas de los derechos humanos, los flujos de refugiados y emigrantes, el comercio internacional, las epidemias y el crimen internacional en sus múltiples facetas, entre otras. Sin embargo, aunque existe una necesidad de multilateralismo para gestionar estos problemas, las tendencias de la economía y el mercado van en la dirección de la privatización y de los intereses singulares de empresas, estados, grupos sociales e individuos. La dura competencia por el control de los recursos naturales debido a su creciente escasez, junto a su deterioro y desigual distribución, se convierten en algunas de las causas de los actuales conflictos, que en algunos casos escalan hasta la violencia. Uno de los sectores de población más afectados en esta lucha por el control de los recursos son los pueblos indígenas, en cuyas tierras se localizan en muchas ocasiones importantes riquezas naturales.

---

<sup>123</sup> CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 149.

<sup>124</sup> Artículo basado en la conferencia impartida en el III Encuentro de Investigadores de Derechos de los Pueblos Indígenas celebrado en la Universidad de Deusto, Bilbao, en septiembre de 2003. Conflictos por recursos naturales y pueblos indígenas. Centro de Investigación para la Paz (CIP-FUHEM) – [www.cip.fuhem.es](http://www.cip.fuhem.es)

En la siguiente matriz veremos cómo los casos estudiados tienen directa relación con las problemáticas planteadas.

N°	CASO	HECHO	CONFLICTO
1	Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v/s Nicaragua	El Estado de Nicaragua entrega a la empresa SOLCARSA la concesión por 30 años para el manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas aproximadamente, sin consultar a la Comunidad.	Territorio Proyecto de Explotación Forestal.
2	Comunidad Sawhoyamaxa v/s Paraguay	Las tierras de esta zona fueron individualizadas como fincas por parte del estado de Paraguay y figuraban a nombre de dos compañías privadas. En 1991 la comunidad inició el proceso de reivindicación de sus tierras	Territorio.
3	Comunidad Mapuche v/s Chile	Se abrieron procesos penales por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las Regiones VIII (Biobío) y IX (Araucanía) de Chile, en los cuales fueron condenados como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de la Ley N° 18.314 que “determina conductas terroristas y fija su penalidad” (conocida como “Ley Antiterrorista”). Esto en el marco de la recuperación de territorios ancestrales.	Territorio Proyecto de Explotación Forestal.
4	Comunidad Kichwa de Sarayaku v/s. Ecuador	Contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo entre el Estado de Ecuador y la empresa privada multinacional. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku.	Territorio. Exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo
5	Comunidad Rio Negro v/s. Guatemala	Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, entre 1962 y 1996. La Comisión de Esclarecimiento Histórico estableció que se cometieron múltiples violaciones de derechos humanos. En la masacre del 14 de mayo fueron asesinadas por lo menos 79 personas y luego el 14 de septiembre, 92 personas	DDHH Conflicto Armado - Masacre

Según la Corte, guardaba relación con lo expuesto en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados debían (deben) respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. En consecuencia, el Tribunal declaró que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, debían ser salvaguardadas por el artículo 21 de la Convención<sup>125</sup>.

<b>N°</b>	<b>COMUNIDAD</b>	<b>ETNIA</b>	<b>ESTADO DEMANDADO</b>	<b>SENTENCIA</b>
<b>1</b>	Comunidad Awas Tingni	MAYAGNA (SUMO)	Nicaragua	31/08/2001
<b>2</b>	Comunidad Indígena Sawhoyamaxa	ENXET	Paraguay	29/03/2006
<b>3</b>	Norín Catrimán y otros/a	MAPUCHE	Chile	29/05/2014
<b>4</b>	Pueblo Indígena Kichwa	SARAYAKU	Ecuador	27/06/ 2012
<b>5</b>	Comunidad Río Negro	MAYA	Guatemala	04/09/2012

---

<sup>125</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op. cit., párr. 137.

### 3.1.5 La Privación de Libertad de Personas Indígenas

Sin duda, existe conocimiento por parte de los estados del aumento de indígenas en las cárceles, esto debido principalmente que el tema comienza a visibilizarse desde los años 80, y con un avance relativo dependiendo de cada estado, dado principalmente por el nivel de importancia que se le otorga en materia de políticas públicas.

El tratamiento y el respeto de sus costumbres ha sido un tema que se ha considerado en normativas internacionales, como es el Convenio 169, sin embargo existe una falta de materialización en el respeto a estas normas, y en la actualidad no hay una mirada pluralista al interior de las cárceles en Latinoamérica, sin desconocer algunos esfuerzos aislados, y muchas veces sin fuerza, para considerar las especificidades culturales de los privados de libertad.

El Alto Comisionado de la ONU en materia de los Pueblos Indígenas es uno de los referentes de la situación de privación de libertad de personas pertenecientes a los distintos pueblos indígenas.

Sus informes se han centrado en distintos temas que a continuación se presentan<sup>126</sup>:

- Derechos de la Propia Jurisdicción

Los pueblos indígenas tienen el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y pueden aplicar sus normas y procedimientos propios mediante sus propias autoridades. Este derecho goza protección internacional gracias al Convenio 169 de la OIT (artículos 8, inciso 2 y 9, inciso 1). En consecuencia, los indígenas no deben ser sometidos a la justicia ordinaria –ni a sus formas de punición (cárcel) –, dado que ella se basa en un marco cultural e institucional diferente al de los indígenas. Este derecho no se cumple en ningún país, en los países que se han desarrollado formas de justicia complementaria se han resuelto en algunos delitos, pero que se enmarcan en delitos de baja peligrosidad.

---

<sup>126</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina En Colombia (2001) Informe Centros de Reclusión en Colombia: Un Estado de Cosas Inconstitucional y de Flagrante Violación de Derechos Humanos. Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria. Federico Marcos Martínez (Costa Rica), Morris Tidball-Binz (Argentina), Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (Perú). Bogotá, D.C., Colombia.

- Derecho a la consulta previa de toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a los PI.

En el caso de que los indígenas estén bajo competencia de la jurisdicción ordinaria (cuando los hechos se hayan realizado fuera del ámbito territorial indígena y afecten a personas no indígenas) tienen, entre otros, los derechos que se enuncian.

- Ser consultados previamente a la elaboración de toda medida legislativa o administrativa que pudiera afectarlos en toda materia, incluyendo el de la justicia (Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT).
- Comprender y hacerse comprender en su propio idioma durante los procedimientos legales, ya sea mediante personal judicial bilingüe, intérpretes u otros medios idóneos (artículo 10 de la Constitución Política de Colombia, artículos 12 y 28, inciso 3 del Convenio 169 de la OIT y artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica).
- Defensa idónea (artículo 12 del Convenio 169 de la OIT). Para esto se han creado en diferentes países la Defensoría Indígena, que tiene muchas críticas en relación a la falta de diálogo entre las costumbres y las leyes estatales.
- Consideración de su cultura y de sus condiciones socioeconómicas al momento del juzgamiento (artículo 9, inciso 2 del Convenio 169 de la OIT). Principalmente se centra en la existencia de un traductor, pero que en definitiva no da las garantías suficientes ya que hay falta de traductores y por lo tanto nos es permanente. La consideración del peritaje antropológico también ha sido una innovación en este campo, sin embargo, y como los veremos con mayor detención, existe una falta de credibilidad de los argumentos antropológicos, por ser considerado no científicos.
- Aplicación preferente de penas distintas al encarcelamiento, en el caso de que los indígenas deban ser condenados (artículo 10, inciso 2 del Convenio 169 de la OIT). Esto se cumple, con distintos matices, pero en delitos muy leves, robo de gallinas, o productos agrícolas.
- Condiciones carcelarias bajo respeto de la diversidad cultural, que permita la vivencia de la propia cultura, idioma, religión (incluyendo el culto y la asistencia de chamanes o guías espirituales propios), el acceso a y uso de la propia alimentación, vestido, medicina tradicional; y cercanía a la familia y grupo étnico. Este punto también es bastante discutido, principalmente en el uso de la lengua originaria ya que los centinelas no lo permiten por atentar contra la seguridad del recinto



carcelario. Al no entender lo que dicen suponen una posible conspiración en contra del orden.

- Derecho al uso del propio idioma indígena en los procedimientos legales y juzgamiento. El traductor o el mediador intercultural ha sido un nuevo actor en el acceso a la justicia, sin embargo no hay una evaluación por la falta de profesionales, por la lentitud de los juicios, por la falta de conocimiento de la lengua originaria por parte del juez, entre otras causas.
- Lugar de encarcelamiento. No existe diferencia en el lugar de encarcelamiento, hay módulos que se han habilitado para población étnicamente diferente, sin embargo es un criterio de segmentación muy poco utilizado.
- Respeto a la diversidad aún bajo el régimen carcelario. Es poco probable que se respete la diversidad, ya que la cárcel es un lugar que busca la homogenización de los presos bajo una normativa interna que sobrepone la seguridad por sobre la intervención.
- Derechos de educación, trabajo y salud. La educación mayoritariamente se imparte en castellano, la salud principalmente es occidental, existiendo cárceles en donde se considera la medicina tradicional, y el trabajo se establece en relación a los requerimientos de manos de obra del mercado y no en base a las particularidades de cada interno.

En el ámbito de los Derechos Humanos existe una serie de convenios internacionales enfocados a promover, respetar y proteger la condición del ser humano en situación de libertad, como son:

- Las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, adoptadas en 1955, y ampliadas en 1977 y 1984;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, entrada en vigor 23 de marzo de 1976;
- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984;
- La Convención de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas, de 1983.

También existen otros tratados, que no han sido ratificados por todos los países de L.A., como son:

- La Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero -adoptada el 9 de junio de 1993 por la Organización de Estados Americanos;
- El Tratado con Brasil sobre Transferencia de Presos Condenados, suscrito entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile el 29 de abril de 1998;
- El Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Bolivia el 22 de febrero de 2001;
- El Tratado con Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Argentina el 29 de octubre de 2002.

Si bien, hay bastantes tratados, en realidad no siempre se cumplen y muchas veces existen y se ratifican por cumplir un estándar internacional, pero que no se materializan.



**IV PARTE**  
**ANÁLISIS DE ENTREVISTAS**

***Weñegilmi kiñe waka, inatugele ti weñewma entonces mvley ñi wiñoltuwal ti el.***  
***(Si te roban una vaca, si persiguen al que la robó, entonces su obligación es devolverla)***

Entrevistas Realizadas

N°	PAÍS / CIUDAD	ENTREVISTADO	SIGLA
1	Costa Rica, San José	David Dirigente Indígena Maleku Representante de Organización Cultural Maleku	DMCR
2	Guatemala Ciudad De Guatemala	Ricardo Cajas Mejías. Abogado. Director de Organizaciones Mayas de Guatemala	RCG
3	Guatemala Ciudad De Guatemala	Benito Morales Asesor Jurídico de la Fundación Rigoberta Menchú, Departamento Jurídico	BMG
4	México, San Cristóbal, Chiapas	Lucas Reyes Castelloni Y Bulmaru Acuña. Académicos. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Chiapas.	LR-BAM
5	México, Distrito Federal	Adriana Terven Salinas Antropóloga Social. CIESAS	ATM
6	México, Distrito Federal	Diego Iturralde Abogado y Antropólogo, especialista en antropología jurídica y derechos de los pueblos indígenas. CIESAS, México	DIM
7	Panamá, Comunidad Naranjo Grande, Golfo De San Blas	Hilario Álvarez Profesor y habitante de la Comarca Kuna Yala	HAP
8	Panamá. Ciudad De Panamá	Heraclio López Abogado Kuna Yala	HLP
9	Panamá. Ciudad De Panamá	Aresio Valiente López Abogado. Director del Programa Pueblos Indígenas del Centro de Asistencia Legal Popular. Panamá.	AVP
10	Ecuador, Quito	Fernando García Antropólogo, Flacso Ecuador	FGE
11	Perú, Lima	Manuel Garcia Solaz Representante OIT Andina	MGP
12	Bolivia, La Paz	Marcelo Fernández Osco Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia.	MFB
13	España, Valencia	Emiliano Borja Jiménez Abogado, Académico de Universidad de Valencia	EBE
14	Chile, Santiago	Mirna Villegas Abogada, Académica. Chile	MVCL

<b>N°</b>	<b>PAÍS / CIUDAD</b>	<b>ENTREVISTADO</b>	<b>SIGLA</b>
15	Chile, Alto Hospicio	Andrea Mamani Asistente Social – Facilitadora Intercultural. Oficina Defensoría Penal Pública. Alto Hospicio. Chile	AMCL
16	Chile	Alejandra Araya Historiadora. Universidad de Chile. Directora del Archivo Central Andrés Bello.	AACL
17	Chile	Carlos Cabezas Sociólogo Sistema Penitenciario Chile	CCCL
18	Chile	Manuela Rollo Abogada. Defensoría Penal Pública. Chile	MRCL
19	Oruro, Bolivia <sup>127</sup>	Sandro Viza Mamani	SVB
20	Colchane, Chile	Leonardo Vilches Mamani	LVCL
21	Colchane, Chile	Jacinto Choque Mamani	JCCL
22	Camiña, Chile	Javier Vilches Challapa,	JVCL
23	Isluga, Chile	Bernardo Saavedra	BSCL
24	Lima, Peru,	Luis Calagua	LCPE
25	Huara, Chile	Reinaldo Copa Carlos	RCCL
26	Oruro, Bolivia	Antolin Geronimo Larama	AGB
27	Pozo Almonte, Chile	Pedro Cruz Bueno	PCCL
28	Alto Hospicio, Chile	Herman Mamani Lopez	HLCL

<sup>127</sup>127 Entrevistas 19 A 28 fueron Realizadas en la Cárcel de Alto Hospicio, Chile

#### **4.1. Principios del CONVENIO N°169 OIT: Revisión De Los Artículos Específicos en Materia Jurídico Penal. Revisión del Artículo 8,9, 10 y 12 de la OIT**

Gran parte de los entrevistados coinciden en que el Convenio 169 de la OIT es un marco normativo que surge como respuesta al largo y violento proceso de dominación que han experimentado los pueblos indígenas desde la época de la Conquista hasta la actualidad.

Tal como lo señalan los entrevistados, el reconocimiento de los derechos indígenas es una deuda pendiente y una lucha inacabada.

En gran parte de los países Latinoamericanos donde se ha suscrito el Convenio 169, se ha desarrollado un proceso que no ha estado exento de tensiones sino que, muy por el contrario, ha existido fuerte resistencia de los grupos políticos y económicos de mayor poder.

Es así que, incluso en países como México o Guatemala, con una población mayoritariamente indígena, las experiencias se describen como especialmente dificultosas. Es en la discusión legislativa, como parlamentaria, donde se expresan con mayor intensidad las posturas de los sectores sociales dominantes. De esta manera, por ejemplo, Benito Morales, entrevistado de la Fundación Rigoberta Menchú describe cómo dichos sectores en Guatemala consideran el Convenio 169 como una disposición implementada desde el exterior, que se entromete inapropiadamente en los asuntos internos del país.

La críticas surgen incluso de los términos empleados, como el término “sociedades tribales” y será largamente cuestionado y usado como otra razón para evadir su aprobación, puesto que desconocería la realidad interna de los pueblos indígenas.

*“...de antemano había mucha reticencia de poder aprobar esta cuestión, no obstante, incluso había muchas discusiones tan absurdas en el congreso. Yo recuerdo ahora, solo decir que eso no podría ser ratificado por Guatemala, porque es el convenio internacional para pueblos indígenas y tribales y aquí no hay tribus, discusiones tan absurdas como de ese tipo, ... (BMG)*

Las resistencias tanto en la suscripción del Convenio 169, como también en su aplicación, constituyen a su vez un reflejo de la compleja situación en el reconocimiento constitucional de las especificidades culturales y étnicas de los pueblos indígenas en América Latina.

*“ En términos jurídicos también en otro momento se ha dado una discusión, con que si el Convenio 169 siendo un instrumento de derechos humanos, está por encima de la constitución, y esta ese asunto de la jerarquía y las normas, precisamente porque hay una disposición constitucional, que dice que los convenios internacionales arbitrados por Guatemala en materia de derechos humanos tiene preeminencia sobre el derecho interno, eso está establecido en el artículo 46 de la Constitución Política de la Republica.” (BMG)*

A continuación revisaremos las percepciones de líderes indígenas y expertos en la materia, sobre el modo de implementación de los cinco principios generales del Convenio 169 de la OIT<sup>128</sup>, a la luz del reconocimiento del pluralismo jurídico en los distintos países de estudio. Dichos principios son:

1. No discriminación;
2. Medidas especiales;
3. Reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas y tribales;
4. Consulta y participación, y
5. Derecho a decidir las prioridades para el desarrollo.

Junto con lo anterior, veremos algunas respuestas organizadas y paradigmáticas que han desarrollado dichos pueblos, con el objeto de contrarrestar las situaciones de exclusión social y acceso a la justicia, entre otras cosas, que viven cotidianamente.

---

<sup>128</sup> <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>



#### 4.1.1. Principio de *No discriminación*

Reconociendo la situación de discriminación étnica y cultural que, desde los inicios de la Conquista hasta la actualidad, sufren los pueblos indígenas frente a la población no indígena, el Convenio 169 establece el principio de la *No discriminación* como uno de sus pilares centrales.

Este principio busca restablecer una situación de equilibrio con el resto de la sociedad, donde los pueblos indígenas se beneficien de manera igualitaria en derechos y libertades fundamentales, como ciudadanía, educación, salud y acceso a la justicia entre otros.

Es importante destacar la situación de doble discriminación que sufren las mujeres indígenas en Latinoamérica. Por ejemplo, en el caso chileno, diversos estudios<sup>129</sup> han establecido una discriminación por pertenecer a un pueblo indígenas y luego por ser mujeres. Por tanto, las mujeres indígenas son más discriminadas dentro de toda la sociedad.

En este sentido, el Convenio establece que los derechos aquí consagrados, se aplicarán sin discriminación de género, a los hombres y mujeres de esos pueblos (artículo 3).

Dentro de los principales artículos que abordan este principio, se encuentran:

- Artículo 3: Estipula que los pueblos indígenas tienen derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.
- Artículo 4: Garantiza el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía.

---

<sup>129</sup> Corporación Humanas (2010). Estudio de la situación de las mujeres indígenas en Chile.

- Artículo 20: Señala que se deberá evitar cualquier discriminación a los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas.

A pesar de las disposiciones consagradas en el Convenio 169, los entrevistados concuerdan en que la discriminación persiste a través de diferentes expresiones y modalidades. Si bien estas han variado en el tiempo, un marcado sentido racial se mantiene constante en distintos ámbitos y planos de la sociedad:

*“...creo que las explicaciones son diversas, son muy determinantes y yo creo que vuelvo al punto pasa por el asunto del racismo, un racismo estructural, un racismo cotidiano, que se ha mutado, porque el racismo tiene esa capacidad...”*  
(BMG)

Según he podido apreciar durante el proceso de investigación y, en los propios relatos de los entrevistados, la discriminación tiene un efecto directo en acceso a la justicia. Por este motivo no es casualidad que, cada vez con más frecuencia, el mayor porcentaje de población privada de libertad en América latina, corresponde a personas de origen indígena.

Entre las principales formas en que se expresa la discriminación hacia los pueblos indígenas encontramos:

#### **a) Genocidio**

Una de las expresiones más nocivas y brutales de discriminación hacia los pueblos indígenas, es el genocidio y etnocidio que han sufrido históricamente en toda Latinoamérica. Cabe destacar que esta situación aún no se ha acabado, sino que por el contrario, en los últimos años hemos visto numerosas situaciones de gran violencia contra pueblos indígenas que defienden sus derechos y costumbres, como es el caso de Bagua en Perú, donde la policía nacional asesinó a 80 indígenas awajún-wampis que se oponían a la instalación de una empresa petrolera en sus territorios en el año 2009.

Otro ejemplo de esta situación lo podemos apreciar en las matanzas ocurridas en Guatemala en los años 80. Allí se genera un lamentable antecedente en la relación entre

estados y pueblos indígenas en América Latina con secuelas y métodos de represión que, como el siguiente relato expresa, adoptan diferentes nombres según el contexto o situación.

*“En Guatemala hay cerca de 150 mil indígenas muertos en el último conflicto armado, y a diario hay indígenas muertos.., y es increíble que este gobierno ponga a disposición del monopolio de cemento de este país el ejército y la policía, y el Estado de excepción, el Estado de prevención dicen.” (RCG).*

Otro entrevistado señala:

*“...es que nosotros no estamos alejados de los actos de genocidio, estamos hablando de los años 80, que hay proceso que está en España, igual que Chile, que se presenta a raíz de la denuncia de Rigoberta (Manchú) en la Audiencia Nacional,...”. (BMG)*

## **b) Invisibilización**

Los procesos fundacionales de las ciudades latinoamericanas llevan en su origen no solamente el desplazamiento de la población indígena y sus sistemas de organización político y cultural, sino también la invisibilización de la presencia y participación de la población indígena en la ocupación de los espacios públicos y construcción de la sociedad.

Un ejemplo de cómo esto se extiende hasta la actualidad, lo podemos apreciar en los siguientes relatos sobre la creación de la región de Chiapas:

*“...su origen un poco que es de cómo la fundaron como Chiapas de Corsa el primero de Marzo de 1550, el 31 de 1528 fundan San Cristóbal... cuentan los historiadores que en el parque solo podían dar vuelta los señores españoles. Los indios solo podían observar abajo, sin subir al área del Parque Central...en 1815 en la primera constitución que nos da José María Morelos y Pavón donde dice que la religión oficial era la Católica ...de tal*

*manera que se fue quedando la idea de que San Cristóbal es una ciudad racista, clasista, con presencia religiosa muy fuerte...” (LR-BAM)*

Esta situación es de gran relevancia puesto que incide en su reconocimiento como sujetos de derecho con costumbres, prácticas e instituciones específicas. Al hacer invisible su existencia, se niega también su derecho consuetudinario y propias estructuras institucionales como órganos y consejos judiciales y administrativos.

*“ En realidad ha habido varios movimientos antes de estas reformas multiculturales; más atrás en el 94, que se inicia con el levantamiento zapatista, este trajo al tema indígena más serio a la agenda política de México, antes se reconocía el país pluricultural, pero no se reconocían derechos culturales específicos. A partir de ahí empiezan a hacerse muchas movilizaciones donde se crea esta CNI Congreso Nacional Indígena y empiezan a agruparse varios grupos indígenas de todo el país, comienzan a hacer exigencias más fuertes y esto empieza a presionar más y más y se firman estos acuerdos de San Andrés Larraisa. Y a partir de ahí es que se hace este contacto con el gobierno y este crea una comisión que crea la ley de Pacificación para atender este asunto, se crea en ese entonces bajo Luis Acha Álvarez quien es actualmente director de la CNDPI que es la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, esta Ley de Concordia lo que hizo, fue revisar los acuerdo de San Andrés y sacar una versión para incluirla en la Constitución; una versión que indudablemente sacaba todo lo interesante de las demandas. Por ejemplo...en vez de que los indígenas adquirieran esta posición de sujetos de derechos, continuaron siendo sujetos de interés público, lo cual les quita cualquier derecho a cargos públicos; y también el acceso a los recursos naturales”. (ATM)*

Por otro lado, la invisibilización de los pueblos indígenas también se expresa por medio de la auto negación de la identidad indígena. Esta situación tiene directo vínculo con la hegemonía del discurso racista, el cual insta a negar la propia identidad, para aproximarse así a la identidad del colectivo dominante, es decir, de la identidad de la población no indígena.

*“...aquí pesa mucho los efectos del racismo y la gente reiteradamente, te niega su origen, te niega su identidad, te niega que habla el idioma maya, etc.” (BMG)*

### **c) Pobreza**

La pobreza es otra forma en que se expresa la discriminación. En toda América Latina, la población indígena se caracteriza por tener altos índices de pobreza. Por ejemplo, tal como ha sido demostrado por numerosos instrumentos de medición en el caso chileno, la mayor parte de la población que se encuentra bajo la línea de pobreza es indígena y, particularmente, perteneciente al pueblo mapuche.

Esta situación incide negativamente en las posibilidades de utilización de los mecanismos de resguardo y defensa de sus derechos, en tanto que se encuentran dentro de los sectores más vulnerables de la población, con escaso acceso a educación, empleo y salud entre otros.

También la situación de marginalidad y escasos recursos económicos afecta sus posibilidades de acceso a la justicia. Los pueblos indígenas tienen un limitado acceso a la justicia y posibilidades de obtener una reparación judicial debido a, entre otras cosas, sus bajos niveles educacionales, falta de recursos económicos para acceder a una defensa o representación y desconocimiento general del funcionamiento del estado y sus instituciones de justicia.

#### **4.1.2 Principio de *Medidas especiales***

Como una manera de revertir la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas y tribales, en el su artículo 4, el Convenio 169 insta a que se adopten medidas especiales. Dichas medidas están orientadas a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Es de gran importancia destacar que el Convenio estipula explícitamente que tales medidas especiales, no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas y tribales. Esta disposición es fundamental, debido a que en ciertas ocasiones, una medida orientada a facilitar la implementación del pluralismo jurídico, puede terminar dificultando aún más esa meta y, por el contrario, siendo perjudicial para los propios pueblos interesados. Por ejemplo, si el Estado busca salvaguardar las instituciones jurídicas de los pueblos indígenas, debe realizarlo con participación y consulta a dichos pueblos; pero, en ningún caso, se podrán realizar si los pueblos no están en acuerdo con la medida que se busca implementar, aun cuando sea a su propio beneficio.

En la generación y la aplicación de estas medidas se pueden detectar logros y avances relacionados a algunas reformas jurídicas que se han alcanzado, como también algunos riesgos en la continuación y proyección de los juzgados indígenas. Por ejemplo, en algunos lugares en Ecuador, las personas que han violado una ley pueden escoger si desean ser juzgados por la justicia indígenas de su pueblo o comunidad, o por el sistema jurídico tradicional del país.

La mayor parte de los entrevistados coincide en la relevancia de la participación de las comunidades indígenas en la protección y defensa de sus derechos, en la obtención de las conquistas relacionadas al derecho indígena y la importancia de su rol interventor en el cumplimiento de las medidas que resguardan los pueblos indígenas como los recursos naturales y territorios que ocupan.

*“Es decir todos las concesiones, todos los adelantos o todas las aplicaciones del derecho indígena en Guatemala y en muchos países de*

*América Latina no son producto de la voluntad política de los gobiernos más que todo son resultados de las demandas de los pueblos indígenas, las presiones, levantamientos, marchas, todo eso ha hecho que se avance mínimamente en el reconocimiento del derecho propio de los pueblos indígena”.. (RCG)*

## **Logros**

En materias de avances de medidas especiales para la eliminación de la discriminación, implementación del pluralismo jurídico y medidas alternativas a la encarcelación de la población indígena, podemos destacar el caso de Guatemala.

Al incorporar la discriminación como un delito en el Código Penal de Guatemala, se reconoce a ésta no solamente como una falta o un problema de segregación de sectores poblacionales, sino como una amenaza para toda la sociedad, por lo cual se legisla con el fin de prevenir violaciones a los derechos humanos tan graves como el genocidio.

De esta forma la especificidad que se le otorga a las comunidades o pueblos indígenas y que en la discusión sobre la creación de las medidas especiales se traduce frecuentemente en normativas o leyes de excepcionalidad, cae aquí en segundo plano y emerge el énfasis del trasfondo de la problemática. Esto es, la responsabilidad que a cada grupo le cabe en el tipo de relaciones que se establecen entre distintos grupos humanos y culturas.

*“...y luego trabajamos muchos temas del racismo y la discriminación como delito, es decir que también a partir de los acuerdos de paz, se llega a la conclusión, de que una de las causas del conflicto armado, pues fue precisamente el racismo y la exclusión de grandes sectores, estamos hablando de pueblos indígenas, de las oportunidades en condición de igualdad, entonces ahí se crea la obligación de tipificar la discriminación como delito, y eso está en el Código Penal actualmente en Guatemala...”  
(BMG)*

## **Tensiones y riesgos**

Es evidente la diferencia de los niveles de avance entre unas y otras iniciativas en los distintos países y realidades estudiadas, por lo que cabe cuestionar estas medidas y debatir sobre la instrumentalización del Convenio 169.

*“La legislación guatemalteca y latinoamericana y todos los países que lo han ratificado, no ajustan su legislación a la cuestión del convenio 169, por lo tanto es una agenda pendiente del gobierno de reconocer que, por ejemplo en Guatemala, que el convenio ya es una ley vigente, sin embargo no se aplica.” (RCG)*

La información otorgada por la antropóloga Adriana Terven cuya trayectoria profesional se ha centrado en la observación de los procesos reivindicativos de los pueblos indígenas de Chiapas, da cuenta de la relación de superioridad que el estado mexicano aún establece con los indígenas en tanto que se consideran “sujetos de interés público”, una categoría inferior al de ciudadano o “sujeto de derecho”, llegando a negarles incluso el acceso a cargos públicos. Esta restricción de sus derechos y su participación en las tomas de decisiones da cuenta de una política sistemática y selectiva de exclusión. Es en este escenario en que se enmarca y se inserta el Convenio 169.

La mayoría de los relatos señalan que las medidas especiales adoptadas sufren grandes falencias que evidencian la ausencia de un proceso participativo su desarrollo e implementación, así como de sus objetivos, fines y viabilidad en la aplicación.

El siguiente análisis de la antropóloga Adriana Terven acerca de los juzgados indígenas en Puebla es ilustrativo respecto la falta de proyección y perduración de tales medidas en el tiempo.

*“A veces nos da la impresión que estos juzgados van a desaparecer, definitivamente pueden desaparecer porque los recursos financieros no hay un rubro destinados a ellos, ...hay gente que dejó su trabajo en el rancho que es realmente donde adquieren su sustento por estar ahí de lunes a sábado, desde las 9 de la mañana hasta las 4 o 6 de la tarde si se requiere, en ese sentido sí siento que son muy vulnerables, porque en el momento que*



*dejen de recibir recursos del estado, ellos tienen que regresar al rancho porque todos tienen familia...” (ATM)*

En algunos casos, los pueblos indígenas han percibido que las medidas adoptadas por el Estado, contienen fuertes intereses económicos, lo cual hace acrecentar sus desconfianzas en las reales intenciones del Estado y los legisladores en la implementación del Convenio 169.

Por ejemplo, la creación de figuras institucionales y empresas para el otorgamiento de préstamos económicos a los pueblos indígenas que permiten liberar sus propiedades en tanto inversiones y las inducciones sobre mediación de conflicto promovidos por el Banco Mundial son claramente medidas basadas en intereses financieros. Ello se contrapone a los bajos niveles de las legislaciones que solo llegan al planteamiento de ideas para, por ejemplo, crear una comisión que discuta la injerencia del derecho indígena.

*“Justamente el año pasado se hizo un primer acercamiento para que exista en lugar de una asociación de desarrollo, que es la entidad que nos representa a cualquiera población indígena en lo jurídico legal , que no sea asociación, sino exista una comisión que va a velar por los derechos de los indígenas, digamos en el caso Malekos era por los derechos del individuo, que será esa comisión que va a decir si esta merece un castigo porque hizo esto y esto, conforme nuestros conocimientos indígenas y como nosotros vemos como castigarlos,..” (DMCR)*

Por otro lado, se evidencia una deficiencia en la promoción de medidas que apunten a resolver de forma integral las problemáticas legales y penales por medio de reconocimiento del pluralismo jurídico. Los relatos sobre Costa Rica y Puebla en México son dos ejemplos de esta tendencia que sirven de modelo:

*“En Puebla que fue el caso que yo estudie, las reformas indígenas no fueron muy estructuradas, primero el 2002 que fue lo que se mencionó al comienzo , el presidente del Tribunal crea juzgados indígenas, pero nada*

*más, en ese mismo año para finales transforma su Ley Orgánica, en esta Ley Orgánica se incluían los juzgados indígenas ....entonces hicieron varias páginas en el código, sobre que es la justicia indígena, ya se reconoce; y después revisando lo que ellos hicieron caemos en la cuenta que los reconocieron como estos “medios alternativos” son los que se están internacionalmente promoviendo mucho, como el medio para modernizar el aparato judicial... ¿Qué son estos métodos alternativos? Y encontramos que en Estados Unidos desde los 60, son los métodos que se difundieron, justo también para lo mismo, y vemos que en poder judicial justo cuando se reconocen los medios alternativos de resolución de conflictos, se ve la Justicia Indígena y se crea el Centro Estatal de Mediación, se hace un taller donde estuvo presente el Banco Mundial.” (ATM)*

### **4.1.3. Reconocimiento de las especificidades culturales y de otro tipo de los pueblos indígenas y tribales**

#### **4.1.3.1 Especificidades en Materia Jurídico Penal**

Los artículos 8, 9, 10 y 12 los hemos seleccionado para efectuar el análisis de la aplicación del Convenio 169 en materia jurídico penal.

Tanto el acceso a la justicia, como el sistema de penas, y el tratamiento intrapenitenciario son materias presentes en el C 169, sin embargo su nivel de avance ha sido muy precario y discutido, presentando diferentes matices de desarrollo tanto en los países de LA que han ratificado el CONVENIO N°169 OIT hace más de veinte años, como quienes han ratificado el C169 hace menos años.

#### **4.1.3.2 Revisión de los Artículos**

##### **Artículo 8 del Convenio 169 de la OIT**

1.- Al aplicar la legislación nacional a los Pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2.- Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3.- La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberán impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

### **Artículo 9 del Convenio 169 de la OIT**

1.- En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren 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 del Convenio 169 de la OIT**

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.- Deberán darse la preferencia a tipos de sanciones distintos al encarcelamiento.

### **Artículo 12 del Convenio 169 de la OIT**

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos.

Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

### 4.1.3.3 Temas Transversales

Los **artículos 8, 9, 10 y 12** desprenden temas transversales, como son, la importancia de la **Costumbre y los Derechos Fundamentales, Humanos y Civiles**

#### 4.1.3.3.1 La Costumbre

Se evoca a la *costumbre* en varias de sus partes señalando que la legislación nacional (occidental), debe considerar la costumbre, *la legislación nacional deberá tener en consideración sus costumbre o su derecho consuetudinario (Art.8.1)*. Que los métodos tradicionales de represión deben ser respetados, *deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. (Art.9.1)*. Que las autoridades e instituciones de justicia deberán considerar la costumbre al pronunciarse legalmente, *Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia (Art.9.2)*. Que las resoluciones penales deben considerar la costumbre, 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. (Art.10.1)*. Los PI no consideran la privación de libertad como parte de la costumbre y si el C169 recomienda no privar de libertad, lo que está promoviendo es el uso de la costumbre en materia penal, *Deberán darse la preferencia a tipos de sanciones distintos al encarcelamiento (Art.10.2)*. Que se debe respetar la existencia de las autoridades e instituciones tradicionales. *Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias (Art.8.2)*.

#### 4.1.3.3.2 Los Derechos Fundamentales, Humanos y Civiles

Son considerados cuando se discute acerca la aplicación de penas tradicionales por parte de las comunidades indígenas, *no debiendo ser incompatibles con los DDHH (Art.8.2)*. Se considera también al señalar que debe existir una plataforma legal de protección de derechos indígenas, *Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales (Art.12.1)*. Se señala que al gozar del uso de la justicia tradicional no abandona los derechos de la justicia occidental, *no deberán impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. (Art.8.3)*. **En cuanto a Derechos de defensa, se señala que Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.( Art.12.2)**

#### 4.2. Matriz de Análisis

Artículo	ESPECIFICACION	REQUERIMIENTO BASE	OBJETIVO
<p><b>Artículo 8</b></p>	<p>1.- Al aplicar la legislación nacional a los Pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.</p> <p>2.- Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.</p> <p>3.- La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberán impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.</p>	<p>1) La legislación nacional deberá tener en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.</p> <p>2) Que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales mi DDHH</p>	<p>1) Conocer la percepción de los entrevistados sobre la materialización del artículo 8 del C169 OIT.</p> <p>2) Profundizar acerca de las costumbres e instituciones propias en materia jurídico penal</p>
<p><b>Artículo 9</b></p>	<p>1.- En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.</p> <p>2.- Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta</p>	<p>1) Deberán respetarse los métodos a los que los PI recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.</p> <p>2) Deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia</p>	<p>1) Conocer la percepción de los entrevistados sobre la materialización del artículo 9 del C169 OIT.</p> <p>2) Profundizar acerca de los métodos de represión de los delitos de acuerdo a la justicia indígena.</p> <p>3) Discutir sobre la definición de medidas penales por parte de los jueces ordinarios.</p>

Artículo	ESPECIFICACION	REQUERIMIENTO BASE	OBJETIVO
	las costumbres de dichos pueblos en la materia.		
<b>Artículo 10</b>	<p>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.</p> <p>2.- Deberán darse la preferencia a tipos de sanciones distintos al encarcelamiento.</p>	<p>1) Las sanciones penales deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales de los indígenas.</p> <p>2) Deberán darse la preferencia a tipos de sanciones distintos al encarcelamiento.</p>	<p>1) Conocer la percepción de los entrevistados sobre la materialización del artículo 10 del C169 OIT.</p> <p>2) Profundizar acerca del tratamiento de población indígena en el entorno Intrapenitenciario.</p> <p>3) Profundizar acerca del otorgamiento de Beneficios Intrapenitenciarios en población indígena.</p>
<b>Artículo 12</b>	<p>1.- 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.</p> <p>2.- Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.</p>	<p>1) Los PI deberán tener protección contra la violación de sus derechos.</p> <p>2) Deberán garantizar que los PI puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales con intérpretes u otros medios eficaces.</p>	<p>1) Conocer hacer de la percepción de los entrevistados sobre la materialización del artículo 12 del C169.</p> <p>2) Profundizar acerca del respeto de los derechos indígenas</p>



#### **4.2.1 Los Nudos Problemáticos**

La discusión sobre la materialización del C169 en materia jurídico penal ha sido bastante intensa, moviéndose muchas veces por arenas teóricas.

Para entender la situación actual en esta materia hemos definido los principales nudos problemáticos que han aletargado la aplicación del C169 en materia Jurídico Penal.

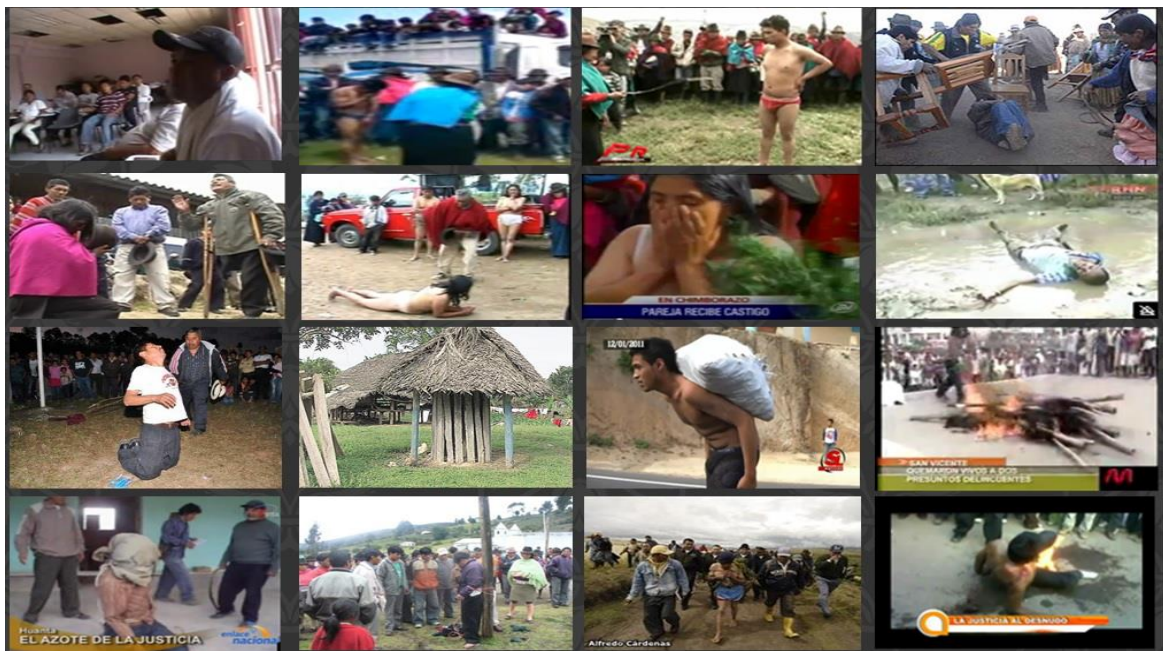
Los nudos problemáticos surgen principalmente de:

- Reconocimiento por parte de la institucionalidad de las especificidades socio culturales de los pueblos indígenas y tribales en materia jurídico penal.
- Definición de la Justicia a aplicar en relación a la tipología delictual.
- Complementariedad de la justicia indígena y la justicia occidental para juzgar los delitos.
- Acceso a la Justicia: Peritaje antropológico v/s investigación de la fiscalía tradicional
- Sistema de composiciones y sanciones en un marco de DDHH Universal.
- Indígenas y Sistema Penal.
- Cumplimiento de penas de indígenas en sistemas cerrados.
- Visibilización étnica en los registros en el sistema penitenciario.
- Otorgamiento de permisos, beneficios y salidas a indígenas privados de libertad.

### 4.3 Composiciones y Sanciones

#### 4.3.1 Reconocimiento por parte de la institucionalidad de las especificidades socio-culturales de los pueblos indígenas y tribales en materia jurídico – penal

*“Se considera que la cárcel es moralmente más aceptable que pegarle con un látigo a alguien, o con ortigas, pero yo creo que eso es absolutamente erróneo, ya que parte de una superioridad moral, de la cual occidente ve a las otras culturas, pero en definitiva yo creo que las sanciones, sean privativas o no de libertad, o físicas, si son de cada cultura, mientras no vulneren la dignidad humana, si son manifestaciones de sus derechos culturales. La corte colombiana lo ha resuelto súper bien, ponderando los derechos han considerado que una sanción, por ejemplo, de ortigazos, no es una sanción que vulnere la integridad física totalmente, o la dignidad humana en sí, y por lo tanto prima más la autonomía cultural al respecto, que esta afectación leve de la integridad física” (MRCL)*



Las formas de vivir, las costumbres, las tradiciones, las instituciones, las leyes, las formas de uso de la tierra y formas de organización social, entre otras características, suelen ser diferente a las de las de la población occidental, así como también entre distintos pueblos indígenas y tribales. El Convenio busca reconocer esas diferencias y tiene el objetivo de velar por protegerlas y tenerlas en cuenta cuando se adopten cualesquiera medidas que puedan tener un impacto sobre esos pueblos.

Al señalar que el reconocimiento de la institucionalidad de las especificidades socio-culturales de los pueblos indígenas en materia legal es un nudo problemático, lo que se está señalando es que existen diversas interpretaciones del Convenio en materia jurídico penal que impiden un avance concreto en torno al pluralismo en estas materias.

Las discusiones provienen desde distintos niveles institucionales, y son cotidianas, ejemplo de ellos es la siguiente situación ocurrida en Bolivia.

Ante un problema entre estado y comunidad, producto de la planificación por parte del estado boliviano del paso de una carretera por la comunidad<sup>130</sup>, se han generado discusiones y polémicas que impiden a avanzar con vista de una mirada pluralista del derecho.

*“Los corregidores en el encuentro del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro - Secure TIPNIS dijeron que iban a usar sus usos y costumbres porque la misma Constitución los respalda (...) por usos y costumbres en el TIPNIS se chicotea y seguramente en la comisión del Gobierno hay indígenas y a ellos los van a agarrar”, aseveró Bejarano a Erbol.<sup>131</sup>.. Bertha Bejarano, anunció que los corregidores y representantes de la zona ecológica tienen*

---

<sup>130</sup> La construcción de la carretera por el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (Tipnis) ingresó en la agenda de la 42ª Asamblea de la Organización de Estados Americanos (OEA). La temática ya fue expuesta, pero no a través de los originarios de la novena marcha, quienes rechazan el tramo II de la vía que atraviesa la reserva natural. El ministro de Obras Públicas, Vladimir Sánchez, informó que la “post consulta” iniciará el 10 de julio y se extenderá hasta el 20 de agosto de este año. Dijo que se elaboró un cronograma para poner en marcha la consulta y para el mismo 15 brigadas llegarán a las 64 comunidades que existen en el Isiboro Sécure

<sup>131</sup> [http://www.noticiasbolivianas.com/redir\\_bolivia.php?id=1921315](http://www.noticiasbolivianas.com/redir_bolivia.php?id=1921315) 02.06.12 El Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro - Secure (TIPNIS) es un área protegida de Bolivia, creado como Parque Nacional mediante DS 7401 del 22 de noviembre de 1965 y declarado Territorio Indígena a través del DS 22610 del 24 de septiembre de 1990, gracias a las luchas reivindicativas de los pueblos indígenas de la región.

la instrucción de defender esa Tierra Comunitaria de Origen (TCO) a chicotazos a quienes ingresen para iniciar el 10 de julio la “post consulta”.

Ante esta declaración por parte de una dirigente comunitaria, surge la respuesta desde el estado. La presidenta de la Cámara Alta, Gabriela Montaña, señaló que las declaraciones de la presidenta de la movilización por el Tipnis, Bertha Bejarano, en relación a chicotear a los funcionarios que pretendan realizar la consulta post, incurrirían en un calificativo de amenazas antidemocráticas:

*“Me parece una actitud tremendamente antidemocrática las sanciones por usos y costumbres contempladas en la justicia indígena originario campesino tiene que ver con sanciones por afectación de miembros de la comunidad y en este caso estamos hablando de un derecho constitucional que tienen los pueblos indígenas que es la consulta”<sup>132</sup>.*

El reconocimiento de los avances de las demandas indígenas se percibe desde su práctica, de su especificidad, y en algunas materias hay mayor claridad del reconocimiento por parte de la institucionalidad.

*“Los indígenas, dirigentes de las organizaciones, solo reconocen como avances o respuestas a su demanda algo que es muy explícito, como: ley de salud de los pueblos indígenas, o ley de justicia indígena de Bolivia. No tienden a reconocer si es que esto queda metido en otro tipo de reformas más generales. Hay una particularmente importante, que es la reforma del sector judicial. Se nota menos, pero es significativa, y es más significativa, y tiene consecuencias importantes la reforma penal. Tanto la penal como del procedimiento penal, esta tendencia al cambio en donde Chile es muy visible. De los sistemas más acusatorios, inquisitoriales, liberalidad de los procesos, posibilidad de conmutación de las penas, que en la primera instancia el juez penal pueda provocar una solución amigable entre las partes, antes del juicio, etc.” (DIM)*

Esto mismo ha llevado a dudar acerca del reconocimiento del pluralismo.

---

<sup>132</sup> Ibid.

*“Cuando hablan del reconocimiento del pluralismo, no es cierto, porque lo que están reconociendo son valores, costumbres pero no están reconociendo el derecho indígena” (ATM)*

Una de las contradicciones, es lo señalado por Roberto Morales<sup>133</sup>, *lo contradictorio que resulta asumir la validez de la diversidad cultural en un sistema que se sustenta desde una visión monocultural, (y monojurídica).*

*“Entonces viene lo impresionante de la necesidad de entender que el convenio es una cosa y su cumplimiento es otra. La legislación Gutemalteca y LA que han ratificado no ajustan su constitución al convenio 169, por lo tanto es una agenda pendiente del gobierno de reconocer que el convenio está ratificado y que es una ley vigente, sin embargo no se aplica, es decir que toda la estructura de acceso a la justicia no reconoce todavía los sistemas propios de los pueblos indígenas, y esto es reconocer que hace miles de años las comunidades tienen autoridades tradicionales ancestrales que son anteriores al estado y que vienen resolviendo las conflictividades en el camp y en las comunidades”. (RCG)*

En relación a los sistemas de resolución de conflictos de los pueblos indígenas los entrevistados demuestran manejar amplios conocimientos acerca del funcionamiento de organizaciones políticas vigentes de pueblos indígenas o también llamado gobierno tradicional y describen detalladamente algunas modalidades de resolución de conflictos internos. Los relatos en su mayoría ahondan en sistemas de restablecimiento de justicia social y equilibrio comunitario, pero también en procesos de selección de autoridades y mecanismos de homogeneización social.

*“..hace miles de años las comunidades tienen autoridades tradicionales ancestrales que inclusive son anteriores al estado y que vienen*

---

<sup>133</sup> MORALES, R. (2004) “El peritaje antropológico: tensión teórica y práctica de la normativa jurídica vigente”. Ponencia presentada en el Simposio: Pueblos indígenas y Reformas procesales penales. Una mirada desde la Antropología, V Congreso Chileno de Antropología “Antropología en Chile: Balances y Perspectivas”. San Felipe. Chile.

*resolviendo la conflictividad en el campo, en las comunidades.(...) Vemos como la aplicación de la justicia, de sistema propio, o sea el derecho maya o el derecho indígena de los otros más lo identificamos como sistemas propios de aplicación de justicia en las comunidades, es una cuestión que se aplica y se sigue aplicando cotidianamente...(...) En los sistemas propios de los pueblos indígenas hay un reconocimiento de la falta, hay un resarcimiento y hay una recuperación de integración a la comunidad, o sea mantener el equilibrio de la comunidad.” (RCG)*

Los representantes tradicionales son quienes resuelven el conflicto, y se busca una compensación por los delitos cometidos.

*“...el mecanismo que se utiliza es precisamente el siguiente: si se trata de una persona lesionada se hace acompañar de alguien que asume la actitud de coayudante para exponer sus problemas, en donde manifiesta cuales son los daños tanto físicos como los perjuicios que trae una conducta de esta naturaleza, ...Por otra parte el sujeto activo es decir el que cometió esa conducta consentida del delito, requiere tomar una actitud de no de arrogancia, sino de arrepentimiento en donde se pretende llegar al ánimo de los ofendidos o las víctimas ...finalmente se llega a un amigable compensación y se da por finiquitado el asunto”. (LR-BAM)*

Los académicos y dirigentes de organizaciones indígenas entrevistados coinciden en subrayar la relevancia que adquiere para estos pueblos lo comunitario en tanto valor que opera transversalmente en distintas esferas como en lo económico, lo político, jurídico y religioso y que entra en tensión con los procesos de individualización propios de la cultura occidental moderna.

*(...) el caso concreto que se vive en los altos de Chiapas donde están dos grupos denominados xoxiles y xeltales que son grupos máyense en donde desde el punto de vista político independientemente del gobierno implantado por una sociedad mestiza dominante, aculturizante, hay un*

*gobierno de control hacia el interior, producto de líderes naturales, se habla de dos gobiernos, un gobierno tradicional y un gobierno constitucional entre comillas. (...) El gobierno tradicional es aquel que se ha ganado después de haber pasado por un sin número encomiendas, encargos, y desde luego se ha dado muestra de ser líderes naturales, se ha pasado desde la posición modesta de ser un policía comunitario, a ser un alfer, un mayordomo, un mayor, un mayareis, hombres viejos, hombres sabios que de alguna manera, se constituyen como una especie de gobiernos de ancianos, o de asesores, consejeros que resuelven conflictos de diversa naturaleza, desde los políticos hasta los conflictos interpersonales...” (LR-BAM)*

Esta diferencia de valoración implica no solo una especificidad cultural sino que determina los cimientos de las distintas estructuras socioculturales en cuestión, determinando la comprensión de lo que significa ser miembro de una sociedad.

*“...de hecho incluso hay obras donde los xociles, si alguien tenía ya recursos económicos se los encomendaba a la fiesta con la finalidad de gastarlo todo, para volver otra vez a estar a la par de los demás, para que no hubiera un súper millonario, un capitalista etc.(...) ...en nuestras comunidades se sabe de antemano quien va a ganar (las elecciones), porque simplemente se hace la fila india, se sabe con seguridad quien es el que tiene la aceptación de la comunidad, es decir hay un voto comunitario,...(...) aquí viene una fractura hacia el interior, por un lado está el derecho individual del individuo consagrado en la constitución de que cada quien es libre de creer en la religión que más le convenga, pero por otro lado tenemos el derecho de la comunidad a no perder esa cohesión como es la comunidad religiosa, impuesta o no, quizás acertada o no pero bueno ese es un elemento de cohesión, y por un lado están los derechos comunitarios y los derechos individuales en pugna totalmente.... y aquí bien el debate, que debe prevalecer los derechos de la comunidad o los derechos del individuo, eso queda a nivel de reflexión, hasta ahí en cuanto al avance en la iniciación de justicia, en procuración de justicia.” (LR-BAM)*

*Es una diferencia básica y esencial, que establece un claro límite para el pluralismo jurídico que se enmarca en una cultura de individuos y que el modelo neoliberal además exagera, por lo dentro de este contexto se llega a cuestionar su viabilidad.*

*“...porque aquí accionar los derechos individuales es fácil, porque lo primero que aquí te dicen es que acredites la personalidad con la que estas actuando, su cedula, el nombramiento como autoridad o como ente, pero cuando son derechos colectivos, el derecho aquí no se acciona, que las comunidades no tienen personalidad jurídica, entonces no pueden, entonces finalmente nunca es”. (RCG)*

*La pertinencia de la aplicación de las leyes tendrá que basarse en las especificidades culturales de los pueblos originarios, desde allí se señala que en el caso Maya no sería funcional con el sistema ya que las cosmovisiones son distintas.*

*“...yo creo que pasa por un cambio estructural, donde la gente pueda aplicar su propio derecho, porque estamos hablando de códigos y de visiones del mundo totalmente diferentes, entonces yo creo que aun que se considere el sistema de justicia guatemalteco eficiente, con buenos mecanismos, una cobertura adecuada, y no sé qué, tampoco es funcional, no es funcional porque estamos hablando de una visión de mundo que tienen los pueblos indígenas, que es diferente a una visión occidental, que es lo que está regido por el sistema jurídico guatemalteco.” (BMG)*

Esto pasa con los jueces también y su falta de preparación en temas culturales.



“La argumentación de que una mujer no es indígena porque utiliza teléfono celular y toallas higiénicas me parece horrible, muy mal, eso demuestra la ignorancia y la limitación de los jueces para entender que los pueblos indígenas no son piezas de museo y que existen en nuestro siglo y tienen derechos propios y que han adoptado elementos de la sociedad occidental para mejorar su calidad de vida, y eso también es legítimo” (MRCL)

A pesar de la identificación de una serie de sistemas y mecanismos de resolución de conflictividad propios de los pueblos indígenas y un contexto plural de sistemas normativos, sigue imperando el derecho occidental por sobre el indígena. Los estados intentarán delimitar la diversidad socio-cultural y los alcances que pueden implicar por medio de la imposición de un ordenamiento y la definición de una reglamentación homogénea de sus derechos, lo que se opone a la concepción del pluralismo jurídico.

*“...toda la estructura de acceso a la justicia no reconoce todavía los sistemas propios de los pueblos indígenas, ... estos derechos específicos son la base, el sustento del conocimiento del pluralismo, nadie va a reconocer los derechos de las mujeres si no tenemos el Pluralismo Jurídico, entonces como quitar de la estructura mental, de la agenda mental de los estados y de los intelectuales, la idea de la homogenización del Derecho en nuestros países”. (RCG).*

En Chiapas por ejemplo, en base a la institucionalidad estatal se busca la resolución de conflictos desde una mirada aculturalizante, vale decir una mezcla que no deja muy en claro cuál es la relevancia de las especificidades culturales.

*“...ellos tienen instituciones que el estado ha estimulado para su creación y preservación de sus formas de solución a conflictos hacia el interior por ej. se ha creado en el Estado de Chiapas juzgados de Paz y Conciliación, dichos juzgados están integrados de elementos que desde luego aparecen en todos los tribunales, como sería el órgano de acusación, el órgano de defensa un juez de conciliación desde luego todos los ofendidos y todo el pueblo interesado en que se resuelva el conflicto” (LR-BAM)*

Esta homogenización del sistema jurídico penal es la que no considera las especificidades culturales de las que hablamos.

*“En Costa Rica, por razones culturales se toma la justicia este pueblo, entonces el gobierno dice no, hay una ley general que dice que al indígena o no indígena se le aplica la misma ley, si cometió el delito lo tiene que pagar con cárcel. Entonces en este momento no se le facilita absolutamente nada al indígena, ningún tipo de derecho diferente, se le aplica la ley igual a como una persona que no es indígena”. (DMCR)*

Asimismo las diferencias de criterio y las reivindicaciones indígenas serán frecuentemente llevadas a escenarios de trasgresión de las leyes occidentales y la criminalización de sus demandas. Especialmente sensible será el tema de la recuperación del territorio indígena.

*“...bueno si lo menciono si tengo el valor de decirlo y lo digo, la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (Costa Rica), se supone que es la entidad que representa a nivel nacional a los indígenas, entonces que argumentan ellos, bueno hay una ley que dice acá que nadie puede invadir ningún tipo de terreno porque es castigado por la ley, eso lo dice la ley, y con eso ya nos cortan, nos advierte la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas , bueno si ustedes son Malekos entonces vallan a invadir esos terrenos, que no es invasión sino que recuperarlos, la ley va llegar y te va a castigar igual que como cualquier invasor, entonces que pasa, asusta al indígena.” (DMCR)*

La existencia de una política indígena en un estado moderno y neoliberal no es fácil entender ya que los mecanismos y estrategias para abordarlos se topan con los intereses del estado y tratados internacionales en relación a los DDHH.

*“...entonces el estado está definiendo estos derechos culturales indígenas, de esta manera él está reconociendo y decide que reconocer, por eso es que usamos este concepto de multiculturalismo, pero neo liberal,... multiculturalismo que más bien está atendiendo a los intereses del estado.”  
(ATM)*

El resarcimiento es parte importante del derecho indígena, entendido como el pago por el perjuicio cometido.

*“Bueno sí, muy lento pero efectivo, por ejemplo hay un caso paradigmático donde una persona que roba un vehículo en complicidad con otras tres personas más, las comunidad los captura, les da un castigo ejemplar frente a la comunidad, frente a la familia, delante de sus hijos. Uno de ellos reconoce su error y ofrece un terreno para arreglar el tema, hay un resarcimiento, venderá el terreno, y hará trabajo comunitario, las otras personas se agregan a esa decisión pero ahí entra el derecho occidental, captura a la persona y esta se va presa, entonces aquí la asociación de abogados mayas acciona los derechos colectivos, aquí es más fácil accionar los derechos individuales, ya que para accionar los derechos colectivos se debe poseer personalidad jurídica. Los abogados trabajan siete meses, y después de ser condenados las personas se manda un recurso a todas las instancias, llega a la Corte Suprema dice haciendo alusión al derecho occidental que no se puede juzgar dos veces a la misma persona por un mismo hecho, y como ya lo juzgó la comunidad lo deja en libertad, ahí deja claro dos cosas, uno al reconocer que fue juzgado hay un reconocimiento implícito de la autoridad tradicional, pero también el reconocimiento del derecho indígena”. (RCG)*

Por otra parte, las organizaciones civiles buscarán estrategias de compensar las falencias que otorgan las instituciones creadas por el estado para impulsar de forma sistemática y

efectiva el reconocimiento de especificidades culturales y en particular la aplicación del derecho indígena.

Una incipiente estrategia que desde el Departamento Jurídico de la Fundación Rigoberta Menchú se está empleando es el litigio de casos. Sin embargo el asesor de dicha fundación también nos señala que una de las grandes falencias de las organizaciones es la escasa capacidad de acción e injerencia en estos sistemas.

*“una de las grandes deficiencias que todavía hay, es el asunto del poder de las organizaciones sociales, al final es ahí donde radica toda la posibilidad de hacerlo, las posibilidades todavía de litigio como tal son muy escasas es decir no hay organizaciones que se dediquen a litigar casos y hacer valer ese tipo de cuestiones, algunos intentos, pero muy escasos.”*  
(BMG)

La asesoría legal también es una limitante para el reconocimiento por parte de la institucionalidad de las especificidades socio-culturales de los pueblos indígenas y tribales en materia jurídico – penal, el ganar un juicio en base a falta de ética y al no hablar desde la verdad tampoco ayuda en esta materia.

*“...mientras el abogado de esta persona le decía tienes que mentir y decir que no lo hiciste, y el sindicato decía “yo lo hice”, (el abogado) pero tú tienes que decir que no lo has hecho...- Entonces uno saca la conclusión, es una cuestión ética, o no? . Porque el otro (el sindicato) dice: ¿cómo lo voy a negar si yo lo hice?; (el abogado) pero te vas a salvar si dices que no. (el sindicad) Es que me da vergüenza ante mi papá, ante mi mamá, ante mis hijos, que voy a hacer yo ante toda la comunidad?. Mientras los otros implicados cómplices bajo esta circunstancia si se abrigaron al derecho occidental y fueron dados en libertad. Entonces, esto significa que toda la corrupción y toda la situación de impunidad y de violencia se debe a que el*

*funcionamiento del sistema de justicia no está acorde a la conformación diversa de la población.” (RCG)*

De acuerdo a lo señalado por Merry<sup>134</sup>, dicho temor revela las ideologías hegemónicas del universalismo liberal que prevalece en una buena parte de la clase política y que les impide reconocer en sus alcances la diferencia cultural y plantear alternativas reales para su ejercicio en el ámbito de la justicia. En el fondo lo que prevalecen son visiones esencialistas de las culturas indígenas, que son vistas como entidades inmutables en donde la tradición es sinónimo de arcaísmo y violación de derechos humanos, sin contemplar que estas sociedades son dinámicas y han debido transformarse por su misma relación con la sociedad nacional, lo cual ha impactado también sus sistemas normativos, sin que esto signifique dejar de lado su diferencia cultural.

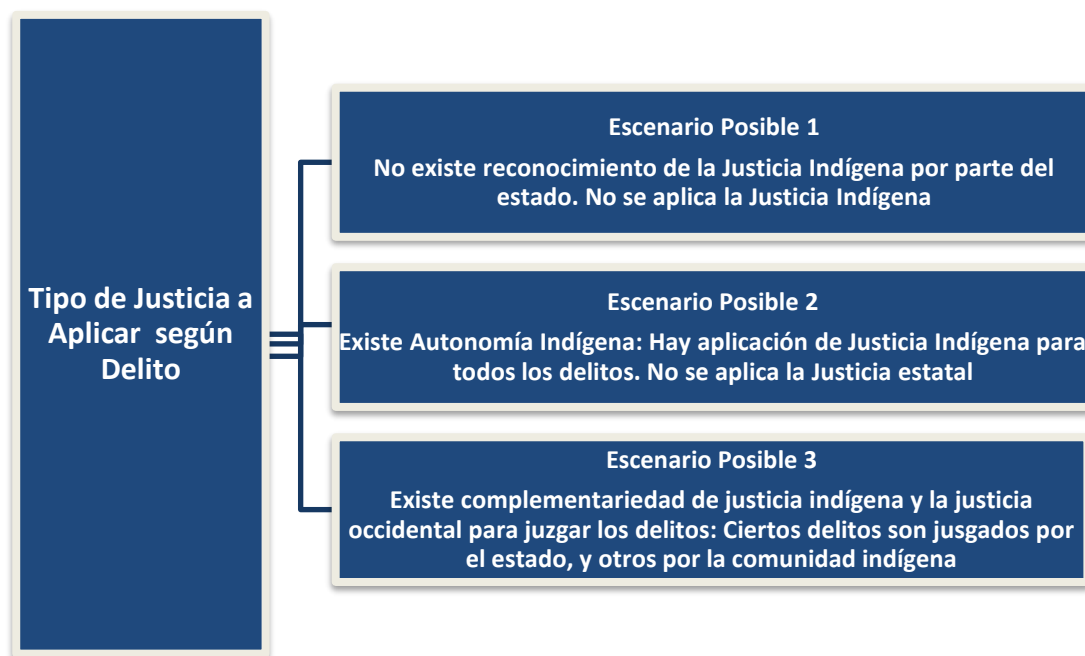
---

<sup>134</sup> SALLY.V (2005) “Human Rights Law and the Demonization of Culture”, en *POLAR: Political and Anthropological Rev.* 26 (1), 5577. En *Sierra, María Teresa: Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad.* Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos 41. Edición Especial sobre Pueblos Indígenas. Enero-junio 2005 287-312

### 4.3.2 Definición de Justicia a aplicar en relación al delito cometido

La definición del tipo de justicia a aplicar en relación al delito cometido, justicia indígena o justicia occidental, dependerá del país, y en muchos casos del ayuntamiento, municipio o comarca.

Esta definición es bastante discutida, y vemos que al menos hay tres opciones en cuanto al reconocimiento de la aplicación del tipo de justicia a aplicar en algunos delitos:



Esther Sánchez señala que la Corte Constitucional colombiana ha resuelto parcialmente este dilema considerando que la propia constitución no puede imponerse a los pueblos indígenas pues ella misma declaraba la pluralidad normativa, por lo que sólo consideró como límite un *corpus* de derechos humanos mínimos.<sup>135</sup>

<sup>135</sup> SÁNCHEZ, E.(1998) Justicia y pueblos indígenas en Colombia, Universidad Nacional de Colombia y UNIJUS, Bogotá, Colombia.

#### 4.3.2.1 Complementariedad de Justicia Indígena y la Justicia Occidental para juzgar los delitos.

En torno a la problemática de la justicia a aplicar, algunos autores, como Escalante<sup>136</sup>, se preguntan ¿la cláusula de constitucionalidad exigida a la impartición de justicia indígena representa el establecimiento del pluralismo jurídico?

Dicha cláusula significa que las decisiones de las autoridades indígenas deben someterse a revisión y validación en términos de ley. De acuerdo a Escalante tales cláusulas en lugar de fortalecer el reconocimiento de derechos terminan imponiendo obligaciones, lo que lleva más al establecimiento de un asimilacionismo legalizado que a un pluralismo jurídico.

Finalmente la exigencia de compatibilidad, ya sea a través de homologación o de validación, significa que en última instancia las decisiones de las autoridades indígenas pueden ser revisadas; la decisión final no queda en manos de los pueblos. De esta manera finalmente no son cosa juzgada hasta que no estén legitimadas por el Estado.

La complementariedad se logra a través de la cooperación entre ambas justicias, y en la delimitación de causas, en donde la justicia indígena entrega a la justicia occidental algunos casos de mayor complejidad.

*“El Saila nombra de 2 a 4 personas miembros de la comunidad que tienen que velar por la justicia. Ellos tienen el control, ellos llaman control a una de una isla. En el muelle principal están los secretarios: entonces cuando llega una persona - con productos - buscan el origen de las cosas que traen (coco, guineo, etc...). Con esto hacen una lista e investigan si acaso lo que le dicen es verídico. Si alguien trae 50 cocos y tiene 1 o 2 palitos de palitos de palma de coco...los tiene que estar robando. Para sancionar le llaman la atención en la casa del congreso en la asamblea, y si comprueban el robo,*

---

<sup>136</sup> ESCALANTE, Y. (2004). “Pluralismo jurídico o asimilacionismo legalizado”, ponencia presentada en el IV Congreso de la Red Latinoamericana de Pluralismo Jurídico (RELAJU), Quito, Ecuador.

*se les sancionan con trabajos comunitarios. Antes era más duro el castigo, porque le pegaban con ortiga, la cual irrita. Si matan a una persona se entrega directamente a la justicia ordinaria, lo mismo con la droga. Cuando no se tiene evidencia del tráfico de drogas es el Salla quién se encarga del asunto, pero una vez demostrado se le da la información un policía ordinario “.(HLP)*

Existe otras visiones en cuanto a la complementariedad de la justicia a aplicar, como por ejemplo la visión de que señala que la justicia complementaria resta autonomía a los pueblos indígenas.

*“Yo, fíjate, tengo mis reparos con el tema de la justicia complementaria, porque el problema a qué ha llevado es a que a los indígenas les ha quedado un espacio muy reducido para poder resolver sus conflictos. Si el tema de la justicia complementaria se entendiera desde el punto de vista de los derechos de los indígenas, y en este caso, de los sectores más vulnerable de la población indígena, como pudieran ser las mujeres, por ejemplo, o los mayores de edad, yo creo que no habría demasiado problema. O sea, a mí me parece bien que haya una justicia complementaria en el caso de los delitos sexuales, y además que son las mujeres indígenas las que piden eso, ellas piden justicia complementaria en esos casos, pero es que el tema es que no sólo se ha reducido a eso, sino que lo han extendido al tema de los homicidios, homicidios comunes, por ejemplo, a otros delitos, robos con intimidación o con muerte y allí es como yo entro, como...¿ la complementariedad es complementariedad o es imposición? Porque ¿por qué la comunidad no podría resolver un homicidio? Yo creo que puede hacerlo. Ahora en el caso de los delitos sexuales me parece que es más grave, hay un tema de derechos de mujer indígena, no cierto, que está triplemente oprimida, ya es oprimida porque es mujer primero, es oprimida porque es pobre y además porque es indígena, entonces te fijas, ahí a mí me parece que hay una confluencia de derechos que...y de convenios internacionales, en donde los derechos de las mujeres indígenas deberían merecer como una especie de tratamiento especial a la*



*hora de evaluar si solo la comunidad pudiera resolverlos , cuando se trata de delitos más graves , como por ejemplo las violaciones de menores , pero ese es el problema que yo le veo a la justicia complementaria, que en el fondo ha sido como el arma que ha tenido el sistema occidental para privar de competencias a los indígenas para resolver ciertos conflictos en los que yo creo que están perfectamente capacitados para resolverlo”. (MVCL)*

Esta situación, en donde hay existencia de ambas justicias, la ordinaria y la indígena, genera confusiones, y como en el caso de Costa Rica, las costumbres se enfrentan a la estructura jurídica ordinaria.

*“Hubo un caso que a mí me conmovió, nos conmovió mucho a la parte indígena, el hecho de que seamos indígenas no significa que seamos los más santos, porque no lo somos todos. Hubo un caso, es un caso muy feo, hubo un asesinato en un sector indígena, entonces el pueblo tomo justicia varias personas familiares de la víctima tomaron justicia, y en esta parte cultural porque hay una diversidad cultural, en la forma de ver las cosas dentro de los pueblos indígenas costarricense, entonces un sistema donde hay un tipo de castigo y ese tipo de castigo era agarrarlos a golpes, por el tipo de delito que hizo castigarlos hasta darles muerte, para el indígena eso es normal porque es una forma de pago por lo malo que hizo, sin embargo el gobierno no contempla eso, entiendes la ley no contempla eso en Costa Rica, por razones culturales se toma la justicia en este pueblo, entonces el gobierno dice no hay una ley que dice en general indígena o no indígena se aplica la misma ley, cometió el delito lo tiene que pagar con cárcel, entonces en este momento no se le facilita absolutamente nada, ningún tipo de derecho a esa persona sino se le aplica la ley igual al como una persona que no es indígena”. (DMCR)*

Los casos más actuales en que se busca la complementariedad son en los casos de delitos sexuales y de tráfico de drogas.

*“Lo que hace es quemarla o entregarla (la droga). Cuando entrega el problema es que se lleva todo el paquete, y tan solo tiene que tener la mitad. La gente vende y paga el impuesto de guerra, pero este es el problema. Tiene que haber esa coordinación, complementariedad y dialogo en el tema de justicia”. (AVP)*

De acuerdo a lo señalado, la complementariedad jurídica y la prevalencia de aspectos culturales en el derecho, es un tema difícil de acortar.

*“El tema es cómo armonizar la justicia ordinaria con la justicia indígena, haciendo que cada una tenga su espacio y que ambas se interrelacionen y se complementen”. (MGP)*

Ahora bien, cuando se habla de justicia indígena, también debe entenderse la existencia de no una sola concepción de Justicia Indígena, sino de varias justicias indígenas, que aludiendo a sus especificidades culturales, cada comunidad tiene autonomía en sus procedimientos y resoluciones.

*“Eso depende de cada comunidad. Aquí en esta comunidad, hace 3 meses, unos jóvenes robaron guineos en el monte. La gente los vio, los agarraron, lo trajeron aquí. Entonces, en el congreso en la noche los cuestionaron. Ellos robaron por necesidad, para venderlo. Se fueron a venderlo a otra comunidad. Ahora hay mucho movimiento de colombianos por acá, y estos jóvenes al parecer consumen drogas. Entonces roban, venden y luego compran drogas. Aquí empiezan en el congreso, empiezan a cortar el cabello como un castigo. Los amarran por una hora y los castigan en la misma comunidad. La gente lo lleva a coger piedras en el mar, buscar arenas para la comunidad. Para la comunidad es como un castigo. Hacen cosas, pagan por trabajo, no por cosas. Si la gente necesitan ayuda con algo*

*los llevan a ayudar. Hace como dos meses estos pelados estaban aquí, pero hace poco me dijeron que se escaparon. Estos chicos no son de aquí, son de otra comunidad. Me imagino que luego del congreso los van a buscar de nuevo para seguirlos castigando". (HAP)*

Las competencias de los jueces es otro tema, y la pregunta más señalada es ¿hasta dónde la justicia tradicional puede hacerse cargo de delitos de mayor complejidad?

*"El tema de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal. El tema de complementariedad: Se debe complementar entre dos sistemas, pero que no en todos los sistemas va a resolver un conflicto. Tienen que complementarse. Si hay un elemento que le falta a la justicia estatal, pero sí tiene la justicia indígena, usemos la justicia indígena. Y todo lo contrario; si hay un elemento que falta en la justicia indígena, pero si hay en la justicia estatal, usemos la justicia estatal. Pero eso sí, en el tercer, tiene que ponerse ese diálogo intercultural, que es interlegalidad judicial. Que sí, pero tienen que haber la jurisdicción, y que es un sistema. Entonces eso es lo que buscamos en el nuevo juego procesal penal. Que algunos casos sean de competencia de la justicia estatal, que por su naturaleza en la justicia indígena no va a poder resolver. Por ejemplo: caso de violación. Cómo la justicia indígena va a probar. O sea, si entramos en la justicia; un muchacho viola a una niña. Si tú llevas a la justicia indígena, ¿Cómo vas a probar si hubo violación o si solamente hubo acto libidinoso? ¿Si hubo intento de violación? ¿Cómo?. (AVP)*

Esto significa que existe validación de la justicia tradicional por parte de la justicia occidental, pero en ciertos casos, no pueden aplicarse ambas justicias a la vez, es decir, o es una o es la otra, pero no se puede juzgar por ambas justicias a una misma causa. Pero existen situaciones excepcionales como es el doble juzgamiento por un mismo delito.

*“Lo que si pasa ahí es que se aprueba este artículo que trata de que las autoridades indígenas podrán ejercer justicia de acuerdo a su derecho propio. Esto marcó un hito, y en mi opinión esto es el inicio en este país del pluralismo jurídico. Es un debate que los abogados y ciertos jueces no están dispuestos a admitir, pero que hemos seguido discutiendo. Hay un segundo hecho histórico importante en el 2002. Un asesinato en una comunidad indígena en la Sierra Central en Ecuador es sancionado por las mismas autoridades indígenas, pero el juicio deriva al sistema penario, por la gestión de un familiar de la víctima. Esto va a manos de juez penal, en la provincia de Cotopaxi, en la Sierra Central. Este juez penal, que ya no es juez, aprovechando lo del 98 y aplicando el convenio 169 (que aprobamos el 98 y rige desde el 99) reconoce las acciones de las autoridades indígenas, y para no juzgar el mismo hecho dos veces el sentencia a favor. Se armó un despelote. Este caso lo conocemos como el caso La Cocha, dado que La Cocha es la comunidad en donde pasaron estos hechos. Esto armó un relajó grande y él tuvo que renunciar como juez, ahora es un abogado de libre ejercicio. Este caso aún no se cierra en el sistema ordinario, sí en el sistema indígena, pero quedó como una referencia”. (FGE).*

Porque lo que señalaba anteriormente de que la justicia indígena actuaría en ciertos casos y en otros no, por ejemplo, los que hablamos con él licenciado Valiente era que la justicia indígena en el caso de violación no hace peritaje. Entonces ahí se deriva a la justicia occidental, promoviendo una complementariedad de ambas justicias.

*“Yo creo que hay que tener cuidado con eso. Ahora con la justicia indígena, con el caso de madres solteras por ejemplo, está usando el ADN. Ahí está por ejemplo un mecanismo de coordinación y cooperación entre las dos justicias. Pero el tema está abierto. Ahí se ha trabajado mucho el tema, se ha escrito bastante”. (FGE)*

En Bolivia, con la *ley deslinde jurisdiccional*, se ha definido más la situación en cuanto a que hay ciertos delitos que corresponderían a la justicia ordinaria, y otros a la justicia indígena.

*“Ese es otro de los casos bien interesantes. Exactamente en los últimos tiempos se ha sancionado la Ley Deslinde Jurisdiccional, que supuestamente es la ley indígena. Contiene pocos, alrededor de 20 artículos. La constitución es mucho más clara en esa situación, habla de la igualdad de los 2 sistemas jurídicos. Se acciona esta ley justamente en cumplimiento en lo que manda la constitución política del estado”. (MFB)*

*“Eso es pura retórica, si revisas un vídeo que sale Silvia Rivera y Soussa Santos, en donde ella señala que el estado boliviano, que creó el ministerio para la descolonización, y que su materialización se refiere a generar matrimonios entre indígenas, porque estas medidas son construidas desde el estado, es asimilacionista, y el estado es una estructura occidental, que tiene una retórica multicultural, que está en un marco de extractivismo económico, de una subordinación del mundo indígena en el mundo occidental, que lo hace más llevadero, pero que no rompe con la estructura misma en donde la sociedad boliviana funciona. Ejemplo de ello es la ley de hidrocarburos, que sanciona con condenas de cárcel a quien se oponga a los proyectos energéticos de Bolivia, que se realizó después de la guerra Tipnis, en donde el estado boliviano mató a un montón de indígenas, criminalizando también la protesta indígena. Entonces, aunque mantenga una retórica multicultural en la práctica económica se centra en un modelo neoliberal, capitalista, que anula los derechos de los indígenas, y su concepción y vinculación con la naturaleza” (MRCL)*

Esta ley es bien especial en cuanto a que señala, en su **Artículo 1. (Objeto)**. La presente Ley tiene por objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones

reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico.

En el **Artículo 2** se señala que La presente Ley se fundamenta en la Constitución Política del Estado, la Ley N° 1257 que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Ley N° 3897 de 26 de junio de 2008, que eleva a rango de Ley la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos aplicables.

En su **Artículo 3**. (Igualdad Jerárquica). Señala que La función judicial es única. La jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas.

También señala en el **Capítulo III** Ámbitos De Vigencia de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina **Artículo 7**. (Jurisdicción Indígena Originaria Campesina) que: Es la potestad que tienen las naciones y pueblos indígena originario campesinos de administrar justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio y se ejerce por medio de sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la presente Ley.

*“Lo que condena la justicia indígena es hasta el robo de gallinas, pero el resto de las cosas la condena la justicia ordinaria. Entonces aquí existe el mismo temor: si van a aprobar una ley que permite la ley de coordinación y cooperación que limite la justicia indígena en malos términos, contra sus derechos, se van a oponer. Si va por el lado de la coordinación y cooperación están dispuestos a hablar”. (FGE)*

*“... esta nueva ley de justicia no significa mayor avance real, y así un poco exagerando la gente dice: “Bueno, sí, los pueblos indígenas tiene jurisdicción cuando alguien roba una gallina, pero nunca más”. (MGP)*

Sin embargo en el **Artículo 10. (Ámbito de Vigencia Material)** se señala las áreas en donde el derecho indígena no tiene vigencia material:

**II.** El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

a) En materia penal:

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

b) En materia civil:

Cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario.

c) En materia de Derecho específico:

- Derecho Laboral
- Derecho de la Seguridad Social
- Derecho Tributario
- Derecho Administrativo

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

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

III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas

Tal como lo señala Hoekeama<sup>137</sup> existe un *pluralismo jurídico de tipo igualitario y uno aditivo*. En general se trata de una reforma que se sitúa en los marcos de un pluralismo jurídico aditivo, en donde los sistemas jurídicos indígenas son subordinados a la jurisdicción estatal, con pocos márgenes para ejercer una real autonomía.

*“En esta ley de deslinde jurisdiccional lo que se reconoce en realidad en la práctica y en los hechos, en sanciones, tiene atribuciones de mínima cuantía porque no reconoce delitos mayores que se pudieran sancionar, como por ejemplo: robos, violaciones y otros relativos que resolvían los pueblos indígenas. Entonces esas instancias pasan directamente a ser ejercidas por el juez, pues no reconoce. Pero si bien reconoce retóricamente la igualdad, le dice: esto, esto y esto no puedes administrar. Esto es atribución de la justicia ordinaria”. (MGP)*

---

<sup>137</sup> HOEKEMA, A (1985). “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *América Indígena* vol. LVIII n. 1-2, ene.-jun. 1998, 261-300. México.



El reconocimiento de las autoridades locales, y la generación de propuestas de control social emanadas desde los mismos indígenas es un requerimiento transversal. En el caso de Costa Rica, la situación es similar, se requiere una resolución de conflictos sin mediación de la justicia ordinaria, ni con aplicación de medidas privativas de libertad.

*“A mí me parece que hubo la intención, ojala que se pueda realizar de formar como una comisión dentro de la comunidad, un órgano que se encargue de todos estos conflictos internos, donde la ley Costarricense, el Gobierno, ninguna entidad deba involucrarse, pienso que eso debe retomarse de nuevo, plantearse de nuevo al Gobierno, eso nos facilita a nosotros movernos libremente dentro nuestro territorio con nuestras expresiones culturales, hablo de todo, desde ir de pesca, desde la forma de vida”. (DMCR)*

El ejercicio del poder jurídico por los pueblos indígenas se ha realizado en diferentes grados, hay matices, pero muchas de las nuevas fórmulas jurídicas quedan atrapadas en su materialización, sin poder realizar el pleno ejercicio que se contempla, tanto en tratados internacionales, como en las leyes locales.

Como señala María Teresa Sierra<sup>138</sup>, *lo que pareciera ser a simple vista un acto de justicia histórica para resarcir siglos de exclusión y colonialismo, debe situarse en el marco de las políticas globales promotoras de nuevas formas de institucionalización que no necesariamente garantizan un reconocimiento pleno de la diversidad y una relación más igualitaria entre el Estado y los pueblos indígenas.*

*“Si ves la ley de deslinde jurisdiccional boliviana, es terrible, hay una lista enorme de lo que no puede tratar la justicia indígena. Por ejemplo: delitos de seguridad nacional, delitos de orden internacional (...). Es delicado*

---

<sup>138</sup> SIERRA M. T. (2005) Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos 41. Edición Especial sobre Pueblos Indígenas. 287-312 pp Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad. México.

*el tema, hay que ir tejiéndolo. Nosotros estamos en el paso de la norma a la aplicación. La norma ya está, está la 169 y todo lo que quieras, pero otra cosa es la norma a la aplicación de la norma y la garantía de la aplicación de la norma. Ahora que ya tenemos los derechos hagamos todo lo posible para poder exigir la exigibilidad de los derechos. Ahí creo que estamos ahora, y esto es un punto medio difícil. Ahora si me preguntas cómo, hay muchas cosas: la misma legislación secundaria, las políticas públicas, la creación de jurisprudencia...hay que abrir este tema, y abrirlo un montón, porque si no pasa a ser patrimonio de los magistrados, abogados y los que estudian derecho, y los demás nos quedamos afuera". (FGE)*

Tal como lo señala Skewes<sup>139</sup>, *la coexistencia de universos normativos es uno de los principales dilemas a que se enfrenta un estado multiétnico. Las prerrogativas de los grupos que coexisten dentro de un mismo territorio no tardan en contradecirse y, fruto de ello, los derechos de quienes no ejercen hegemonía terminan por lesionarse.*

*"...ahora en sociedad civil, que no es gobierno, está la defensoría legal indígena, está el propio consejo de organizaciones mayas, que tiene 16 afiliadas, pero está también el comité de unidad campesina..."(RCG)*

*"Nuestros códigos penales también ya lo contemplan, cuando un indígena o alguien proveniente de un grupo étnico, tiene que estar asistido de un intérprete, tiene que tomárseles las particularidades específicas de su cultura, notorio atraso educativo, grado de marginación etc." (LR-BAM)*

No se puede, sugiere Letelier<sup>140</sup>, *"legislar en abstracto ni realizar por consiguiente, el ideal de una legislación universal y eterna, se debe legislar para un pueblo y para un estado social determinado"*, y ese es el desafío al que se enfrenta la jurisprudencia internacional.

---

<sup>139</sup> SKEWES, JUAN (1999). La muerte de la bruja, la supervivencia de un pueblo y el pluralismo legal. AUSTERRA, Revista Chilena de Antropología Social 1(1):91-93.

<sup>140</sup> LETELIER, V. (1995). Teoría general de la génesis y desarrollo del derecho. Santiago. Chile

En relación a la creación de defensorías específicas destinadas para los pueblos indígenas, hay distintas modalidades en Latinoamérica, centrándose en que la defensa debe rescatar la especificidad cultural de cada pueblo. Sin embargo, el impacto es diverso en cada pueblo indígena, y en cada país estudiado.

También es distinta de acuerdo a las distintas acciones de defensa legal desarrolladas, a los modelos implementados, a la autonomía que tienen del poder judicial, o al carácter que se va dando de acuerdo a la causa defendida.

*“Las hay pero es muy incipiente, existe la defensoría de la mujer indígena, la defensoría de los pueblos indígenas, hay veinte y nueve instancias en el gobierno que trabajan en alguna dirección a los derechos de los PI, la comisión presidencial contra la discriminación y racismo, está el consejo de PI, la Unidad de DDHH y Pueblos Indígenas. Son llamadas ventanillas, instituciones de bajo presupuesto pero que están ahí, en la sociedad civil está la asociación legal indígena, la asociación de comunidades mayas, que tiene 16 afiliadas, el comité de unidad campesina, en donde están todos los que manejan la sociedad campesina indígenas y que está haciendo una lucha muy fuerte en cuanto a las consultas de oposición a las mineras y a la explotación de recursos naturales, hay 32 consultas que han dicho que no, pero no son vinculantes, el estado no tiene un interlocutor válido entre las decisiones de las comunidades y un ente que responda por el estado. Nosotros ahora tenemos una iniciativa de ley que se llama Consulta de Pueblos Indígenas de conformidad al Convenio N°169 OIT” (RCG)*

La falta de una continuidad de las estrategias defensa también impide que se establezcan formas compartidas entre defensores, desarrollar la experticia.

*El problema es digamos que no hay experiencia. No es cuestión de simplemente aplicarlos. Debes de tener también especialistas que repliquen*

*la experiencia. Es decir, no hay peritos de abogados que puedan llevarte un proceso en estos términos. (MFB)*

Ante la diferencia de sistemas de protección legal, la interrogante es conocer una forma óptima de defensa que contemple las especificidades culturales y el derecho a una justa defensa para los indígenas, sin caer en conductas paternalistas o asistencialistas del Estado, ni menos desde un mirada colonialista que perpetúe conductas xenofóbicas desde el positivismo jurídico.

*“Yo siento que una Defensa óptima de los Derechos de los PI no es más que ahondar un poco sobre el conocimiento y manejo del Pluralismo Jurídico, como un instrumento interesante que no abarca solo lo jurídico, sino que también a los criterios culturales, yo creo que es un avance de los países que tienen características democráticas. No se puede dar un PJ donde el racismo y la discriminación este tan arraigada en las estructuras del estado y en sus instituciones, universidades, iglesias, entonces el Pluralismo es una lucha a seguir, ya que hay luces pequeñas de avance, estamos prontos lanzar un **Foro permanente de pluralismo jurídico**, que analice lo que estamos diciendo, proponer a los estados formas de salir de los conflictos, si no hay PJ lo que está sucediendo en nuestros países son una acumulación de situaciones como las que se están dando en el Perú, en donde los hermanos de la Amazonía se sublevan ante un estado que no reconoce derechos específicos, entonces estos derechos específicos son el sustento del conocimiento del pluralismo, nadie va a reconocer los derechos de las mujeres si no se conocen, y si no hay PJ, entonces como quitar de la estructura / agenda mental de los estados la idea de la homogenización del Derecho en nuestros países”. (RCG)*

La creación de institucionalidad por parte del estado para tratar asuntos indígenas y en particular los llamados *juzgados indígenas* ha sido un fenómeno emergente de los últimos 15 años, como son los juzgados indígenas de México, lo que son reconocidos como una experiencia de modernización estatal.

Según señalan los entrevistados fueron ideados para aplicar el derecho indígena en asuntos internos, es decir para que los pueblos indígenas resuelvan conflictividad al interior de sus colectividades.

Para la antropóloga Adriana Terven estos juzgados son más bien un aparato con una estructura, funcionarios y procedimientos estatales tradicionales y que no solamente evidencian el desconocimiento del derecho indígena, sino también los prejuicios, supuestos y nociones sobre los que se basan. Estigmatizan a los pueblos indígenas como una población culturalmente conflictiva y marginal, y confinan el ámbito de acción de la llamada justicia alternativa a temáticas meramente penales.

*“...el juzgado indígena es un espacio completamente del estado, es una oficina estatal, de indígena no tiene nada...quien creó a los juzgados que fue el presidente del tribunal el ya salió y entro uno nuevo, yo no hice esta gestión, pero las personas que se acercaron para ver con él una nueva cita para presentar a los juzgados indígenas, el tenía así una cara de signo de interrogación impresionante, ni sabía que en Puebla había tanta población indígena, es un magistrado que tiene muchos años en el tribunal, pero él estuvo en la causa administrativa, seguramente siempre ha vivido en la capital, logramos hacer esta reunión, eran magistrados que estaban involucrados en la reforma penal, les preguntamos, todos estuvieron en los puestos de jueces indígenas, que lo que ellos decían es que la justicia indígena es muy importante, como método de prevención de delitos mayores o sea que vinieron aterrizar en lo penal, lo que hace la justicia indígena es evitar que se mataran por ejemplo, entonces ellos lo vieron como juzgados de prevención, salimos de ahí un poco infartados”. (ATM)*

Lo que caracteriza la creación de este tipo de instituciones no es un cuestionamiento o replanteamiento crítico de la política y la justicia de los estados, ni tampoco la incorporación de formas de justicia indígena, sino más bien se trata de agregar algunas modalidades de resolución de conflictos indígena, sus usos y costumbres para hacer más operativo el sistema. Incluso Terven plantea que con ello se instrumentaliza el supuesto respeto por la

diferencia y lo indígena como estrategia modernizadora de los estados latinoamericanos actuales.

*“...por eso se habla de justicia alternativa, se habla de mecanismos alternativos, de solución de conflictos, porque al final de cuentas, lo que se pretende es no hacer un análisis por ejemplo desde el punto de vista político el voto, libre , secreto y directo por decir algo.” (LR-BAM)*

*“...el tema no es la palabra justicia, ni siquiera la usan ellos sino que usan sus usos y costumbres, de hecho en el juzgado hacen un acta, donde plasman los acuerdos a que llegaron, este es un medio que el poder judicial les dio, entonces ellos rellenan nada más que algunas partes, pero si tu lees lo primero, ahí dice que se solucionó en base a los usos y costumbres de la región, el procedimiento civil en esta parte de medios alternativos no dice justicia indígena, ... ..esta reforma indígena, esta oficialización indígena que hace el estado de Puebla, más que reconocer practicas vigentes indígenas o autoridades tradicionales, lo que hizo fue seguir una ruta distinta a lo que es el reconocimiento de derechos culturales, y esto se ve en el momento, en el que más bien, están incluyendo procesos jurídicos que nternacionalmente se están promoviendo, para entre otras cosas modernizar el aparato de justicia, entonces esto es la prueba ,la crítica que hacemos desde el multiculturalismo neo liberal, porque finalmente los interese son para el Estado, para que ellos puedan continuar con sus proyectos.” (ATM)*

### 4.3.3 Acceso a la Justicia

#### 4.3.3.1 Acceso a la Justicia: Peritaje Antropológico v/s Investigación de la fiscalía tradicional.

La estrategia más aplicada en el uso de los peritajes antropológicos ha sido el relevar la lógica cultural de los pueblos indígenas, para valorizar sus propias categorías, entendidas en los contextos culturales propios y en las distintas.

Como lo señala un estudio realizado en la Araucanía<sup>141</sup>, *el principal argumento esgrimido en la solicitud de estas indagaciones ha sido el de la costumbre indígena, y la aprobación de las solicitudes de peritajes antropológicos ha sido justificada en cuanto que son esenciales en la construcción de la teoría del caso.*

En relación a la justicia, las prácticas forenses son más utilizadas en la justicia occidental, no así en la justicia indígena.

*“El tema forense... La justicia indígena no se basa en tema forense. El tema es de credibilidad, de tema oral. En base a la creencia, entonces ¿tú crees que un Saila va a comenzar a revisar las partes íntimas de la niña? Mejor no. Entonces mejor dejamos ese caso de violación a la justicia estatal. Pero siempre y cuando, y cuando sale culpable, entonces la justicia indígena aplique en forma accesoria. A la justicia indígena. Si sale culpable, no sé qué le van a aplicar la justicia estatal, entonces si me violaste a mi niña, la justicia indígena tiene que dar por ese daño a la familia afectada le va a quitar la finca, por decirlo. O en caso de homicidios”. (AVP)*

---

<sup>141</sup> ALVAREZ, R (2014). El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011. Universidad Santo Tomás, sede Temuco. Chile.

Tal como lo señala Skewes<sup>142</sup>, *la coexistencia de universos normativos es uno de los principales dilemas a que se enfrenta un estado multiétnico. Las prerrogativas de los grupos que coexisten dentro de un mismo territorio no tardan en contradecirse y, fruto de ello, los derechos de quienes no ejercen hegemonía terminan por lesionarse*<sup>143</sup>.

*“Ahora en sociedad civil, que no es gobierno, está la defensoría legal indígena, está el propio consejo de organizaciones mayas, que tiene 16 afiliadas, pero está también el comité de unidad campesina...” (RCG)*

Uno de los nuevos actores que se reconocen en el sistema judicial son los intérpretes o delegados interculturales.

*“ Nuestros códigos penales también ya lo contemplan, cuando un indígena o alguien proveniente de un grupo étnico, tiene que estar asistido de un intérprete, tiene que tomárseles las particularidades específicas de su cultura, notorio atraso educativo, grado de marginación etc.”. (LR-BAM)*

No se puede, sugiere Letelier<sup>144</sup>, *“legislar en abstracto ni realizar por consiguiente, el ideal de una legislación universal y eterna, se debe legislar para un pueblo y para un estado social determinado”*, y ese es el desafío al que se enfrenta la jurisprudencia internacional.

---

<sup>142</sup> SKEWES, JUAN (1999). La muerte de la bruja, la supervivencia de un pueblo y el pluralismo legal. AUSTERRA, Revista Chilena de Antropología Social):91-93. 1999

<sup>143</sup> Para una reflexión sobre el peritaje antropológico y su aplicación en México ver el trabajo de Escalante, Yuri. *La experiencia del peritaje antropológico*, México, INI, 2002; y Ortiz, Héctor. “La diferencia cultural en el ámbito penal. El dictamen pericial antropológico”, tesis de Licenciatura en Etnología, México, ENAH, 2000. Ver también el trabajo pionero de Esther Sánchez en Colombia, “Justicia y Pueblos indígenas...”.

<sup>144</sup> Letelier, Valentín. Teoría general de la génesis y desarrollo del derecho.



En relación a la creación de defensorías específicas destinadas para los pueblos indígenas, hay distintas modalidades en Latinoamérica, centrándose en que la defensa debe rescatar la especificidad cultural de cada pueblo. Sin embargo, el impacto es diverso en cada pueblo indígena, y en cada país estudiado.

También es distinta de acuerdo a las distintas acciones de defensa legal desarrolladas, a los modelos implementados, a la autonomía que tienen del poder judicial, o al carácter que se va dando de acuerdo a la causa defendida.

*“Las hay pero es muy incipiente, existe la defensoría de la mujer indígena, la defensoría de los pueblos indígenas, hay veinte y nueve instancias en el gobierno que trabajan en alguna dirección a los derechos de los PI, la comisión presidencial contra la discriminación y racismo, está el consejo de PI, la Unidad de DDHH y Pueblos Indígenas. Son llamadas ventanillas, instituciones de bajo presupuesto pero que están ahí, en la sociedad civil está la asociación legal indígena, la asociación de comunidades mayas, que tiene 16 afiliadas, el comité de unidad campesina, en donde están todos los que manejan la sociedad campesina indígenas y que está haciendo una lucha muy fuerte en cuanto a las consultas de oposición a las mineras y a la explotación de recursos naturales, hay 32 consultas que han dicho que no, pero no son vinculantes, el estado no tiene un interlocutor válido entre las decisiones de las comunidades y un ente que responda por el estado. Nosotros ahora tenemos una iniciativa de ley que se llama Consulta de Pueblos Indígenas de conformidad al Convenio N°169 OIT”. (RCG)*

La falta de una continuidad de las estrategias defensa también impide que se impongan desde una forma habitual.

*“El problema es digamos que no hay experiencia. No es cuestión de simplemente aplicarlos. Debes de tener también especialistas que repliquen*

*la experiencia. Es decir, no hay peritos de abogados que puedan llevarte un proceso en estos términos". (MFB)*

Ante la diferencia de sistemas de protección legal, la interrogante es conocer una forma óptima de defensa que contemple las especificidades culturales y el derecho a una justa defensa para los indígenas, sin caer en conductas paternalistas o asistencialistas del Estado, ni menos desde un mirada colonialista que perpetúe conductas xenofóbicas desde el positivismo jurídico.

*"Yo siento que una Defensa óptima de los Derechos de los PI no es más que ahondar un poco sobre el conocimiento y manejo del Pluralismo Jurídico, como un instrumento interesante que no abarca solo lo jurídico, sino que también a los criterios culturales, yo creo que es un avance de los países que tienen características democráticas. No se puede dar un PJ donde el racismo y la discriminación este tan arraigada en las estructuras del estado y en sus instituciones, universidades, iglesias, entonces el Pluralismo es una lucha a seguir, ya que hay luces pequeñas de avance, estamos prontos lanzar un Foro permanente de pluralismo jurídico, que analice lo que estamos diciendo, proponer a los estados formas de salir de los conflictos, si no hay PJ lo que está sucediendo en nuestros países son una acumulación de situaciones como las que se están dando en el Perú, en donde los hermanos de la Amazonía se sublevan ante un estado que no reconoce derechos específicos, entonces estos derechos específicos son el sustento del conocimiento del pluralismo, nadie va a reconocer los derechos de las mujeres si no se conocen, y si no hay PJ, entonces como quitar de la estructura / agenda mental de los estados la idea de la homogenización del Derecho en nuestros países". (RCG)*

La creación de institucionalidad por parte del estado para tratar asuntos indígenas y en particular los llamados juzgados indígenas ha sido un fenómeno emergente de los últimos 15 años, como son los juzgados indígenas de México, lo que son reconocidos como una experiencia de modernización estatal.

Según señalan los entrevistados fueron ideados para aplicar el derecho indígena en asuntos internos, es decir para que los pueblos indígenas resuelvan conflictividad al interior de sus colectividades.

Para la antropóloga Adriana Terven estos juzgados son más bien un aparato con una estructura, funcionarios y procedimientos estatales tradicionales y que no solamente evidencian el desconocimiento del derecho indígena, sino también los prejuicios, supuestos y nociones sobre los que se basan. Estigmatizan a los pueblos indígenas como una población culturalmente conflictiva y marginal, y confinan el ámbito de acción de la llamada justicia alternativa a temáticas meramente penales.

*“...el juzgado indígena es un espacio completamente del estado, es una oficina estatal, de indígena no tiene nada...quien creó a los juzgados que fue el presidente del tribunal el ya salió y entro uno nuevo, yo no hice esta gestión, pero las personas que se acercaron para ver con él una nueva cita para presentar a los juzgados indígenas, el tenía así una cara de signo de interrogación impresionante, ni sabía que en Puebla había tanta población indígena, es un magistrado que tiene muchos años en el tribunal, pero él estuvo en la causa administrativa, seguramente siempre ha vivido en la capital, logramos hacer esta reunión, eran magistrados que estaban involucrados en la reforma penal, les preguntamos, todos estuvieron en los puestos de jueces indígenas, que lo que ellos decían es que la justicia indígena es muy importante, como método de prevención de delitos mayores o sea que vinieron aterrizar en lo penal, lo que hace la justicia indígena es evitar que se mataran por ejemplo, entonces ellos lo vieron como juzgados de prevención, salimos de ahí un poco infartados”. (ATM)*

Lo que caracteriza la creación de este tipo de instituciones no es un cuestionamiento o replanteamiento crítico de la política y la justicia de los estados, ni tampoco la incorporación de formas de justicia indígena, sino más bien se trata de agregar algunas modalidades de resolución de conflictos indígena, sus usos y costumbres para hacer más operativo el

sistema. Incluso Terven plantea que con ello se instrumentaliza el supuesto respeto por la diferencia y lo indígena como estrategia modernizadora de los estados latinoamericanos actuales.

*“...el tema no es la palabra justicia, ni siquiera la usan ellos sino que usan sus usos y costumbres, de hecho en el juzgado hacen un acta, donde plasman los acuerdos a que llegaron, este es un medio que el poder judicial les dio, entonces ellos rellenan nada más que algunas partes, pero si tu lees lo primero, ahí dice que se solucionó en base a los usos y costumbres de la región, el procedimiento civil en esta parte de medios alternativos no dice justicia indígena, ... ..esta reforma indígena, esta oficialización indígena que hace el estado de Puebla, más que reconocer practicas vigentes indígenas o autoridades tradicionales, lo que hizo fue seguir una ruta distinta a lo que es el reconocimiento de derechos culturales, y esto se ve en el momento, en el que más bien, están incluyendo procesos jurídicos que nternacionalmente se están promoviendo, para entre otras cosas modernizar el aparato de justicia, entonces esto es la prueba ,la crítica que hacemos desde el multiculturalismo neo liberal, porque finalmente los interese son para el Estado, para que ellos puedan continuar con sus proyectos.” (ATM)*

#### 4.3.4 Sistema de Composiciones y Sanciones en un marco de DDHH Universal

*“¿Qué se debe entender como violencia sobre los cuerpos?, es admisible cualquier afrenta sobre un cuerpo?. ¿Qué podemos decir respecto a la aceptación o no de las llamadas penas aflictivas o corporales de la tradición occidental?, entre las cuáles se encuentra el azote, como una de las penas más aplicadas en la justicia colonial. ¿Qué podemos decir en torno a ese elemento en los mapuche?, porque las penas aflictivas o infamantes como el azotes lo son en tanto quitan la dignidad de las personas en público, por lo tanto hay una concepción de la dignidad que se basa en la menor o mayor afrenta al cuerpo, pero hay algunos que pueden ser tocados y otros que no pueden ser tocados, en ese caso la justicia colonial aplica la pena a aquellos que pueden ser tocados y que pueden ser difamados como la plebe, los mestizos, las castas coloniales, los indios por supuesto, pero los españoles no”. (AACL)*



La reconciliación entre las partes, ofensora y ofendida, es la base de lo que busca la Justicia Vindicatoria, independiente de las formas en que se presenta o expresa la vindicación

En varios casos, hemos visto el uso de la composición, *"la composición obedece a dos perspectivas para corregir o compensar el daño: hacia el ofendido y hacia el ofensor"*<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> TERRADAS IGNASI (2008) Justicia Vindicatoria. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. Pág.437..

Se busca remendar el daño, que puede ser entendida como una construcción cultural.

*“los que eran azotados, perdían su honra, de manera importante, y prontamente articularon estrategias para pagar dinero a cambio de esa pena, entonces ¿Qué pasa al otro lado?, ¿Cómo se entiende la dignidad?, porque hay muchos casos en los cuales el azote no es una pena significativa, es decir, no logra el escarmiento ni la enmienda, sino que son otros repertorios que hasta ahora he detectado que es mucho más significativo, como es el corte del cabello para el mundo mapuche, que ser azotado, entonces, ¿cómo explorar esas construcciones culturales?”.(AACL)*

#### 4.3.4.1 Sistema de Composiciones y Sanciones

*¿Qué prefiere? Que una persona esté un año encerrado o 5 azotes de ortiga. Entonces luego de eso eres libre. Entonces, ¿En qué parte más se violan los derechos humanos? (AVP)*

Las composiciones o sanciones que aplican las justicia tradicional v/s la justicia occidental difieren en la mayoría de los estados de LA. La privación de libertad como medida es bastante cuestionada en la justicia tradicional, la reparación del daño causado no se logra con la separación de la persona en la sociedad se señala, ni tampoco su resarcimiento espiritual, ni tampoco se logra el cambio de actitud.

*“Entonces su basamento sobre el resarcimiento, sobre la reparación y sobre las conductas espiritual de los que delinquen en las comunidades, sobre todo el sistema, y que son muchos más avanzados que el sistema occidental que mete a la cárcel al delincuente y que no lo regenera sino que al contrario, y que el sistema de justicia involucra al delincuente o al transgresor para que siempre niegue la veracidad de los hechos, en los sistemas propios de los pueblos indígenas hay un reconocimiento de la falta, hay un resarcimiento y hay una recuperación de la integración a la comunidad, o sea mantener el equilibrio de la comunidad, entonces en ese sentido una de las tareas pendientes de la intelectualidad de los que trabajan en el acceso de la justicia es la construcción ética del otro en cuanto acceso a la justicia, es decir no logramos todavía el pluralismo y la interpretación de códigos. Vemos como la aplicación de la justicia, de sistema propios de aplicación en las comunidades, como el sistema maya, el sistema indígena, es una cuestión que se aplica y se sigue aplicando cotidianamente, independientemente que existan tribunales comunitarios y que asistan*

*autoridades occidentales, entonces hay algunos casos paradigmáticos, es decir todos los adelantos o concesiones del derecho indígena o todas las aplicaciones del derecho indígena tanto en Guatemala como AL no son producto de la voluntad política de los gobiernos sino todos son resultados de las demandas de los pueblos indígenas, las presiones, levantamientos, marchas, todo eso ha hecho que se avance mínimamente en el reconocimiento de los PI. (RCG)*

Destacando la importancia del cuerpo en el sistema de sanciones, existen variadas interpretaciones, sin embargo, el cuerpo y su sanción, también corresponde a una construcción social.

*“Las concepciones de una sociedad tienen el cuerpo un elemento significativo, el cuerpo no es un soporte solamente, es el espacio del núcleo donde juegan todas estas concepciones que pueden ser cosmovisiones, mentalidades, ideologías, lo que fuera, que se pueden trabajar, pero que la pregunta por el castigo te permite eso, por un lado como interpreta esas marcas o afrentas hacia el cuerpo dentro de una concepción más amplia, porque incluso lo mismo que me estás diciendo, cosas que yo puedo hoy, desde una visión más occidental y moderna que es lo que planteo, que eso es oprobioso, que es un castigo, pero resulta que en otros contextos no es castigo, y lo otro que el castigo no siempre está asociado a una misma noción de justicia, no es lo mismo, históricamente hay momentos en los cuales determinadas prácticas de reparación de una ofensa son declaradas castigos desde el derecho, en el mundo occidental, que eso es desde alguna manera se monta en el proceso de colonización americano, por eso me parece muy interesante lo que tú estás haciendo desde el ámbito más antropológico, y sociológico, porque la dificultad que tenemos nosotros los historiadores, que trabajamos más desde el ámbito lo que ya está conquistado o colonizado, o sea de lo que ya resultó, nos resulta muy complejo poder saber qué y donde se produce la confluencia, la coincidencia, de perspectivas entre unos grupo y otros, entonces a mí me intriga, a partir de las mismas preguntas que me estás haciendo, por qué unos castigos triunfan, como validados por unos grupos y por otros no, y donde se producen las diferencias de interpretación, por ejemplo en el caso del azote, para el mundo mapuche, que he estudiado*



*más, que pasa con eso, el azote no es tan oprobioso, al menos las autoridades en el periodo colonial dicen les pegamos, les pegamos , les pegamos y les da un poco lo mismo, pero el pelo no, pero se dan cuenta de a poco. Es interesante el proceso de como tu dañás al otro, como logras que el otro reacciona frente a lo que tú quieres que suceda, haciendo una observación, partieron de una premisa universal, o sea esto es así, la justicia es así, los castigos son así, estos son los pecados, estos son los delitos. Se van dando cuenta que no se están entendiendo necesariamente en algunas cosas, entonces ahí esa colonización de los imaginarios pasa por esas concepciones de justicia, y para mí en particular me parece una entrada relevante el cuerpo, no entrar por las ideas, sino que partir de lo que pasa a nivel concreto, pero es paradójico, pero es desde el espacio más simbólico, eres tú, que es lo que permitas que suceda, y que es lo que no permitas que suceda, entonces ahí hay procesos muy complejos, pero el castigo es clave".(AACL)*

Los sistemas normativos indígenas serán condenados cuando trasgreden la normativa occidental. Los procedimientos que se aplican en estos casos no contempla el reconocimiento de especificidades culturales, por lo que serán sancionados inclusive como delito común.

*"...aún se preservan esos actos dentro de las comunidades indígenas, las penas infamantes, amarrarte en el poste, colgarte de las manos, azotes, apedrean a las personas que en un momento dado, dejo de cumplir con sus responsabilidades..., desafortunadamente se tiene que utilizar procedimientos, ya sean por dialogo con mediadores, expertos en negociaciones para que entreguen y si no se tiene que ir al rescate, porque está en calidad de secuestrado,(...), la autoridad responsable de la política interna en la entidad, es el secretario del gobierno de Chiapas y dicho secretario tiene un sub secretario, en cada región y este subsecretario tiene un número de delegados regionales dentro de esa zona, este delegado es el responsable inmediato de iniciar el proceso de diálogo, dialogo para decirle mira, estas incurriendo en una acto ilegal" (LR-BAM)*

*“Anteriormente a algunos castigados los mandaban al cuartel de Narganá. Allá los dejan 15-30 días y luego tú los ves de nuevo andando. No los castigan porque dicen que no tienen pruebas. Por eso la gente ya no manda nunca a los cuarteles y los castigan aquí mismo en la casa para que ayude a la comunidad” (HAP)*

Hay sanciones comunitarias en caso como la infidelidad, para éstos casos se desarrollan sanciones desde barrer la calle como sucede en Panamá, hasta el escarmiento público como es el caso en Bolivia.

*Lo mismo las mujeres: las mujeres aquí, si tienen marido y buscan a otro hombre, ponen a las mujeres a buscar arena, o hacer la limpieza de la calle con la escoba. (HAP)*

*Se castiga, pero yo no estoy desacuerdo con ello. Catalogarlo con pena, como delito, en la cultura Kuna. Pero debería de ser una sanción administrativa para el estado comunitario, pero ahora castigamos a la infidelidad como adulterio. Entonces, eso. Hurto o robo. Posesión, o consumo de drogas. La justicia dices “No, es una facultad estatal por una droga” o yo que sé. No, droga, consumo o posesión. Si lo manda a la entidad estatal, ¿Qué va a hacer? Nada. Pero como los casos de consumo son un problema médico (...) Además, a nivel estatal, el consumo y posesión tiene medidas cautelares, medidas de libertad. Déjalo a la justicia tradicional y los hacen de acuerdo a trabajo comunitario, o lo que sea. Si lo manda a la cárcel nacional, éste indígena va a salir peor, ¿o no? (AVP)*

La privación de libertad como medida, se aplica mayormente en la justicia occidental, sin embargo, en Ecuador se reconoce la existencia de cárceles.

*“Los conflictos... aquí no hay muchos conflictos. El conflicto mayor es la gente que roba en el monte y vende después. Se roba mucho en el campo, no tanto en la ciudad. Pero eso sí, nadie lo ve, entonces a la gente les hablan, por qué no trabajan si tienen que trabajar?, dado que si no trabajan van a seguir así robando. Tienes que trabajar, porque la tierra está libre, pero la gente es floja y no quiere trabajar, prefieren robar de los que trabajan”. (HAP)*

Hay varias sanciones contemplados dentro de la justicia indígena, éstos se dan en relación a su complejidad.

*“Cada comunidad tiene su reglamento interno, como somos 49 comunidades, esto implica 49 reglamentos. En una comunidad a la que se le robó un coco la multa es de 5 dólares, en otras comunidades es de 50 dólares, cada comunidad decide. Por ejemplo, un día de trabajo es un dólar, o dirán, por cada día de trabajo tiene que llegar a 5 cayucos de arena, sin ponerle el precio al trabajo. Que me limpie el congreso local. Algunos dirán si es reciente, mandarlo a otra comunidad. Eso también puede ser trabajo comunitario. Por ejemplo pintar la escuela o sitios públicos” (AVP)*

*“Lo del corte de cabello y todo, pero no los mandan a la justicia ordinaria, aquí el problema es el robo y las drogas colombianas. Desde chiquito tu papá te enseña a respetar, a no matar, tal como dice en la biblia. Si tu matas nunca vas a ir al cielo en donde está Dios. Acá todos quieren ir al cielo. Ahora esto está cambiando un poco, porque mucha gente se va a la ciudad y cuando vuelven tienen otra cultura, como la de Panamá. Ya vienen agresivos, rebeldes, que critican. La cultura de allá es diferente. Ellos ven allá en la televisión la novela, pero acá como no hay televisores la gente va*

*así tranquila. Un niño que fue a la ciudad es diferente, quiere ser un maleante. Creen que son civilizados por allá, no respetan a los jefes, empiezan a gritar". (HAP)*

Otra entrevistada señala el cuerpo castigado como un cuerpo colonizado, importante es destacar la vulneración que se busca en la sanción corporal.

*"porque una de las cuestiones complejas de resolver en mi trabajo, es la pregunta acerca de cómo se coloniza el imaginario del otro a partir de las formas del castigo, y lo que el otro pensaba sobre eso, donde está de acuerdo con ciertas cosas y donde se le impone, y finalmente como resuelve al interior de su comunidad los problemas, cómo los interpreta, entonces ahí hay cuestiones en donde la vía es siempre preguntarse contextualmente, no en la generalización, porque en el caso de la mujeres que además por la pregunta sobre el cuerpo, en donde culturalmente el cuerpo de las mujeres tiene como dificultades ser reconocido como sujeto de derecho, en todas, independientemente de las concepciones que se tengan más o menos occidentales, ahí hay una cuestión profunda que se tiene en las relaciones de poder que hace que este cuerpo sea mucho más vulnerable en todas esas sociedades, pero también por lo enigmático" (AACL)*

El respeto por las jurisdicciones es otro tema que se debe reconocer.

*"La comunidad de aquí, los Sailas se fueron a otra comunidad, y otro Sailas le dijo que no había problema. Si ellos robaron ustedes se los pueden llevar. Cuando una persona de aquí roba, y viene un s Sailas de otra comunidad, primero llega a la casa del congreso. El Sailas no puede ayudar al maleante. El Sailas le dirá a otro Sailas: ese es problema tuyo, llévalo. Yo no puedo hacer nada, ¿él está robando, no?. La familia se opone, pero no pueden hacer nada. La familia se pone brava, critican, todos son maleantes, todos roban, pero nadie lo ve. Pero cuando tú lo ves robando, lo agarran. Pero si no lo ves, no puedes hacer nada, porque nadie lo vio. Es el castigo. No llevan a la cárcel ni nada de eso, nada más se quedan aquí". (HAP)*

Sin embargo las sanciones en las comunidades también obedece a las especificidades culturales, por ejemplo, ante un mismo delito existen distintos castigos.

*“A ellos le pusieron 6 meses de castigo para que trabajen aquí. Ellos hacen arreglos acá en la escuela, estaban construyendo una casita. Los presos hicieron todos, y otros pelados de otras comunidades, - pero el castigo- depende de cada comunidad, pero casi todos son parecidos. No hay otra forma de castigar acá”.(HAP)*

*“El concepto de robo/hurto es muy diferente. Partiendo de eso. Para nosotros no existe hurto. Existe robo nomás, sin importar qué. Yo puedo agarrar un coco ahí en suelo, y me pueden castigar con 50 dólares o 50 días de trabajo.” (AVP)*

También es necesario destacar que en las comunidades existe una nueva discusión con respecto a la comisión de nuevos delitos, en donde hay organizaciones delictuales operando en sus comunidades, situación que es nueva y que genera nuevos procedimientos en donde las autoridades tradicionales se deben manifestar.

*“Pero hay otros casos, por ejemplo el narcotráfico, donde tiene que haber coordinación, porque está bien. Pero la autoridad tradicional tiene que ser partícipe en el allanamiento. Ahora no, ahora cuando la autoridad la tradicional allana dice “No, es ilegal”, por lo tanto la prueba es ilegal, por lo tanto cae el caso. No. Pero ahí la autoridad tradicional ya está pendiente todos los días que ese allanamiento sea legal, y la justicia estatal reconozca la legalidad”. (AVP).*

*“Es un tema que no está desarrollado, eso es lo que he seguido explorando, pero no hay trabajos muy sistemáticos en torno a la noción de justicia, son muy fragmentarios y tiene el problema de que operan de esta colonización epistemológica en donde se trata de buscar los mismos criterios de la justicia occidental en los otros sistemas, y yo creo que ahí está el desafío de entender de cómo opera en el sistema mapuche, pero es complicado. En el mundo occidental no son tabús porque existen leyes códigos, pero que en la sociedad son claves porque son de control en la sociedad, entonces no son cosas que te van a decir claramente, porque en el fondo te están entregando claves en esa sociedad, pero si es interesante a partir de lo que pudimos investigar que el corte de cabello, porque eso es una clave, el azote para los españoles es gravísimo, en su lógica es grave, es animalizar, pero esto no les resultaba igual, aunque les pegaran a los indígenas no cambiaban las conductas, pero si el pelo, el corte del cabello. Hay un par de casos que son importantes en el siglo XVIII, de caciques que van a reclamar por los agravios, y hay una cosa importante que dentro de los agravios, en el mundo occidental también, que la noción de agravio que es distinta a la de justicia propiamente tal, que es la del daño, estar agraviado es estar dañado, y ese el primer elemento que te hace reaccionar, que hay algo que pasó que no necesariamente es injusticia, pero que lo sienten como un daño que debe ser reparado, pero desde un mundo mapuche, no lo conocemos, por eso te hablo vagamente” (AACL).*

Otro de los castigos es la expulsión de la comunidad, castigo que se repite, en diferentes grados, tiempos, y mirado de distintas perspectivas.

*“Antes en realidad era más como desvincularlo de toda relación social en la comunidad maleka, debemos señalar que el maleko tienen algunos aspectos diferentes como costumbres que por ejemplo los brigris, los cave caras, lo guiñies, por ejemplo los guiñies castigan a esa persona agarrándolos a palos, a golpes lo castigan,*

*acá son desvinculados, son apartados de toda relación social de la comunidad, no va a gozar de estar relacionado con su familia, con sus amigos, con sus trabajos, con su pesca, con todo eso (...) debemos mencionar que esa persona cometió un delito en la comunidad, entonces nunca va a ser visto bien en la comunidad, por más tiempo que pase, eso te estoy hablando hace mucho tiempo atrás. Sin embargo, de igual manera en la actualidad existen en algunos sectores indígenas en que se les desvincula de todo, por mucho tiempo, pero ahora hay que considerar que somos un pueblo también muy modernizado, y todo el mundo tiene una perspectiva diferente, ahora es una desvinculación que puede ser a corto plazo, entonces más o menos ese es el manejo que se hace.” (DMCR)*

*“El destierro existe, la confiscación de bienes existe, sobre todo en homicidios. Porque si yo cometí un homicidio en Kuna Yala, la sanción normal que es de confiscación de bienes y destierro. La justicia estatal puede decir libre, en el caso que sea un accidente de cacería por ejemplo, sale libre pero no puede regresar de todas formas a la comunidad. Esto es por seguridad también. Porque, si se queda, probablemente la familia ofendida se vaya a vengar, causando un círculo vicioso”. (AVP)*

En México, el destierro puede tener otra finalidad, como es el fin de apropiarse de las tierras del expulsado

*“Lo que han hecho es utilizar procedimientos de expulsión, en votación unánime comunitaria para despojarlos de sus parcelas, de su parte alojita en la propiedad comunal, en el fondo hay una razón económica muy fuerte” (LR-BAM)*

Actualmente, también se contempla la existencia de nuevas perspectivas, como las relacionadas con el género, que plantea que las sanciones pueden ser discriminatorias.

*“Implica la sanción de tema de delitos de violencia sexual, que muchas veces la justicia indígena no hacía un castigo y una sanción real. Partiendo de un punto de vista de 99.8% de las autoridades indígenas son hombres”. (FGE)*



#### 4.3.4.2 Existencia de un marco de DDHH Universal

*“ Los enterraban vivos, con el muerto. Allá los kunas crecemos en la hamaca y cuando morimos nos llevan a la hamaca también. Cuando el muerto está ahí le ponen el dedo en la hamaca hasta que termina el canto fúnebre, lo llevan al cementerio y lo ponen debajo de la sepultura, con el muerto. Hasta como el 50 se hizo eso. Sin importar que tipo de homicidio fuese, culposo o doloso”. (AVP)*

El tema de los derechos humanos es uno de los referentes que marcan hoy en día las discusiones acerca de los castigos aplicados en las sociedades indígenas.

Lo que señalaba Rodolfo Stavenhagen<sup>146</sup> desde 1988, al insistir que detrás de las violaciones a los derechos humanos de los indígenas se encontraba el desconocimiento del derecho consuetudinario indígena por los operadores de la justicia.

Como lo señala Sierra, de esta manera prevalecen concepciones de una cultura jurídica que interiorizan la diferencia cultural la cual suele ser vista como campo de violación de los derechos humanos y de las normas constitucionales. No se rompen las visiones del otro y su cultura como atrasados y faltos de civilización, y se prefiere recurrir a argumentos de inimputabilidad legal por atraso cultural que realmente valoran las pruebas, reconociendo la vigencia de otras lógicas culturales que inciden en la comisión de los delitos.<sup>147</sup>

*“Ahí es donde está el gran debate, es si a los respetos de los usos y costumbres, pero cuales, si decimos de antes de la Colonia tenemos que revivir los sacrificios a las doncellas mayas, tenemos que revivir los sacrificios al dios huisiloposle, tenemos que revivir el culto a tlalo, de la*

---

<sup>146</sup> STAVENHAGEN, R. (1998) *Derechos indígenas y derechos humanos en América Latina*, IIDH/Colegio de México, 1988.

<sup>147</sup> STAVENHAGEN, R Y ITURRALDE D. (1990) “La defensoría jurídica de presos indígenas” en *Entre la ley la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*.371-388. III-IIDH, México.

*Colonia tenemos que revivir la encomienda, si decimos en los tiempos actuales todos, si decimos todos, tenemos que aceptar que todavía se puede hacer justicia por sus propias manos, se debe aceptar que hay penas infamantes". (LR-BAM)*

*" Porque evidentemente, nosotros tenemos una concepción inicial occidental. La pregunta aquí es, ¿Son universales los derechos humanos? Hay un debate muy interesante al respecto. La otra es si las sanciones, o las penas, están en el marco del respeto de los derechos humanos o no. Es más, fíjate en nosotros tenemos una cosa adicional que tenemos que preservar los derechos de las mujeres y los niños. En contraposición a los asambleístas indígenas hombres que no querían. Esto es un avance interesante". (FGE)*

Se señala que la modernización introduce principios universales del respeto a los derechos humanos modificando y resignificando la percepción sobre el castigo físico, sobre el estrecho límite con la tortura, dando cuenta además del dinamismo cultural de su pueblo.

*"Es sutil, de hecho, la discusión de la tortura está también en este cambio de mentalidad, o sea cuando ya el castigo se empieza a interpretar como tortura es porque la concepción de la dignidad humana está cambiando, porque ya consideras que no es legítimo, en ningún caso, usar ese tipo de prácticas que vienen del ámbito cristiano occidental inquisitorial". (AACL)*

También se refieren a aspectos punitivos en relación a la trasgresión de normas que pueden ir en contra del Convenio 169. Para el pueblo maleko por ejemplo el asesinato es una falta grave que se castiga por medio del exilio e incluso la pena de muerte.

*"...hay una diversidad cultural, en la forma de ver las cosas dentro de los pueblos indígenas costarricense, entonces un sistema donde hay un tipo de castigo y ese tipo de castigo era agarrarlos a golpes, por el tipo de delito que hizo castigarlos hasta darles muerte. "Antes en realidad era más como desvincularlo de toda relación social en la comunidad maleka,...son*

*desvinculados, son apartados de toda relación social de la comunidad, no va a gozar de estar relacionado con su familia, con sus amigos, con sus trabajos, con su pesca, con todo eso.” (DMCR).*

De ahí la importancia de discutir acerca de la veracidad de la existencia de un marco de derechos universales homogéneos

*“Además el tema de derechos humanos es reconocido diferente en el mundo indígena, ¿O no?... Entonces, ¿Qué sucede con esto de la ortiga? Porqué se apela al concepto de derechos humanos, si uno lo comienza a analizar, ¿Quiénes lo crearon? Los occidentales. De acuerdo al mundo cristiano. Cuando uno comienza la aclaración habla de los derechos individuales, cuando en el mundo indígena se habla más de derechos colectivos. Por eso que yo hablo de la complementariedad o coordinación. Está bien, pero tampoco podemos abusar. Yo no estoy acuerdo con el cepo (clavos) que usan los Ngöbe pero la ley la aplica. No estoy de acuerdo (...) hay clavos, debes estar parado, si te vas para el lado te pinchas, es horrible” (AVP).*

*“Vino hace poco al país el relator de ejecuciones extrajudiciales, Alstom, un australiano. El informe de él está colgado, y es muy interesado, te va a servir. Son los que hacen la policía sobre la ley, hay hartos de este tipo. Bueno, en Chile hubo cualquier cantidad cuando tuvieron la dictadura y ahora de pronto también hay excesos. Uno de los (24:42) que tenemos con él era que él ante todo defiende ante todo defiende el derecho a la vida, entonces en este caso, ¿Cómo se podía enfrentar? Porque en la (24:51) hay otro caso que es igualmente complicado, que es la muerte por acusación de mal uso de brujería contra el grupo. En parte de la Sierra tú encuentras pena de muerte en la justicia indígena. Lo que hay son penas físicas que en el debate que viene ahora es explicar el sentido real de las penas físicas. ¿Dónde sería el límite entre lo que sería tortura y el castigo físico? Esta es una línea bien débil pero se ha trabajado bastante” (FGE).*

Estas problemáticas surgen principalmente al definir que entra en vigor la legislación nacional o el C169, existiendo dudas en cuanto a su nivel de importancia.

El respeto de las formas tradicionales de resolución de conflictos aún no es generalizado y existen constantes problemas en cuanto a su práctica.

La institucionalidad es la que definirá la posibilidad de un ejercicio real del pluralismo, mientras el estado no aclare su posición, el pluralismo es una promesa incumplida.

*En el 2010 ocurre otro caso, muy cerca de esta comunidad, en donde 5 jóvenes matan a un sexto joven. Lo juzgan las autoridades indígenas, los castigan y luego de eso, con la prensa y todo, el gobierno, a través del ministerio de justicia y la fiscalía interviene, desconoce lo que hizo la justicia indígenas reclamando violación de los derechos humanos, saca a los 5 jóvenes en donde estaban siendo juzgados y los lleva a una cárcel pública en donde estuvieron 1 año y luego salieron. Los dirigentes de esta comunidad tienen presentado una acción extraordinaria de protección a la corte constitucional para que se reconozca la justicia indígena. Justamente hoy están reunidos para dar una sentencia. De lo que yo sé hasta ahora es que será en contra de la justicia indígena. El tema más grave fue que el presidente politizó mucho este caso en mayo del año pasado y condenó públicamente la justicia indígena". (FGE).*

*"Los DDHH son una batalla importante, y es ideológica, porque si tú lo vez retrospectivamente también, esa noción de DDHH es larga, nosotros no nacemos humanos nos hacemos humanos, socialmente, y efectivamente las concepciones temporales y culturales históricas son variables, pero lo que sucede es que en determinados momentos se generan propuestas ideológicas que son más hegemónicas porque hay sujetos puntuales que han estado de acuerdo en eso, esa es la batalla. En lo que he investigado para el caso colonial son 3 abogados del siglo XVIII que empiezan a instalar es lógica que hoy son los DDHH, porque ellos están convencidos, porque les*

*parece que es pertinente esta discusión filosófica, el cambio de las estructuras de poder es importante, porque esto es injusto, y entonces ellos empiezan a elaborar de 5 casos en que los menores de edad recibían el mismo trato que cualquier otro porque no era masivo ni había un consenso respecto de que ellos eran sujetos diferentes, por ser menores. Josep de la Borda, es en los casos que defendía menores de edad, y el introduce esos temas en Chile, porque él está convencido como abogado, como jurista que estos son derechos, y que lo otro es injusto, y que lo batalla en los juicios, esas ideas son universales porque nosotros pensamos que tienen ese carácter, ético y moral. Son unas batallas largas al interior de las sociedades” (AACL)*

#### 4.3.5 Indígenas y Sistema Penal. Cumplimiento de la Penas, Intervención y registros en el Sistema Penitenciario

*“Yo creo que si se pueden considerar las especificidades culturales, no solo en el tratamiento de su reclusión, sino que también en la aplicación de la pena “. (CCCL)*

##### 4.3.5.1 Cumplimiento de Penas de Indígenas en Sistemas Cerrados

Uno de los puntos de mayor interés dentro de este análisis se refiere a la privación de libertad de los indígenas.

Mis casi 15 años de trabajo en el sistema penitenciario chileno he visto las constantes problemáticas referidas a la pérdida de libertad de personas indígenas, quienes principalmente han cometido delitos de tráfico de drogas, por lo que sus condenas son mayores, y los beneficios que pueden obtener son menores, situación que se repite en otros países de Latinoamérica.

Dentro de la estructura de poder entre los presos/as al interior de las cárceles hay una clara discriminación hacia grupos minoritarios, en donde los indígenas son continuamente sujeto de abusos y discriminación. Ante esta situación, y la búsqueda de protección por parte de las políticas de estado, se ha considerado el tema, con distinta relevancia, pero que en general no se cumple lo señalado en el C169.

El artículo 10 del C169 ya señala que se debe priorizar las penas no privativas de libertad, vale



Decir se debe cumplir en el medio libre, fuera de la cárcel, principalmente por dar respuesta a las especificidades culturales en este contexto.

La Ley Pascua está en sintonía con lo que plantea el C169, en cuanto a la aplicación de medidas no privativas de libertad y de reducción de condena, pero es una experiencia muy mínima y poco representativa de lo que sucede con la mayoría de los indígenas presos/as.

“Está el C169 y el decreto de zonas patrimoniales, que es del primer gobierno de Bachelet, se adaptan las dos, una el C169, y que crea esta norma que los reconoce como pueblos originarios, incluida la Isla de Pascua, salen un par de párrafos, pero no hay un reglamento en la ley indígena, se crea el proyecto cárcel, pero aún no se finiquita, tuvo mucho interés, pero los terrenos se perdieron debido a un movimiento reivindicacioncita que hubo en la isla, en el año 2010” (CCCL)

Si nos detenemos a estudiar los casos de personas indígenas que son sentenciadas y privadas de libertad, vemos que el sistema penitenciario no tiene alguna política diferenciada para responder a la especificidad y a la diversidad cultural y de hábitos y costumbres de estas personas en el marco que el convenio señala.

La privación de libertad en general, y ya se ha expuesto con anterioridad, es una situación antinatural, sin embargo el impacto es distinto, como también el interés por abordar estos temas.

*Yo creo que es un tema que no está siendo hablado y que tampoco está en las demandas y las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Sí está el tema de que el marco jurídico reconozca el sistema de justicia propio, y el ejercicio del derecho consuetudinario, eso es una reivindicación que está en marcha. Hay avances interesantes en algunos países. Avances y retrocesos. (MGP)*

Ahora bien, se podrían precisar dos situaciones con distinto grado de alcance, y con implicancias jurídicas diferenciadas. Me refiero a la privación de libertad de indígenas nacionales y extranjeros.

*“Lo que te decía es que, en este aspecto, de justicia penitenciaria y de las personas indígenas privadas de libertad en los países, no es solamente (...) de personas extranjeras que son indígenas aimaras de Perú y Bolivia (en Chile). Sino que de países como Bolivia, como Perú, como Ecuador, como Guatemala....Yo no tengo estadísticas, y no sé si las hay, pero yo te aseguro que hay centros penitenciarios en donde el porcentaje de personas indígenas es de un 70, 80 por ciento. Y en Perú, la cárcel de Cajamarca, la de Cuzco, la de Ayacucho yo te aseguro 70-80% son indígenas. En Bolivia tres cuarto de los mismos, y en Ecuador....Y en lo que yo conozco tengo la impresión que se ha trabajado esto prácticamente nada en el tema”. (MGP)*

La crítica surge de la definición y de la aplicación de la sanción, ya que para el occidental, la definición de la pena a veces es aberrante y no se enmarca dentro lo que entienden por derecho humano.

*“¿Cuáles son los derechos fundamentales y como surgen?. No nos olvidemos que a partir de 1789 hay un principio fundamental reconocido universalmente, precisamente como es la de los derechos universales del hombre y como consecuencia estos se han venido construyendo al paso de los siglos ,(...) ya van tres siglos de distancia y aun se preservan esos actos dentro de las comunidades indígenas, las penas infamantes, amarrarte en el poste, colgarte de las manos, azotes, apedrean a las personas que en un momento dado, dejo de cumplir con sus responsabilidades. Si tienen una cárcel, se ha dado el hecho de hasta cárceles privadas, a la par de las cárceles que estaban en el ayuntamiento, habían cárceles, por separado, al grado tal que este comportamiento va en contra del tratado 169 de la OIT, va en contra de la normativa internacional de los derechos humanos si totalmente.” (LR-BAM)*

Los mecanismos de cooperación y coordinación, buscan también abordar la penalidad de los delitos, es en el marco punitivo en donde se encuentran grandes diferencias.



*“La justicia indígena no tiene como pena la privación de la libertad. Yo nunca he visto acá cárceles, el sistema de rehabilitación y todo lo que viene después de eso. Una de las cosas que plantea el convenio 169 en el caso de los indígenas que fuesen al sistema ordinario la sanción debería de ser alternativa a la privación de la libertad. Ese es un tema. Ellos tienen otro tipo de sanciones, entre esas las sanciones rituales, que son castigos. Ahí se olvidan mucho de una cosa de usa mucho en la justicia indígena que es la práctica del consejo. Es muy generalizado en casi todo el sistema. Entonces una cosa así como muy singular de los mayores, padres, padrinos, autoridades, etc. La misma concepción es diferente, ahí es reinsertarlos a la comunidad lo antes posible, entonces acá no se van a demorar 6 años en un caso. Y el tema de la oralidad que es un tema súper interesante, yo creo que el mismo sistema nuestro podría aprender de la oralidad. Nosotros hemos empezado con la oralidad hace poquito con algunos cambios en el código civil y penal, pero no hay tradición de esto. (FGE)*

Las composiciones o sanciones, tiene una mirada diferente entre los indígenas y los no indígenas, hay un cuestionamiento sobre la verdadera finalidad que tiene la privación de libertad, y su utilidad. Se plantea la necesidad de entender que el castigo debe tener una acción educadora y no tan solo coercitiva.

*“Desde el castigo que se realice va a ser un órgano que va a analizar ese conflicto, va a darle solución conforme nuestra forma de pensar, como es un castigo, no como lo puede castigar una cárcel unas rejas, o estar encerrado cinco años ahí, entonces ese órgano es como un consejo de ancianos que va a estar ahí, que va a analizar, va a decir bueno a esa persona se le va a limitar tales cosas que hacer, no precisamente va a ser menos muerte, porque aquí no hay castigo de muerte, menos como un castigo de estar 5, 15 o 20 años de cárcel, sino algo que le facilite a esa persona de manera aparte de estar castigado en un sistema donde no va a*

*tener tal vez no toda la libertad, pero va a tener limitaciones que se le va a imponer a esa persona, eso es lo que necesitamos, un castigo más social, más comunitario pero además de ese castigo que la persona aporte a la comunidad, pienso que eso es muy importante porque se va a realizar a nivel interno indígena a nuestros conocimientos, porque nosotros tenemos muchos conocimientos ancestrales y no es lo mismo lo que vaya a analizar ese tribunal, lo que vaya a castigar, porque va a ofrecer cárcel, porque no va a ofrecer algo más sociable, más equitativo para una comunidad. (DMCR)*

En Chile, y a partir de entrevistas que realicé a presos indígenas de una cárcel en el norte, cerca de la frontera con Perú y Bolivia, se señala que el aumento de la cantidad de presos obedece principalmente a la falta de oportunidades en sus pueblos, la falta de lluvias que rieguen sus bofedales, y por el deterioro medioambiental debido a la acción de la minería. Éstas son algunas de las causas expuestas por los entrevistados en cuanto a los motivos que han aumentado la población originaria en la cárcel de Alto Hospicio.

El salir de la pobreza es un motivo claro para quienes señalan el aumento de la población indígena en la cárcel.

*Creo que por buscar algo más, en los pueblos indígenas se dedican a la huerta, acá en las ciudades se dedican a otras cosas, para surgir, para buscar nuevos horizontes. (SVB)*

*Por el trabajo, al interior no hay trabajo. La mayoría se vienen a la ciudad a estudiar o trabajar. Si hubiese una universidad en Colchane no se vendrían. Hay mayores posibilidades de traficar por estar cerca de la frontera, hay mayor facilidad. (LVCL)*

*Por motivos de trabajo. La falta de estudios. Hay que trabajar desde los 12 años en la agricultura, (...) Hay pocos animales en la frontera. Mi padre tenía 500 corderos, ahora no hay ninguno. (JCCL)*

*Por la necesidad, por darle menores cosas a la familia, por eso la gente del interior se ha metido en cosas ilícitas. (JVCL)*

*El buscar generar más cosas. Salir de la pobreza, la juventud quiere tener más, eso le hace querer más. (BSCL)*

El daño medioambiental es una causa que está dentro de lo expuesto, y que anteriormente también ha sido señalada. El efecto de la Minería ha sido determinante<sup>148</sup> en los procesos de degradación medioambiental, y cultural en los pueblos andinos, no solo de Chile, sino que de toda Latinoamérica.

*Antiguamente había ganadería, los bofedales se secan por culpa de las mineras. (LVCL)*

*Ahora no hay lluvias y las mineras se llevan el agua y secan las vertientes, se secan los bofedales y los animales no tienen que comer. (JCCL)*

Quienes señalan en sus respuestas que el aumento de los indígenas presos es por la droga, lo señalan de distintas formas, pero coinciden en que la droga es un medio para alcanzar una mejor situación socioeconómica, ya que no tienen otra forma para hacerlo sino es así.

*Por la plata, le dicen que las cosas son fáciles con la droga. (LCPE)*

*Por la aparición de la droga. (RCCL)*

*La gente tiene la idea de quien tiene más es visto como positivo. A veces, pegándose un porrazo aprende, es que todos se conocen. Me gustaría que no se metan en la droga (AGB)*

El tráfico es la relación que tienen con la droga, señalan no ser delincuentes, sino que transportistas.

---

<sup>148</sup> [http://www.archivochile.com/Chile\\_actual/02\\_pueb\\_orig/chact\\_po0003.pdf](http://www.archivochile.com/Chile_actual/02_pueb_orig/chact_po0003.pdf) Comunidades Aymaras y empresas mineras, la destrucción del altiplano.

*Por el tráfico mayormente, porque tienen necesidad económica y no encuentran otra forma. La gran mayoría no son delincuentes, son transportistas, son burreros. (PCCL)*

El estar implicado en el tráfico no es bien visto por la comunidad, ya que no es una costumbre y que los que trafican lo que hacen es envenenar a la gente.

*Porque la gente se desvía de la conducta y de las costumbres de los antiguos (HLCL)*

*(En su comunidad) No había tráfico, es mal visto ya que se está envenenado a la sociedad. (LVCL)*

En cuanto conductas racistas al interior de la unidad penal se establece que de lo expuesto en las entrevistas, el 70% señala que si existen conductas de racismo y el 30% señala que no.

*Otro señala que no existe, pero señala que está en módulo de sólo extranjeros y aymaras. No hay, hay respeto. Lo que pasa es que en el módulo que estamos nosotros hay extranjeros y aymaras, asique nos respetamos. (JVCL)*

Vale decir, que al estar aislados de la población penal no indígena no hay racismo, lo que refuerza lo expuesto por los que señalan que en una situación normal si son objeto de conductas de discriminación.

*Es mal mirado ser indígena, en el módulo 54 hay más indígenas y no se da tanto como en otros módulos. (LVCL)*

Otro interno señala que no hay conductas racistas, pero que no le dejan hablar en su lengua, la aymara.

*No existe, los atienden a todos por igual, no dejan hablar la lengua, solo cuando hay clases. (HLCL)*

El impedir hablar su lengua es entendido como una conducta de discriminación en derecho internacional, y que también es señalada en el C169OIT, específicamente el Artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, inciso (2) Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El Artículo 9 del Convenio 169 de la OIT (2).- Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. El Artículo 10 del Convenio 169 de la OIT (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.

En base a lo anterior, los artículos 8, 9 y 10, que desprenden temas transversales, como son, la importancia de Los Derechos Fundamentales, Humanos y Civiles y la Costumbre, no están siendo respetadas.

Los que señalan que existe xenofobia en las Unidades penales, lo señalan de la siguiente forma:

*Hay racismo, desde la frontera, en la ciudad también hay. No dicen "indios!. Desde los gendarmes, en discusiones con internos. En discusiones principalmente. (SVB)*

*Si, murmuran, que indio aquí, que indio allá. Es mal mirado ser indígena, en el módulo 54 hay más indígenas y no se da tanto como en otros módulos. Te pasan a llevar, los indígenas no pelean, no contestan. Bueno hay diferencia entre indígenas chilenos y bolivianos. Los funcionarios cuando nos llaman por parlantes nos dicen " los alemanes". Pero la mayoría de los funcionarios nos respetan. (LVCL)*



*Un poco, no se comparte con la gente de la ciudad, se da entre los mismos presos. (RCCL)*

*Hay racismo. Los funcionarios son racistas, algunos nos tratan mal, nos dicen los indios, los paisanos. Uno ignora esas cosas. Siempre nos miran en menos. Entre aymaras chilenos y aymaras bolivianos no hay diferencia. Los aymaras peruanos son diferentes, el idioma no es igual. Con los profesionales no suceden esas cosas, les interesa nuestra cultura. (JCCL)*

*Si discriminan, entre los mismos reos, los gendarmes no dejan hablar aymara (LCPE)*

*Si, entre los presos, como nos dicen indios - paisanos, no en gendarmería ni en Siges. Trato de no molestar, ni al funcionario ni a nadie. (BSCL)*

*He visto, en contra de los bolivianos o los peruanos, hay xenofobia. Al extranjero lo tratan mal, ellos son más humildes. Los tratan con grosería, indios. Lo hacen lo internos, los funcionarios. Existe la discriminación. Se ríen de ellos. Se burla, a los chilenos indígenas también, no hay diferencia, por los rasgos te clasifican, si eres moreno eres indio. (PCCL)*

Esta situación surge, entre otras causas, por el desconocimiento de sus derechos. De los entrevistados, el 100% señala no conocer el C169OIT, situación al menos preocupante en cuanto a la falta de información del C169OIT en población indígena.

La falta de conocimiento del C169 de la OIT por parte de la población originaria que esta privada de libertad es una constante. Este desconocimiento es una deuda por parte de las instituciones responsables de este tema, como es la CONADI en Chile, en difundir la ley y los derechos de las personas indígenas, así como también, son responsables del monitoreo del respeto de los pueblos indígenas.

Este tema no solo tiene relación con las personas indígenas presas, también debe haber difusión de esta ley dentro de los funcionarios penitenciarios, para ello es necesario fortalecer las acciones que se están desarrollando en esta materia, principalmente por la OIT.

En este aspecto, de acuerdo a lo señalado por Manolo García, OIT Andina, en otros países como Perú se está trabajando.

*En ese plano general es en el cuál estamos trabajando, con los empleadores, trabajadores, funcionarios del gobierno y también con las organizaciones indígenas.(...)Ahora con esto que estamos hablando vamos a ver si podemos incluir un pequeño capitulito si están haciendo algo en materia de indígenas privados de libertad, porque estoy seguro que no lo están haciendo. Sería bien interesante meter a las defensorías en ese tema. Yo pienso que esta tesis que tú estás haciendo es como pionera, porque seguramente por eso cuando esté vamos a ver si es posible duplicarla y tal porque sería bueno que otra gente siga en esta pista y que haya más gente estudiando este tema y proponiendo cosas.(MGP)*

En cuanto al sistema de sanciones, la información de los sistemas de penas locales, anteriores a las penas del derecho positivo, que están en la memoria colectiva. Los entrevistados señalaron conocer diferentes tipos de castigos en la comunidad, a través de

organizaciones tradicionales, y con sistema de representación centrado en una autoridad, o por la comunidad.

*Los castigos en la comunidad. Haynun encargado del pueblo, el corregidor. Lo llevan si es la primera vez lo perdonan, la segunda vez lo huasquean con látigos, Depende del corregidor que hacen con él, en la reunión con la comunidad deciden que hacer, pudiendo expulsarlo de la comunidad. (SVB)*

*Hoy en día se aplica la ley (chilena), antes se aplicaban trabajos comunitarios, se ayudaban a otras personas, la persona mayor hacía de juez, y él decide que trabajo hacer para remediar. Las faltas no eran graves, eran faltas como insultos, sobre todo en las fiestas. (LVCL)*

*La comunidad decide, y hay autoridades antiguas. La comunidad debe hacer cosas para la comunidad (HLCL)*

*Sí. Se junta la comunidad y lo sanciona. Con una multa, pero no los meten preso. (RCCL)*

*Generalmente si pillaban a alguien robando le castigaban con trabajo comunitario, eso lo vi. Si era muy grave llamaban a las autoridades y si era chica la falta, eran las autoridades comunitarias quien las sancionaba. Una vez en Perú a un chico lo quemaron. Por esos lados por eso no hay tantos robos. Solo trabajo comunitario. (AGB)*

*Había una autoridad de la comunidad. Ellos los castigaban con dinero o animales. Por delitos como robos. Tenían que pagar. En las peleas por terreno, la autoridad revisaba los papeles y definían. Ahora ya no hay autoridad y el terreno no vale tanto. En Colchane, con pago de multa en dinero o animales. (JCCL)*

*La comunidad los castigaba, los linchaban. Los amarraban, le cortaban los dedos. (LCPE)*



*A veces se sanciona en la comunidad, pero la mayoría de las veces es la autoridad quien castiga. Es que no hay delincuencia, y si hay problemas se habla, se busca la persona y se habla. (JVCL)*

Para quienes no han vivido en el altiplano y sus padres los han traído muy pequeños a la ciudad o han nacido en la ciudad, las composiciones en la comunidad son desconocidos, incluso son mal vistos.

*No conoce, vivó en Iquique de los 5 años. No conoce. (BSCL)*

*En el extranjero existe la expulsión. Veo mal los castigos que atentan contra los DDHH. Los látigos eran de la edad de Cristo. Prefiero estar 3 años en prisión y no que te den latigazos. Estamos en otra era, estamos más civilizados. No veo bien los castigos como latigazos, es antihumano. En el interior no se sabe de prisión (PCCL)*

Y para otro entrevistado, la cárcel castiga no solo a quien comete el delito, sino que también a su familia.

*En Oruro, la cárcel es el peor castigo, ya que la familia también sufre, sentimentalmente es castigada la familia. (SVB)*

Los castigos distintos a la prisión son conocidos por los entrevistados. La diferencia entre ambas formas de castigar, la tradicional y la moderna, son vistas de diferentes perspectivas y la presencia de instituciones de estado ha influido directamente en la aceptación del modelo de justicia del estado, y también el aumento de delitos más graves.

*En Colchane y alrededores. Ahora está la ley, y carabineros, y la policía de investigaciones. Yo creo que el delito está creciendo y se debería pagar con cárcel. Son faltas más graves, robar, matar. Allá no había violaciones, no había tráfico, es mal visto ya que se está envenenado a la sociedad. Antiguamente había ganadería, los bofedales se secan por culpa de las mineras. (LVCL)*

#### 4.3.5.2 Visibilización étnica en los registros en el sistema penitenciario.

Esta falta de visibilización del indígena en el sistema penitenciario hace que su especificidad no se considere, no hay registros claros y confiables, por lo que no hay avances dentro del reconocimiento de la diversidad cultural, y su especificidad, de los indígenas presos.

*“No hay estadísticas segregadas, es una de las grandes carencias de este país, y no solo en este tema, es una de las problemáticas que hay aquí, que no hay estadísticas (...), institucionalmente no hay ningún interés en hacerlo y por otro lado, todos los diseños de estadísticas que se hacen aquí, están hechos con una visión, de que aquí estamos hablando de un grupo cultural, entonces eso te impide que puedas hacer un asunto mucho más complejo, que pueda recabar información y tener esta estadística mucho más segregada, no hay, y luego que la persona misma como tal, aquí pesa mucho los efectos del racismo y la gente reiteradamente, te niega su origen, te niega su identidad, te niega que habla el idioma maya, etc., etc., no hay ese tipo de cosas”.(BMG)*

En Bolivia por ejemplo, se señala que en la actualidad ya no se hace la distinción formal, aunque en la vivencia diaria si se da.

*“ Yo no sé cuáles son las estadísticas, pero ya la población carcelaria está infestada por población indígena. Esto es preocupante, y ni siquiera tienen la correspondiente sentencia, están como imputados. No existe ese dato. Es que esos datos más bien hay que fabricarlos por medio de un estudio. Por lo que he transitado no he advertido de este (...) No estoy seguro si acaso esté clasificado esto. (...) Hace 30 años había: indígena, mestizo, blanco, que era categorías que el estado manejaba. Más bien desapareció eso, pero debe de ser hace 20 o 30 años, no más. Pero, esa distinción, si*

*bien no existe, en los hechos se procesa, en la práctica, o sea, en la cotidianidad sin que esté explicitado en algún texto”. (FGE)*

Sin duda, la relevancia de la descripción del dato pasa por su importancia en la definición.

*“Hay muchos (indígenas). Sobre todo en la ciudad de La Paz. Yo creo que lo que pasa es que el Alto no tiene cárcel, pues todo se lo sintoniza acá, en la ciudad, que es una sola cárcel. Es curioso que las pandillas estén integradas por gente proveniente de las comunidades, pero yo creo que todo ese factor del problema de la no inserción, de las pocas oportunidades de estudio y trabajo, etc., por lo que buscan una forma de vida en la delincuencia de estas pandillas. También está relacionado porque el Alto tiene relación casi mayoritaria proveniente de las comunidades. (...) Ni siquiera es el cordón marginal, porque es de la ciudad misma. La ciudad de la Paz es otra, tiene otro estatus y la ciudad del Alto es otra ciudad. Pero, la ciudad del Alto, tiene una población construida en gran parte por migrantes de comunidades indígenas, sobre todo Aimara”. (MFB)*

En cuanto a la visión de la cárcel hay distintas opiniones

*“Yo creo que la cárcel es una de las cosas que más ha perjudicado a la población indígena, porque primariamente el encarcelamiento se hace un idioma que no es el propio, no hay una interpretación exacta de la defensa, dos, no retribuye el daño, al contrario, perjudica a la parte ofendida porque no hay restablecimiento, y tercero porque hay una desintegración muy fuerte de la familia, entonces hay todo un proceso de desajuste, eran tratados como expedientes y no como personas, sin tener una defensa idónea, y en su propio contexto cultural, porque para algunos el delito es una cosa y para otros otra. La realidad jurídica de los pueblos indígenas es bien dramática en este sentido, la apropiación indebida puede ser muy débil pero para la*

*comunidad muy fuerte. La concepción del daño y del resarcimiento es muy diferente". (RCG)*

La comunidad a veces también priva de libertad, y eso es un tema que no deja de ser interesante en cuanto a que en ciertos lugares las penas también son similares entre justicia occidental e indígena

*" Primero puede ser para que se le haga una obra, para que se le bajen los precios de algún servicio por ejemplo para la electricidad, no quieren pagar lo que la comisión les dice que deben pagar, por consumo de energía, a las cuadrillas privan de la libertad a los que ahí componiendo los cables, empleados de comisión para dar la electricidad, les quitan los cuchillos etc. si se trata de acceso al entierro sanitario, secuestran camiones con los choferes y no los entregan hasta que los autorizan la pavimentación, la concesión de un aula etc, este es un mecanismo de presión para obtener algunos beneficios comunitarios" (LR-BAM)*

#### **4.3.6 Otorgamiento de permisos, beneficios y salidas a indígenas privados de libertad.**

En relación al otorgamiento de permisos de salida y beneficios intrapenitenciarios, vale decir salidas diarias, con reclusión nocturna en un centro penitenciario, salidas de fin de semana o salidas de domingo de los internos, existen algunos documentos que señalan que los beneficios otorgado a personas indígenas es menor que los entregados a personas no indígenas.

Algunos criterios “técnicos”, señalan aspectos que son más de carácter estructural. Principalmente en relación a la estructura familia, a condiciones laborales, y consideración de aspectos relevantes como temas de inclusión social.

Ahora bien, el tema en el área de lo penitenciario está menos considerado, ya que aún no se establecen normas claras y precisas en cuanto al acceso a la justicia.

*“Yo no he visto en las reivindicaciones del movimiento indígena que haya una reivindicación que diga queremos reconocimiento, al reconocimiento de la jurisdicción indígena es un tema que está en la agenda. El tema de acceso la justicia también. El tema de participación de juristas indígenas en los espacios institucionales que tienen que ver con la justicia también, pero el tratamiento penitenciario culturalmente apropiado de reos indígenas yo no he escuchado nada” (MGP)*

Para otorgar permisos de salida u otros beneficios por parte de los distintos servicios penitenciarios, se requieren cumplir ciertos criterios que no son cercanos a las prácticas culturales de los pueblos indígenas, como son los exámenes de ADN.

*“Un comunero Mapuche que cumple condena en la cárcel de Lebu, y que optó a un beneficio dominical, no podrá cumplirlo debido a que no acepta un examen de ADN considerado contrario a su cultura. Tras realizar 87 días*

*de huelga de hambre por “un juicio justo” junto a otros 3 compañeros de la Coordinadora Arauco Malleco, el comunero Mapuche, José Huenuche, condenado a 8 años de prisión, optó a un beneficio de salida dominical, el cual se le otorgó en el Tribunal. Pese a ello, todo quedó paralizado debido a que Huenuche debía realizarse un examen de ADN, algo a lo que se negó, por no ser acorde a su cultura. El Seremi de Justicia, Roberto Coloma, explicó que todo condenado debe aceptarlo para optar al beneficio. El defensor local de Cañete, Pablo Ardouín, señaló que Huenuche cumple con todos los requisitos y que no se puede supeditar al examen el cumplimiento de éste. Finalmente, el defensor Ardouín afirmó que presentarán un recurso de amparo en la Corte de Apelaciones de Concepción y de ser rechazado, irán a la Corte Suprema<sup>149</sup>.*

Existen otros casos en que la definición de aspectos morales desde los jueces son los que determinan las diversas sentencias, principalmente todo esto dado por apreciaciones que surgen desde una percepción occidental, y que, nuevamente, no consideran, lo relativo a las diferencias culturales de los pueblos.

Prueba de ello, un reciente caso sucedido en Chile, y es relación a la condena de una mujer aymara quien fue condenada a 12 años de presidio por haber perdido a su hijo de tres años en 2007 mientras volvió a buscar a unas llamas que no estaban dentro del grupo de animales que estaban a su cuidado, cerca del volcán Tacora, al límite de la frontera con Perú. En esa jornada no pudo conseguir que sus familiares cuidaran de su hijo, por lo que, y siguiendo con sus costumbres indígenas, cargó al menor en su manta y salió a trabajar.

*“La mujer -llamada Gabriela Blas- pastoreaba junto al menor en julio de 2007 cuando dejó a su hijo para ir en busca de dos llamos que se habían perdido en un sector cercano a la frontera con Perú - En ese momento la pastora tomó, sin saberlo, la decisión que marcaría el resto de su vida: dejó*

---

<sup>149</sup> <http://www.biobiochile.cl/2012/05/19/rechazan-beneficio-dominical-de-presos-mapuche-por-negarse-a-examen-de-adn-contrario-a-su-cultura.shtml>

*a su hijo arropado y en un sector sin peligros evidentes, y retornó dos kilómetros en busca de los animales perdidos - cuando regresó no lo pudo encontrar. Recién un año y medio después de su desaparición fue hallado el cadáver del menor.*<sup>150</sup>

*“El C169 señala que deben respetarse las tradiciones, como por ejemplo, como la comunidad sanciona a su gente, una experiencia nueva en Chile, fue la experiencia de la pastora Gabriela Blas, quien fue condenada por abandono de un menor, al morir su hija por ir a buscar sus llamas. Desde su cultura eso no es abandono, es parte de la cotidianeidad, pero la justicia no lo consideró así. (...) se supone que la justicia es igual para todos/as, y desde el movimiento ciudadano se apela a este veredicto y finalmente se le da el indulto presidencial, y eso creo que fue un tremendo logro”. (CCCL)*

Esta causa fue una de las más claras en cuanto a la discriminación que surge desde las leyes y que, no solo no considera la cultura, sino que tampoco considera el género.

*Se le discrimina por ser mujer, y se le discrimina por ser indígena. Se evidencia esta discriminación en una condena desproporcionada de 12 años de presidio por el delito de abandono con resultado de muerte. no se aplica el convenio 169 de la OIT y se le juzga bajo el parámetro de mala madre occidental, una muestra del machismo que hay en Chile”<sup>151</sup>.*

---

<sup>150</sup> 17/05/2012 Defensora abogó por indulto a mujer aimara condenada por abandono de su hijo [http://www.cooperativa.cl/prontus\\_media/site/edic/base/port/videos.html?\\_ts=20120517205325](http://www.cooperativa.cl/prontus_media/site/edic/base/port/videos.html?_ts=20120517205325)

<sup>151</sup> [http://www.cooperativa.cl/prontus\\_media/site/edic/base/port/videos.html?\\_ts=20120517205325](http://www.cooperativa.cl/prontus_media/site/edic/base/port/videos.html?_ts=20120517205325)

*Gloria Blas al no encontrar a su hijo, señaló.: No sabía dónde más buscar, pero esperaba hallar su cuerpo y señaló que era un castigo de la Pachamama*<sup>152</sup>.

Finalmente, y después de tres años de presidio, esta pastora aymara fue indultada, debido a las fuertes presiones desde las mismas comunidades indígenas, de algunos políticos y de instituciones internacionales y por el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

---

<sup>152</sup> [www.soychile.cl/Arica/Sociedad/2012/05/13/91040/Pinera-indultaria-a-la-pastora-aymara-condenada-a-12-anos-de-carcel-por-la-muerte-de-su-hijo.aspx](http://www.soychile.cl/Arica/Sociedad/2012/05/13/91040/Pinera-indultaria-a-la-pastora-aymara-condenada-a-12-anos-de-carcel-por-la-muerte-de-su-hijo.aspx)



## 5 REFLEXIONES FINALES

### 5.1 Crítica a la existencia real del Pluralismo Jurídico Penal.

En base al trabajo de campo realizado, y a los distintos testimonios obtenidos, vemos la existencia de un modelo de desigualdad jurídica y penal dentro de los estados de Latinoamérica, afectando principalmente a la población indígena debido a la existencia de una concepción monista del derecho.

Esta situación instala en la sociedad una fuerte crítica al actual modelo jurídico penal occidental, siendo deslegitimado principalmente por su falta de pertinencia con las costumbres normativas de los pueblos originarios, no logrando la mirada pluralista del cual muchos estados presumen.

Es necesario señalar que la relación entre estado y pueblos indígenas en casi la totalidad de América Latina está en tensión, provocada principalmente por el desconocimiento de los gobiernos y sus instituciones acerca de los pueblos indígenas, de sus formas de funcionamiento, de su organización y de sus expectativas de desarrollo.

En la actualidad, es claro que el monismo jurídico positivista reinante no da respuesta a un modelo de justicia destinado a las sociedades pluriculturales, es por ello que se viene cuestionando hace décadas, y si bien existen avances, no son los suficientes para poder lograr la existencia de un modelo pertinente de justicia con respeto a las particularidades culturales de los pueblos originarios.

Cabe destacar que el monismo jurídico que nos gobierna, según Pérez<sup>153</sup>, es una *corriente que lidera en occidente, supone el monopolio estatal según el derecho moderno, promueve la homogenización jurídica, que es única e imperante, válida y reconocida por el estado, es decir a un estado le corresponde un solo derecho o determinado sistema jurídico y viceversa. Esta corriente no admite la posibilidad de convivencia de dos o más derechos o*

---

<sup>153</sup> PÉREZ GUARTAMBEL, CARLOS (2010) JUSTICIA INDÍGENA. Universidad de Cuenca. Cuenca. Págs. 45-46.

*sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico, y si los hay carecen de reconocimiento legal, por consiguiente todo lo que no está escrito en la ley no existe, no tiene validez. (...) tal derecho debe ser escrito, de aplicación general y especializada, diferentes de las normas filosóficas, morales, religiosas y peor consuetudinarias.*

En relación a los avances, aunque sea de forma indirecta, una experiencia de diferente trato jurídico penal de parte de un estado a un pueblo originario que rescato dentro de mi investigación, es la relación entre el estado chileno y el Pueblo Rapa Nui a través de la llamada Ley Pascua.

La Ley Pascua<sup>154</sup>, señala en su Artículo 13° que en los delitos cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables. En el Artículo 14° se señala que en aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas.

De acuerdo a lo anterior, tanto la imposición de una pena menor, como la posibilidad de cumplirla en libertad, es cercana a lo expuesto en el C169, pero cabe desatacar que el origen de esta Ley no se basa en reconocer los rasgos particulares de la cultura Rapa Nui, sino que es la estrategia del estado chileno en poder gobernar la Isla de la Polinesia en el año 1.966, cuando se crea el Departamento de Isla de Pascua (Ayuntamiento), pudiendo incidir en la toma de decisiones de la isla, y ser un punto estratégico con fines para extender su soberanía.

Sin embargo, en la generalidad de Latinoamérica, con la formación de los estados se logró crear un orden jurídico único, y homogéneo en cada país, órdenes jurídicos similares por

---

<sup>154</sup> Tipo Norma :Ley 16441 Fecha Publicación :01-03-1966 Fecha Promulgación :22-02-1966. Ministerio del Interior Título :Crea el Departamento de Isla de Pascua:Ultima Versión De : 18-05-1984 Inicio Vigencia :18-05-1984 URL [http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=28472&idVersion=1984\\_05-18&idParte](http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=28472&idVersion=1984_05-18&idParte)

cuanto se desarrollan basados en órdenes jurídicos europeos, francés y español principalmente.

Esta homogenización jurídica lo que ha generado es el desconocimiento normativo de la diversidad cultural de los pueblos originarios, instalando una visión carente del reconocimiento identitario de cada pueblo, implementando estrategias de anulación del otro distinto/a.

Cabe destacar que esta situación ha sido tratada, pero no resuelta. En algunos países se reconocen constitucionalmente a los pueblos indígenas, como Bolivia (1967), Panamá (1972), Guatemala (1985), Brasil (1985), Nicaragua (1986), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Honduras (1994), Argentina (1994), México (1995), Ecuador (1998) y Venezuela (1999)<sup>155</sup>, pero este reconocimiento presenta distintos matices y hay serias dudas que este reconocimiento se haga efectivo, desde la práctica existen muchísimos casos en que se ha tenido que recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos debido a esta falta de reconocimiento<sup>156</sup>.

Ahora bien, en base al rescate de las experiencias obtenidas en las distintas comunidades, aldeas y poblados que visité, vemos que existe una gran distancia entre las bases del concepto justicia, su matriz cultural, el fin que persigue y el resultado esperado.

Tal como lo señala Royo<sup>157</sup>, *“vinculando este análisis hacia el proceso de conquista y colonización cultural, el Estado – como ente exclusivo generador de normas y fuente única de derechos – desplegó sobre la costumbre indígenas una forma de dominación cultural, que se cristalizó en la imposición de leyes exógenas a la norma de conducta ancestrales, bajo una falsa idea de igualdad que uniformó las diversas normativas en un solo Estado de Derecho.*

---

<sup>155</sup> JIMÉNEZ FORTERA FRANCISCO (2006) “El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa”, en Borja Jiménez, E. (coord.). Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho. Tiran Monografías 419. Valencia. pag. 437.

<sup>156</sup> En el caso de Chile no hay un reconocimiento a los pueblos indígenas consagrado en la Constitución, la única Ley aprobada por el Congreso en materias indígenas es la Ley N°19253, Ley indígena, y no hay fórmulas que garanticen representación.

<sup>157</sup> ROYO, MANUELA (2015): “Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad”. Política Criminal. Vol. 10, N° 19, Art. 12, pp.362-389.



### 5.1.1. Sistema Jurídico Occidental y Justicia Indígena.

La Justicia indígena ha sido sometida, en diversos grados, a procesos de negación por parte de los estados, esto ha sido en todo orden de cosas, sin embargo ahora solo nos referiremos al ámbito jurídico penal.

Cuando hay algún delito en un país pluricultural, mayoritariamente se privilegia recurrir a la justicia que proviene del estado, principalmente porque no se valora a la justicia indígena debido a su diferencia de métodos y de estructura en relación a la justicia occidental, sin embargo, y en base a lo planteado por De Sousa Santos<sup>158</sup>, *cuando hablamos de justicia indígena no nos estamos refiriendo simplemente a métodos alternativos de resolución de conflictos (justicia comunitaria, jueces de paz, arbitrajes, conciliaciones), sino a aquella justicia ancestral que presupone el control de un territorio, autonomía y cosmovisión.*

De esta forma, lo que se busca es precisar el significado de Derecho Indígena, ya que es constantemente subvalorado por la institucionalidad estatal. De acuerdo a Pérez<sup>159</sup>, *es el conjunto de preceptos, instituciones y procedimientos ancestrales, sustentados en la cosmovisión filosófica presentes en la memoria colectiva, dinamizados y reconocidos por la comunidad cuya prevención y aplicación corresponde a sus autoridades, tutoras del equilibrio social.*

Ahora bien, aquellos países en que hay mayor respeto a la existencia de la institucionalidad indígena tampoco están exentos de tener otros conflictos, como son los conflictos por la definición de la competencia de jurisdicción, entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, también llamada *ley de deslinde jurisdiccional*.

Es así como la jurisdicción ordinaria (occidental), tiene competencia global sobre las conductas que se llevan a cabo en el territorio indígena, y pueden sancionar, pero los

---

<sup>158</sup> DE SOUSA SANTOS, BONAVENTURA (2012) "Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia Indígena, plurinacionalidad e Interculturalidad", en: De Sousa Santos, Boaventura; Grijalva Jiménez, Agustín. (Eds.), Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador, Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala, pag.31.

<sup>159</sup> PÉREZ GUARTAMBEL, CARLOS (2010) JUSTICIA INDÍGENA. Universidad de Cuenca. Cuenca. Ecuador. Pag.44.

indígenas pueden solicitar la opción de ser juzgado por sus autoridades, lo que estará definido por el tipo de agravio que se le imputa.

Esto se expresó en las entrevistas, en donde el uso de la jurisdicción indígena se ocupa para delitos menores, para los llamados *robos de gallina*, y no para delitos más graves, por lo que se cuestiona el avance del pluralismo en materia jurídico penal. Un ejemplo claro es el ámbito de vigencia material que tiene el derecho indígena de Bolivia en materia penal, civil, agroambiental y en materia de derecho específico, por cuanto no se les otorga el reconocimiento como tal, y se los otorga a la justicia ordinaria.

Entonces, desde la práctica, de modo autorizado o clandestino, hemos evidenciado que existe una coexistencia de sistemas jurídicos, y para algunos delitos existe la definición de quien les juzgará, generándose una complementariedad jurídica.

Ahora bien, existen varias experiencias que buscan que el sistema jurídico se adapte a las realidades locales, una de ellas es la traducción de señalética en distintas oficinas públicas a las lenguas más representativas de los indígenas de la región, cuyo objetivo ha sido mejorar el acceso a la institucionalidad pública, y su inclusión en un sistema occidental, pero que se expresan como cambios de forma, pero no de fondo, maquillajes estructurales más que nada.

Esta experiencia fue reproducida en la generalidad de los países de Latinoamérica como parte de las estrategias de implementación de la Reforma Procesal Penal, que estaba dentro de la agenda internacional en pro de la defensa a la diversidad y de la modernización de la justicia, y sus instituciones.

Otra experiencia, con más peso, ha sido la incorporación de peritajes culturales, o peritajes antropológicos, presentados en las audiencias, además de la integración de los mediadores interculturales en los tribunales, para facilitar la comunicación entre el indígena y el juez, en su mayoría no indígena.

Los peritajes antropológicos son considerados como una alternativa técnica en la defensa penal para la entrega de datos específicos acerca del marco cultural de donde proviene el conflicto y que permite diferenciar la existencia de concepciones culturales distintas para un mismo hecho, lo que para la justicia occidental es definida como delito no necesariamente lo será para la justicia tradicional, incidiendo en las características del

conflicto y en su juzgamiento, *“la función del peritaje cultural es analizar los hechos dentro del marco cultural indígena y aportar los elementos de juicio para el juzgador”*<sup>160</sup>. Un ejemplo de ello, es que no existe diferencia entre hurto y robo en la población indígena, lo que puede ser entendido como un tecnicismo para algunos, para otros tiene que ver con temas valóricos, en donde el apropiarse de un bien ajeno constituye un agravio, independiente de su valor económico.

El reconocimiento por parte de los jueces sobre los peritajes culturales es diverso, en muchos casos se consideran como argumentos válidos en la defensa, y en otros casos no son considerados, apelando a su carencia como prueba científica, se discute acerca del origen de los delitos culturalmente condicionados, sin embargo, en la actualidad se recurre cada vez más a los peritajes antropológicos, a través de la Defensoría Penitenciaria Indígena, instalada en la mayoría de los estados latinoamericanos con población indígena, además, se han desarrollado diversas capacitaciones a los magistrados para la consideración de variables culturales, algunos de los cuales han demostrado tener un desconocimiento brutal acerca de concepciones básicas del ser indígena en la actualidad, como el caso de la pastora aymara Gabriela Blas<sup>161</sup>, en donde el juez señala que *no es indígena por utilizar compresas (toallas higiénicas) y tener carnet de salud*.

### **5.1.2 Sistemas Penales Indígenas**

Los principios rectores en los sistemas penales indígenas son distintos a los sistemas penales occidentales. Desde la visión vindicativa vemos que el proceso comunicativo es la base para desarrollar cualquier proceso de aclaración sobre la comisión de algún delito.

---

<sup>160</sup> INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL (IDPP) (2008). *Guía de peritajes culturales*, Guatemala. Disponible en: [http://descargas.idpp.gob.gt/Data\\_descargas/documentos/INTERIORESGUIAPERITRAJESCULTURALES.pdf](http://descargas.idpp.gob.gt/Data_descargas/documentos/INTERIORESGUIAPERITRAJESCULTURALES.pdf)

<sup>161</sup> <http://ciperchile.cl/2012/06/01/la-historia-no-contada-de-la-pastora-aymara-condenada-por-extraviar-a-su-hijo/>

En cuanto a los sistemas sancionatorios indígenas, y a su existencia, de acuerdo a lo expuesto por Borja Jiménez<sup>162</sup>, se señala que hay un derecho penal indígena vigente, con diversas matizaciones: *“En efecto, con esta afirmación vengo a decir que, dentro de la gran variedad de pueblos originarios de lo que hoy denominamos Latinoamérica (no en todos), encontramos un conjunto normativo que reprueba y considera como muy graves una serie de comportamientos humanos similares a los que en el derecho occidental se denominan delitos. Cuando hablo de la existencia del Derecho Penal Indígena también quiero significar que hay un proceso formal para determinar la culpabilidad o inocencia del implicado o implicados, y para establecer, si se demuestra la respectiva autoría, la sanción correspondiente. Defiendo la tesis que afirma que son unas autoridades nativas, y no solo jueces de carrera, las encargadas de enjuiciar a los sospechosos. Dichas autoridades ejercen una jurisdicción propia dentro del ámbito territorial de la comunidad. Sus integrantes tienen reconocida potestad de dirimir conflictos y sus decisiones suelen ser acatados por todos”*.

La potestad de las autoridades indígenas es un tema complejo por cuanto el reconocimiento de las autoridades debe emanar de los integrantes de las comunidades indígenas, y no de los representantes del estado como se realiza habitualmente, situación que ejerce divisiones dentro de las comunidades, ya que hay casos en que los mismos operadores políticos que participan de un gobierno son quienes definen las autoridades indígenas, como por ejemplo, nombrando a loncos y caciques, lo que aumenta la problemática interna en los estados, siendo este acto reconocido como una estrategia comunicacional y de una falta de coherencia con las propuestas de respeto a la diversidad.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> BORJA JIMÉNEZ, E. (2006) “Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena”, en Borja Jiménez, E. (coord.). Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho. Tiran Monografías 419. Valencia. págs. 272-273.

<sup>163</sup> No todo indígena mapuche puede aspirar a ser Lonko (jefe) de su comunidad. Se requiere una trayectoria; haber ganado la confianza de su pueblo; haber demostrado coraje ante determinados hechos y ser poseedor, finalmente, de una sabiduría reconocida por sus pares. Desde tiempos ancestrales, desde antes de la instauración del Estado colonial chileno, el Lonko siempre ha sido (y seguirá siendo) una figura muy respetada por nuestro Pueblo y su investidura y el ceremonial que conlleva no pueden ser usurpados. Para la Nación Mapuche es un ultraje el que un huinca (no mapuche) sea investido con una autoridad que no posee y que esto provenga, además, de otro huinca, en este caso una Alcaldesa que no tiene ninguna relación ancestral con nuestras comunidades y que con esto demuestra su total desconocimiento de nuestros valores. <http://www.elquintopoder.cl/cultura/ministro-cruz-coke-por-que-no-devuelve-el-trailonko/>



Tal como lo señala Díaz <sup>164</sup> (2016): “*Las Constituciones de América Latina empezaron a reconocer la existencia y algunos derechos específicos a las comunidades indígenas. Sin embargo, como todavía primaba la identidad Estado-Derecho no se reconoció formalmente a las autoridades indígenas, con la facultad de aplicar su propio sistema normativo de un modo amplio*”.

Ahora bien, la discusión que desarrollo en torno al sistema de composiciones y sanciones en algunas comunidades indígenas de Latinoamérica no ha estado exenta del juicio, desde lo occidental, en torno a la vulneración de los Derechos Humanos, derechos que en la actualidad se discuten si son para todos los humanos, o si bien responden a derechos de una elite internacional que los consagró como derechos generales.

Actualmente vemos que la sanción mayormente ocupada por el sistema penal occidental es la privación de libertad, en donde se cometen muchas vulneraciones, ya sea entre presos, y por cierto, entre presos y sus vigilantes. Si revisamos los anuarios de organizaciones de derechos humanos y organizaciones contra la tortura vemos que hay cifras permanentes de maltrato y tortura en las cárceles, por lo tanto, es muy cuestionable el argumento de que la justicia comunitaria es más violenta y que vulnera los derechos humanos, ya que la realidad nos presenta que la violencia física y psicológica está presente en las cárceles.

De acuerdo a lo señalado por Villegas<sup>165</sup>, los sistemas sancionatorios indígenas, se caracterizan porque el dentro de protección es la comunidad, diferenciándose del derecho penal occidental en cuanto a la imposibilidad de encontrar en ello un principio de legalidad tal como la conocemos, y refiriéndose a Borjas Jiménez<sup>166</sup>, señala que *la norma penal es creada por la costumbre, y se transmite oral, comunicativa y dialogalmente creando un vínculo indisoluble entre ella y el individuo, toda vez que es discutida en las comunidades*

---

<sup>164</sup> DÍAZ OCAMPO, EDUARDO Y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, ALCIDES (2016): “El Conflicto de Competencia en la Justicia Indígena del Ecuador”, Revista Caribeña De Ciencias Sociales (JULIO). Pág. 1. En Línea: <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/07/justicia-indigena.html>

<sup>165</sup> VILLEGAS, MYRNA (2014) “Sistemas Sancionatorios Indígenas y Derecho Penal. ¿Subsiste el Az Mapu? Política Criminal. Vol. 9, N° 17 (jul, 2014). Art.7.pp 213-247.

<sup>166</sup> BORJA JIMÉNEZ, E. (2006) “Sobre los ordenamientos sancionatorios originarios de latinoamérica”, Hurtado Pozo, José (Dir.), Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal, Perú: 2006 pp.101-151, p.123.

*mediante mecanismos de participación directa, generalmente, asambleas en las que participan todos los miembros de la comunidad.*

Así también, Terradas plantea que *"nosotros interpretamos que muchos procesos tratados por historiadores, juristas o antropólogos como extrajudiciales en la Antigüedad, la época medieval o las sociedades tradicionales, son realmente judiciales, con juicio, con un procedimiento de búsqueda y aplicación de justicia"*<sup>167</sup>.

Esta aclaración, la existencia de un sistema penal indígena, y por ende, la coexistencia de al menos dos sistemas penales en un estado, es necesaria por cuanto aún existen quienes lo niegan: *"Existe el Derecho Penal Indígena, o, si se quiere, existe ese sistema reglado de infracciones y sanciones que aporta soluciones ante los hechos que constituyen los conflictos más graves de convivencia"*.<sup>168</sup>

Por lo tanto, el reconocimiento de la existencia de un sistema jurídico penal indígena es la base para poder implementar cualquier cambio dentro de la institucionalidad de cualquier estado en materia judicial, y de esta forma enfrentar las problemáticas jurídicas desde una mirada pluralista y no anquilosada en formulas inadecuadas y poco eficientes en materia de persecución del delito, acceso a la justicia, y tratamiento Intrapenitenciario.

## **5.2 Los aportes de la Justicia Vindicatoria**

La Justicia Vindicatoria es una concepción distinta a lo que actualmente se entiende como justicia en el mundo occidental.

Desde la concepción de Terradas<sup>169</sup>, *la cultura vindicatoria, como su nombre indica, se caracteriza por crear derecho cada vez que una persona se dirige a la justicia en nombre de una ofensa o daño recibido. Su acción característica es la de reclamar, quejarse, demandar en relación a algo que se daña o pierde, vindicar.*

---

<sup>167</sup> TERRADAS IGNASI (2008) Justicia Vindicatoria. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. Pág. 58.

<sup>168</sup> BORJA JIMÉNEZ, E. (2006).Pag. 281.

<sup>169</sup> TERRADAS IGNASI (2008). Pag.48.

Hay evidentes diferencias de cómo debe operar la justicia entre el sistema tradicional y el occidental, las diferencias mayores son en relación a los actores involucrados, desde dónde operan, y la búsqueda de su sentido final.

De allí el autor señala que el juicio, de cara al ofendido, parte de tres fundamentos, el estatuto personal o condición social, las circunstancias de la ofensa, y la descripción del daño. De cara al ofensor también considera su condición social.

Según hemos visto en los casos estudiados existe una necesidad de *resarcir la ofensa*, ya sea a través del perdón, o el arreglo entre las partes involucradas, situación que no ocurre con el uso de la desgastada justicia positivista occidental: *La queja de los ofendidos abre el "proceso vindicatorio", y le da pie a una actuación para resarcirse de esa ofensa.*<sup>170</sup>

Lo que se busca es el equilibrio, en donde la justicia vindicatoria pueda lograr generar un estado similar a la situación existente antes de la ofensa, y de esta manera no se produzcan situaciones de indefensión.

Tal como lo señala Terradas, *"se ejerce el derecho vindicatorio cuando la parte que se defendería se integra a un reconocimiento de la naturaleza diversa a la cualidad de la ofensa o daño sufridos. Si el juez ordena un acto vindicativo (que la parte ofendida ejecute un talión) no es porque cede un derecho de esta parte, sino que se le otorga dentro del proceso de restitución de su capacidad para defenderse"*<sup>171</sup>.

El agotado modelo de justicia occidental no siempre es justo, no opera con una lógica de ofensor-ofendido, sino que en base a la lógica del victimario-víctima, en donde lo que adquiere mayor importancia es la transgresión a la ley. Esta diferencia muchas veces se presenta de forma muy clara, sobre todo cuando existen diferencias culturales marcadas entre una sociedad y otra.

Esta homogenización impide dar un tratamiento jurídico penal que respete las particularidades culturales de cada pueblo, más aún, en donde existen países

---

<sup>170</sup> RAMIS BARCELO (2010) R. L a Justicia Vindicatoria y el Status de la Antropología Jurídica. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXII (Valparaíso, Chile). [pp. 515 - 529].

<sup>171</sup> *Ibíd.*, p. 53

pluriculturales se hace más difícil llegar a consenso y no se logra dar respuesta a la justicia solicitada.

Con la Justicia Vindicatoria se exaltan otros valores, en donde el derecho y la moral están conectados a partir de las conductas que socialmente son aprobadas y reprobadas, y esto se ve claramente en las comunidades indígenas visitadas, en donde la existencia de un marco jurídico penal interno, un derecho consuetudinario, ha promovido un equilibrio en cada comunidad, a través de los distintos *ritos de reconciliación*, los que han permitido su existencia y su fortalecimiento como tal.

Sin duda, estudiar la Justicia Vindicatoria permite promover, desde la antropología jurídica, las bases para reconocer cuál es la idea central de la búsqueda de la justicia, y que desde una perspectiva interdisciplinaria nos pueda dar mayores antecedentes para entender las formas que adquiere la aplicación del derecho y las condicionantes que promueven el pensamiento jurídico.

### **5.2.1 Experiencias de aplicación de la justicia vindicatoria en la actualidad en LA**

Sin duda hemos convivido durante muchos siglos con distintas concepciones de justicia, tanto en América Latina como en otros continentes. Incluso se ha planteado que lo bueno en un lugar puede ser malo en otro, pero en casos específicos como en homicidios, hay una visión común en cuanto al daño causado, “ *en todas las culturas se reconoce el homicidio o el incesto y sus autores deben responder por ello de uno u otro modo*”.<sup>172</sup>

Estas distintas concepciones presentan diferencias desde su origen, desde su matriz cultural, pero lo que las hace similares es la búsqueda de distintos mecanismos para la resolución de conflictos surgidos en cada sociedad.

---

<sup>172</sup> TERRADAS IGNASI (2008). Pag.27.

Una de las preguntas que surgieron en esta investigación es la referida a por qué ante mismos conflictos operan composiciones similares, entre distintos pueblos que no tienen cercanía ni relación.

Es por ello que ahondamos en torno a las composiciones y sanciones, sus orígenes, características y objetivos, y en todos los casos se logró visualizar la necesidad de resarcir el daño causado, el resarcir la ofensa, esto a partir de distintas formas, que han sido denominadas de muchas maneras, como reparación, castigo, rectificación, entre otras, pero que las distingue del sistema occidental en la forma de buscar ese resarcimiento.

En la actualidad podemos decir que la justicia vindicatoria es una práctica real, y por ello nos detuvimos en casos que hemos revisado y que, distantes a la justicia occidental, se caracterizan por hacer valer sus costumbres y operar desde la legitimidad que les otorgan sus autoridades ancestrales.

Para los Mapuche, el Azmapu se refiere al sistema normativo del derecho propio, que surge desde el Rakizuam, desde la reflexión y la memoria heredada. Tal como lo señala Melin et al <sup>173</sup>, *el derecho propio mapuche (...) no sólo consiste en una serie de reflexiones y prácticas normativas mapuche, surgidas del ejercicio de la soberanía y control cultural ancestral. También involucra la identificación de bases conceptuales y su ejercicio práctico en el contexto político actual del pueblo mapuche que, si bien se encuentra vinculado con el estado chileno, mantiene importantes espacios de resistencia y control cultural.*

Sin duda, este derecho propio, ya sea el de los mapuche o de otro pueblo originario, se ve amenazado por el ordenamiento legal de cada nación, y también, por el ordenamiento legal internacional.

La existencia de un sistema de normas dentro de los pueblos indígenas se valida con la transmisión, a través del relato oral, entre distintas generaciones, existiendo pautas de comportamientos reconocidas entre quienes pertenecen a una comunidad, también la forma de resolver sus diferencias se realizan en base a esta transmisión oral.

---

<sup>173</sup> MELIN, M., COLIQUEO, P., CURIHUINCA, E. Y ROYO, M. (2016) AZMAPU: Una Aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizuam y el Derecho Propio. Wallmapu.

Como lo señalan diversos autores <sup>174</sup>, la restitución representa el fundamento y elemento constitutivo del marco normativo mapuche: *“quien hace daño debe restituirlo y agregar – inclusive - un costo adicional para disminuir de algún modo las consecuencias del mal provocado por una conducta inadecuada que haya generado conflicto interno (...) Weñegilmi kiñe waka, inatugele ti weñewma entonces mvley ñi wiñoltuwal ti el. (Si te roban una vaca, si persiguen al que la robó, entonces su obligación es devolverla)”*.<sup>175</sup>

Este proceso se inicia con los consejos, generando un modelo de persuasión y rectificación, en donde se informe a las autoridades ancestrales y a los *antiguos*, para hacer entrar en razón a quien ha cometido una falta: *“Habían personas mal vividoras o conflictivas, por ejemplo. Entonces, al llevarle el tema al logko, éste decía “júntense un grupo reducido de los mayores y hablen con él para que se corrija (azkonoam), y sabremos lo que dice y a lo que se compromete. Para ver en qué situación o condición quedará (ta ñi chumkvnugeal) y si no se “hace caso” entonces se le llevaba al longko o los longko dependiendo de la gravedad de la falta, lo que hacía en una reunión más amplia y grande (kiñe fvtaxawvn mew)”*<sup>176</sup>.

En cuanto a los roles y mecanismos normativos, los autores<sup>177</sup>, señalan que en base al tipo de casos actuará el *Logko*, el *Ragiñelwe* o el *Kalkuntufe* (autoridades mapuche), y los mecanismos están dados por el *Palin* que se realiza para la resolución de conflictos y/o de vinculación para retomar lazos de unidad mapuche, el *Gufetun* que se realiza para la

---

<sup>174</sup> Íbid .p.41

<sup>175</sup> Para entender el AZMAPU revisar película *Wichan*. El juicio, es una breve película en blanco y negro, dirigida por Magaly Meneses acerca del pueblo mapuche, hablada en mapudungun y español. Se basa en un pasaje de la obra de Pascual Coña, *Lonco Pascual Coña ñi tuculpazugun - Testimonio de un cacique mapuche*. En la película se filmó en las comunidades del Lago Budi, en la Araucanía y describe la celebración de un juicio de acuerdo con las costumbres de la tradición mapuche. <https://www.youtube.com/watch?v=51wItf79ABs>

<sup>176</sup> Íbid.pags.42-43. Los principales conflictos normados por el AZMAPU, desde la perspectiva vindicatoria son: Hurtos de especies, Robo de animales (abigeato), Conflictos entre vecinos por deslindes, Ofensas verbales, Conflicto por no cumplimiento de la palabra, Lesiones por riñas, *Lagumche zugu*, muerte u homicidio, Transgresión / Intromisión de un espacio natural sin permiso del gen o dueño espiritual, Acciones de yama o traición al ser mapuche, *Gollife* o alcoholismo, las relaciones familiares / parentales. Normas de cada evento sociocultural propio como *guillatún*, *eluwvn* o *palin*.

<sup>177</sup> Íbid.pág.57

resolución de conflictos por medio de conversación para llegar a acuerdo, o el *Gvlam* que es la principal herramienta para solucionar conflictos a través de la palabra y su valor traducido en consejos de los mayores a las nuevas generaciones.

Otro caso que rescato basados en aquellos casos de interés, se refiere a los Kuna Yala, quienes tienen un sistema normativo paralelo a la justicia de Panamá, ellos son un referente en cuanto a la aplicación de justicia vindicatoria por cuanto han podido lograr muchos avances en cuanto a su autonomía, incluso en temas jurídicos - penales.

Según fallo de la Corte Suprema del año 2001 de Panamá, las comarcas Kunas tienen una organización política administrativa independiente y diferente a los distritos y corregimientos del estado de Panamá, y su avance es el mayor existente en la región en temas de autonomía, inclusive lograron que se requiera su consentimiento para actividades a desarrollar en su territorio. Para ello existe el Congreso General Kuna, que opera semestralmente en alguna de las 365 islas que les pertenecen, y que en mi trabajo de campo pude participar, específicamente en la comunidad Naranja Grande, en donde muchas personas, entre ellos empresarios del turismo, solicitaban autorización para poder operar en el mar del Caribe.

Su organización política administrativa está dada por el Congreso General Kuna, el Congreso Local, el Sahila tumadi (jefes generales), el Sahila abarniquet (autoridad de cada pueblo), los Argargana (voceros) y los Sualibedis (guardianes del orden).

Desde esa estructura las autoridades son quienes definen el avance de la comunidad, son ellos quienes implementan sus diversas estrategias que permitirán su existencia, y la existencia de su cultura, y que a pesar de no haber reconocido a la fecha el C169 son un ejemplo en cuanto a su conducción pluricultural.

Cabe destacar que en base a su autonomía también puede recurrir a las instituciones de gobierno, como las de justicia, principalmente en casos de narcotráfico y delitos sexuales, ya que a nivel local no investigan esos casos, y se entregan a los tribunales las pruebas para que prosiga la investigación defina las responsabilidades.

Por último me quiero referir al caso Boliviano, principalmente porque en temas de pluralismo siempre Bolivia ha sido un referente para Latinoamérica, principalmente por ser quienes primero reconocieron a los indígenas en su constitución, y luego la creación del Tribunal

Constitucional Plurinacional, sin embargo a través de esta investigación hemos realizado una crítica en relación a la materialización de este pluralismo en materia jurídico penal.

Claramente en la actualidad la situación boliviana es favorable para los indígenas, por cuanto tienen un presidente indígena y una constitución que los protege, sin embargo, últimamente existe una disconformidad del pueblo indígena con respecto a su estado plurinacional, ya que la actividad extractivista no cesa, generando un continuo despojo territorial, y cultural de los bolivianos<sup>178</sup>, y de acuerdo a lo expuesto por los entrevistados, se requiere algo más que el reconocimiento constitucional o los distintos convenios internacionales aprobados para su consideración.

Ya nos detuvimos en relación a la ley de deslinde jurisdiccional, y de acuerdo a lo expuesto en las entrevistas, la justicia indígena boliviana puede actuar en casos específicos, residuales, que delimita las competencias de las autoridades locales, por cuanto este reconocimiento constitucional tan esperado, opera de igual forma que en otros países, y en base a eso, la justicia indígena es marginal.

Tal como lo señala Aparicio<sup>179</sup>, *hasta que no se supere la dominación no se podrá abordar con seriedad la cuestión de los derechos indígenas*, conclusión que ha sido determinante en esta tesis por cuanto, a pesar de los avances en materia de institucionalidad, no se logra materializar la mirada pluricultural en el sistema jurídico penal debido a que se reproducen los patrones de dominación en Latinoamérica.

---

<sup>178</sup> Recientemente (25.08.16) el viceministro de Régimen Interior y Policía de Bolivia, Rodolfo Illanes, fue asesinado la tarde de este jueves a manos de los mineros cooperativistas que bloquean la carretera La Paz.

<sup>179</sup> Entrevista a Marco Aparicio Wilhelmi, realizada y editada por: Stefanía Ferdman, Antonella Spanier, Juan Marcos Cristiani, Carlos Alejandro Herrera Vacaflo y Martín Lázara. [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ratj\\_12.2\\_entrevista\\_marco\\_aparicio\\_wilhelmi.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ratj_12.2_entrevista_marco_aparicio_wilhelmi.pdf)



### **5.3 Las organizaciones internacionales como medio de refuerzo de las obligaciones del Estado en materia Indígena.**

#### **5.3.1 Los tratados internacionales vigentes más utilizados**

En la actualidad existen distintos tratados internacionales, que se basan en acuerdos entre países en el marco del reconocimiento de un derecho internacional, en donde puede tener relación con diversos instrumentos jurídicos.

Los tratados internacionales no son exclusivos de los estados, también pueden celebrarse entre estados y organizaciones internacionales, ambos enmarcados en la Convención de Viena<sup>180</sup>, y lo que buscan lograr es la protección de derechos de quienes los reclamen.

En la actualidad, los tratados internacionales vigentes más utilizados son:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigilado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigilado por el Comité de Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, vigilada por el Comité para la Eliminación de Discriminación Racial.
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, vigilada por el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, vigilada por el Comité Contra la Tortura.

---

<sup>180</sup> Los primeros están regulados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; los segundos, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

- Convención sobre los Derechos del Niño, vigilada por el Comité de los Derechos del Niño.
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. La convención entrará en vigor cuando sea ratificada por veinte estados.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vigilado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En cuanto a los tratados internacionales en que nos hemos centrado para el desarrollo de esta investigación son:

- La Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (III) de 1940.
- El Convenio núm. 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957.
- El Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989.
- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Todos ellos apuntan a generar un marco jurídico de protección a los indígenas, sin embargo, en distintos grados, existen algunos avances y claramente hay situaciones que no avanzan, por más que se considere en la jurisprudencia nacional e internacional.

Para Aparicio<sup>181</sup>, se desatacan los siguientes reconocimientos de derechos en el terreno del derecho internacional:

- Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (Septiembre 2007).
- Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas.
- Relatoría sobre Derechos Indígenas, y
- Convenio N°169 OIT.

---

<sup>181</sup> APARICIO WILHELMI, MARCO (2015) Derechos y Pueblos Indígenas: Avances Objetivos, debilidades subjetivas. En revista de Antropología Social 2015, pág 128.

Cabe destacar que la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, señala un tema de difícil materialización para los distintos estados americanos, sin duda en diferentes niveles, que es lo referido a la libre determinación:

... los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación... en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales. (Artículo 3 y 4)<sup>182</sup>

Cabe destacar que en materia jurídica se señala en el artículo N°34 lo siguiente:

*El derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, costumbres, espiritualidad, tradiciones y sistemas jurídicos.*

Rescatando estos dos artículos, vemos la existencia de un marco internacional que promueve el reconocimiento de los derechos indígenas, sin embargo, y en base a lo expuesto en la próxima cita, el tema de las voluntades de los estados por hacer efectiva esta Declaración se hace urgente:

*La aprobación de la Declaración [...] –por importante que haya sido– no cambiará por sí sola las vidas cotidianas de los hombres, las mujeres y los niños cuyos derechos defiende. Para lograrlo, necesitamos el compromiso político de los Estados, la cooperación internacional y el apoyo y la buena voluntad de la población en general, con el fin de crear y aplicar una gama de programas políticos de gran intensidad, concebidos y ejecutados en consulta con los propios pueblos indígenas.*<sup>183</sup>

### **5.3.2 El riesgo de la desaparición de las organizaciones internacionales.**

---

<sup>182</sup> [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_SP.pdf) pág. 89.

<sup>183</sup> Declaración conjunta del Alto Comisionado interino de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas (9 de agosto de 2008), disponible en [www.un.org/events/indigenous/2008/hcmessage.shtml](http://www.un.org/events/indigenous/2008/hcmessage.shtml).

Recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sesionó en Chile<sup>184</sup>, y en ella se transparentó la crisis económica por la que atraviesa.

Esta crisis económica obedece, principalmente, a la falta de recursos económicos entregados por los estados americanos debido a la posición que ha tomado la CIDH dentro de las problemáticas entre estados y comunidades indígenas.

En esta investigación revisamos casos en donde las comunidades Awas Tingni, la Sawhoyamaya, Mapuche, Kichwa, y Maya, lograron ganarle al estado su demanda, ya sea por disputas territoriales o producto de ilícitos cometidos por empresarios producto del modelo extractivista definido como política de desarrollo de los países latinoamericanos.

Los aportes de los países miembros ha ido disminuyendo, retrasado o cesados, como es el caso de Brasil, y el aporte de la OEA solo equivale al 6% de su presupuesto, mientras que el Consejo de Europa entrega el 41% de su presupuesto, por lo que la falta de recurso ha incidido en el despido del 40% de sus trabajadores, con ello la disminución de la atención de casos y de la suspensión de las visitas a terreno.

La entrega de dinero por parte de los estados ha estado enfocada en la Corte Penal Internacional, que no lleva ningún caso en Latinoamérica, mientras que la CIDH lleva más de siete mil.

El secretario ejecutivo del organismo, Emilio Álvarez, señala que en la actualidad existe una condición de precariedad, que limitaría la capacidad de respuesta que pueden tener ante las vulneraciones a los derechos humanos de la región.

Esta situación es dramática por cuanto se vislumbra un abandono de la defensa de los derechos humanos en la región, y esto es producto de que los fallos favorecen principalmente a las comunidades indígenas, impidiendo los planes de desarrollo de los estados, que están basados en dar impulso a las empresas extractivas, generando una problemática entre estado y empresarios, dupla que ha sido determinante en la anulación y desaparición de los pueblos indígenas.

---

<sup>184</sup> Sesión extraordinaria número 158, realizada en Junio del 2016 en Santiago de Chile.

Finalmente quiero señalar que este trabajo ha buscado poder entregar una visión desde la práctica antropológica sobre la relación entre identidad indígena y derecho en sociedades pluriculturales, buscamos conocer en la práctica como opera un sistema normativo paralelo al oficial, al emanado desde el estado, ya sea en forma clandestina, o autorizada, y vimos que su existencia se debe principalmente a la reproducción de las normativas internas dentro de las comunidades, en donde hay una clara definición más vindicativa, donde la concepción de reparación se nutre de la búsqueda del equilibrio social, siendo los valores compartidos la piedra angular de las relaciones sociales.

Creemos que la utilidad de esta tesis pasa por entender las problemáticas jurídico penales desde una mirada más integradora, en donde la confluencia de visiones permitirá dar respuestas concretas y pertinentes en los estados pluriculturales.

En relación a la materialización del pluralismo en materia jurídico penal, hemos visto casos aislados que van en ese sentido, sin embargo, el C169 no es plenamente cumplido a pesar de la ratificación que realizaron algunos estados<sup>185</sup>, además, mayoritariamente no existe una voluntad por parte de jueces y fiscales en aplicarlo, mostrando su incomprensión y su falta de sensibilidad en materias de derecho propio, impidiendo que la identidad indígena pueda expresarse en sociedades latinoamericanas.

---

<sup>185</sup> O Como lo señala Aparicio: 2015, 129 -130. Respecto a los Derechos indígenas, se constata su limitado alcance y la enorme brecha de implementación, esto es, la distancia entre lo predicado por la normativa internacional o constitucional, y lo efectivamente desarrollado por la legislación ordinaria, el desarrollo reglamentario, la actividad judicial, la ejecución de las resoluciones, etc.



## **VI PARTE**

## **ANEXOS**

1.- Ratificación de C169 en LA.

<b>PAIS</b>	<b>FECHA</b>	<b>ESTADO</b>
México	05-09-1990	En vigor
Colombia	07-08-1991	En vigor
Bolivia, Estado Plurinacional de	11-12-1991	En vigor
Costa Rica	02-04-1993	En vigor
Paraguay	10-08-1993	En vigor
Perú	02-02-1994	En vigor
Honduras	28-03-1995	En vigor
Guatemala	05-06-1996	En vigor
Ecuador	15-05-1998	En vigor
Argentina	03-07-2000	En vigor
Venezuela, República Bolivariana de	22-05-2002	En vigor
Dominica	25-06-2002	En vigor
Brasil	25-07-2002	En vigor
Chile	15-09-2008	En vigor
Nicaragua	25-08-2010	En vigor



## **2.- Casos en que se ha recurrido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

### **Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre pueblos indígenas y tribales**

#### **Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones**

- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.
- Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.
- Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.
- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones
- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185.
- Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.
- Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.
- Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11.
- Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66.
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

#### 4. CÓDIGOS ENTREVISTAS

(BMG)	BENITO MORALES-GUATEMALA
(RCG)	RICARDO CAJAS MEJÍAS-GUATEMALA
(LR-BAM)	LUCAS REYES CASTELLONI / SR. BULMARO ACUÑA. CHIAPAS MÉXICO
(ATM)	ADRIANA TERVEN MÉXICO
(DMCR)	DANIEL MELKA. COSTA RICA
(DIM)	DIEGO ITURRALDE. MÉXICO
(HLP)	HERACLIO LÓPEZ. PANAMÁ
(MVCL)	MIRNA VILLEGAS. CHILE
(AVP)	ARESIO VALIENTE LÓPEZ. PANAMÁ.
(MGP)	MANOLO GARCÍA. OIT ANDINA. PERÚ
(HAP)	HILARIO ÁLVAREZ. COMARCA KUNA YALA. PANAMÁ.
(FGE)	FERNANDO GARCÍA. ECUADOR
(MFB)	MARCELO FERNÁNDEZ. BOLIVIA
(AMCL)	ANDREA MAMANI CHILE
(AACL)	ALEJANDRA ARAYA CHILE
(CCCL)	CARLOS CABEZAS CHILE
(MRCL)	MANUELA ROLLO CHILE
(SVB)	SANDRO VIZA MAMANI BOLIVIA, ORURO
(LVCL)	LEONARDO VILCHES MAMANI CHILENA, COLCHANE
(JCCL)	JACINTO CHOQUE MAMANI CHILENA, COLCHANE
(J VCL)	JAVIER VILCHES CHALLAPA CHILENO/ CAMIÑA
(BSCL)	BERNARDO SAAVEDRA CHILA CHILENO/ ISLUGA
(LCPE)	LUIS CALAGUA PERUANO/ LIMA
(RCCL)	REINALDO COPA CARLOS CHILENO, HUARA
(AGB)	ANTOLIN GERONIMO LARAMA BOLIVIA, ORURO
(PCCL)	PEDRO CRUZ BUENO CHILENO / POZO ALMONTE.
(HLCL)	HERMAN MAMANI LOPEZ CHILENA, ALTO HOSPICIO



## **7 BIBLIOGRAFIA**

**ADAMS, R.** (1991). The role of energy in the surgence of ethnicity, en: Cultural Dinamics, vol. IV, Leiden.

**AGUILA R.** (2001). Los derechos humanos y algunos de sus problemas en el mundo de hoy. En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p 17-38.

**AGUILAR, O.** (2012). Análisis jurídico entre las relaciones del sistema de derecho oficial e indígena en el centro de administración de justicia -CAJ- del municipio de Santa Eulalia, departamento de Huehuetenango” (Tesis Pregrado). Huehuetenango. Universidad Rafael Landivar.

**ALEXY, R.** (1997). El concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos. Colección Estudios Alemanes. Gedisa editorial. Barcelona. España.

**ALMEIDA, I., ARROBO, N. y OJEDA, L.** (2005). Autonomía Indígena frente al estado nación y a la globalización neoliberal. Ediciones ABYA –YALA. Quito Ecuador.

**ALVAREZ, R.** (2014). El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011. Universidad Santo Tomás, sede Temuco. Chile.

**ANAYA, J.** (2006): Los Derechos de los Pueblos Indígenas. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Mikel Berraondo (coord.). Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao.

**APARICIO, M.** (2002). Los pueblos indígenas y el estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina. Cedecs.

**APARICIO, M.** (2005). Los pueblos indígenas y la formación del estado-nación en América Latina. Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derecho y pluralismo: 323-340.

**APARICIO, M.** (2006). Breve aproximación al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos autóctonos en Canadá. Derechos y Libertades en Canadá. 227-250.

**APARICIO, M.** (2008). Los derechos políticos de los pueblos indígenas en la declaración de Naciones Unidas. En Berraondo M, coordinador. La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Punto y seguido. Barcelona. Alternativa Intercambio con Pueblos Indígenas. 79-95.

**APARICIO, M.** (ed.), (2011). Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Icaria. Barcelona.

**APARICIO, M.** (ed.), (2011). Contracorrientes. Apuntes sobre igualdad, diferencia y derechos. Documenta Universitaria.

**APARICIO, M.** (2015) Derechos y Pueblos Indígenas: Avances objetivos, debilidades subjetivas. En Revista de Antropología Social. Madrid.

**ARIAS, F. (2006).** Proyecto de investigación: introducción a la metodología científica (5° ed.). Caracas: Espítome.

**ARIZA, R.** (2010). Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. Costa Rica.

**ARNAUD, A.** (2006): Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis. Editorial: Boletín Oficial del Estado ISBN: 9788434016644 ...[www.intercodex.com/sistemas-juridicos-elementos-para-un-analisis-sociologico\\_I9788434016644.html](http://www.intercodex.com/sistemas-juridicos-elementos-para-un-analisis-sociologico_I9788434016644.html)

**ASSIES, W., VAN DER HAAR, G. Y HOEKEMA A.** (1999) Los pueblos indígenas y la reforma del estado en América Latina en El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina, publicado por El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich.

**AUBERT, V.** (1969). citado por Krotz, p. 25 en Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho, México, Anthropos – UAM.

**AYLWIN, J., CARMONA, C., MEZA, M., SILVA, H y YAÑEZ, N.**(2009). Las implicancia de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Editorial Cono Sur. Observatorio Ciudadano.

**BECKER, M.** (1999). Comunas and indigenous protest in Cayambe, Ecuador. The Americas. Vol.55:(4); 531-559.

**BELLO, A.** (2004): Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas. Publicación de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, noviembre de 2004, Santiago de Chile

**BOBBIO, N.** (1994), "Liberalismo y Democracia". Fondo de Cultura Económica. México

**BORJA, E.** (2009). Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos. Nuevo foro penal. Vol. 73; 11-46. Valencia .España.

**BORJA, E.** (2006). Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho. Tirant Monografías 419.Valencia .España.

**BORJA, E.** (2006) "Sobre la existencia y principios básicos del Sistema Penal Indígena". Tiran Monografías 419. Valencia .España.

**BULLEN M, y EGIDO J.** (2004). Derechos universales o especificidad cultural: una perspectiva antropológica, Tristes Espectáculos: Las Mujeres y los Alardes de Irun y Hondarribia. Universidad del País Vasco.

**BURGER, J. y CASTRO, D.** (2006): Pueblos indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de protección, agencias e instancias. En Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Mikel Berraondo (coord.). Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao

**BURGOS, E.** (2008) Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver. Revista Derecho del Estado Nº 21, diciembre. Chile, 2008, pp. 95-108.

**CALVERO, B.** (1994) Derecho indígena y cultura constitucional en América. Siglo XXI Editores. Madrid. España

**CARMARK, R.** (2001). Perspectivas sobre la política de los derechos humanos en Guatemala. En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p 39-54.

**CASAUS, M.** (2001) La renegociación de las identidades étnicas a raíz de los acuerdos de paz en Guatemala. En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p 209-244.

**CDI (2012).** Historia del Instituto Indigenista Interamericano 1940-2002. Disponible en: [http://www.cdi.gob.mx/difusion/19abril/historia\\_interamericano.pdf](http://www.cdi.gob.mx/difusion/19abril/historia_interamericano.pdf)



**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS** (2012). Estudio acceso a la justicia en el sistema interamericano de derechos humanos: transparencia y representación legal. Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile.

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS** (2014). Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. Universidad de Chile.

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS PRODH.** (2012). Imprisoned by discrimination. The arbitrary detention and conviction of innocent indigenous people in México”. Disponible en: <http://www.centroprodh.org.mx>

**CHAPMAN, A.** (1989). El fin de un Mundo. Los Selknam de Tierra del Fuego. Vázquez Mazzini Editores. Buenos Aires.

**CHENAUT, V. y SIERRA, M.T** (1995) Pueblos Indígenas ante el Derecho. CIESAS; CEMCA, México.

**CHENAUT, V.,** (1990) Costumbre y Resistencia étnica: Modalidades entre los Totonaca. En *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, compilado por Stavenhagen e Iturralde. III-IIDH, México.

**CHIRIBOGA, O. y DONOSO, G.** (2014). Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones. Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>.

**CIESAS** (2010). Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México. Editorial IWGIA.

**COLEGIO DE ANTROPÓLOGOS DE CHILE** (1999). Informe solicitado por la Defensoría Mapuche de la Defensoría Penal Pública IX Región, para el proceso en contra de los Lonko Pascual Pichun y Aniceto Norín, elaborado en conjunto con Luis Campos, y que tiene como antecedente principal el “Informe colegiado de difusión pública: comunidad Temulemu”. Defensoría Penal Pública.

**COMG** (2009). Balance General. 10 años de la vigencia y aplicación del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Guatemala. Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. (2014). Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>

**COUTINHO, C.** (1990): Notas sobre Pluralismo. Texto inédito citado en WOLKMER, A.C., (2003), Pluralismo Jurídico: Novo Paradigma De Legitimação. <http://www.mundojuridico.adv.br>

**CROSSMAN R.** (1974): Biografía del Estado Moderno. Fondo de Cultura Económica. Colección Popular. México. 1974 Tercera edición en español. (Primera edición en inglés 1939).

**D´ABBRACCIO, G.** (2002) Conflictos de la alteridad en una Sociedad multicultural. (La supervivencia y el diálogo de las diferencias). Revista Aportes Andinos. Abril 2002 <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/guillermomodabbraccio.htm>

**DE HOYOS, E.** (2010). Bajo la sombra del guamúchil: Historias de vida de mujeres indígenas y campesinas en prisión.

**DÍAZ E. Y ANTÚNEZ, A.** (2016): "El Conflicto de Competencia en la Justicia Indígena del Ecuador", Revista Caribeña De Ciencias Sociales. Ecuador.

**DPP.** (2010). "El convenio 169 de la OIT y la defensa penal de indígenas". Defensoría Penal. Defensorías regionales minuta regional. Disponible en: <http://www.dpp.cl/>.

**DUQUELSKY, D.** (1998): "Yo, Ovidio González Wasorna, y el mito de la protección constitucional del derecho indígena. Introducción al fenómeno del pluralismo jurídico". [http://www.aafd.org.ar/filosofia/documentos/16\\_Duquelsky%20Gomez.DOC](http://www.aafd.org.ar/filosofia/documentos/16_Duquelsky%20Gomez.DOC)

**EHRlich, E.** (2005) Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.

**EKERN, S.** (2001). ¿Destruyen los Derechos Humanos el Equilibrio Natural de las Cosas? En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Política, representaciones y moralidad. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; 161-180.

**ENGLE, S.** (2004). Una clasificación de la Justicia Popular. EL OTRO DERECHO. Bogotá.

**ESCALANTE, Y.** (2004). Pluralismo jurídico o asimilacionismo legalizado, ponencia presentada en el IV Congreso de la Red Latinoamericana de Pluralismo Jurídico (RELAJU), Quito, Ecuador.

**ESPARZA, M. (2007).** En Las Manos Del Ejército: Violencia Y Posguerra En Guatemala. Análisis Político vol.20 no.59 Bogotá. Colombia.

**ESPARZA, M., HUTTENBACH, H. Y FEIERSTEIN, D. (2011)** State Violence and Genocide in Latin America. The Cold War Years. Critical Terrorism Studies. Routledge; Reprint edition. United Kingdom.

**FISCHER, E.** (2001).Derechos Humanos y el Relativismo Cultural: la Ética Antropológica en el Área Maya. En: Pitarch P, López J.Derechos Humanos en Tierras Mayas. Política, representaciones y moralidad. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; 291-310.

**FOUCAULT, M.** (1978) La verdad y las formas jurídicas. Gedisa editorial. Argentina.

**FUNDAÇÃO BOITEUX** (2012). Novas Perspectivas para Antropologia Jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial. En: Colecao o Pensando o Direito No Seculo XXI. Luzia T, Silveira E (coordinadoras). Florianópolis.

**GACETA OFICIAL DE BOLIVIA** (2010). Ley nº 073 ley de 29 de diciembre de 2010. Evo Morales Ayma. Presidente constitucional del estado plurinacional de Bolivia. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20150908\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20150908_03.pdf)

**GARCÍA, P. y SURRALLÉS, A.** (2009). Antropología de un Derecho, Libre Determinación Territorial de los Pueblos Indígenas como Derecho Humano. Copenhague. Editorial IWGIA.

**GARCÍA, F.** (2002). Formas indígenas de administrar justicia Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana. FLACSO. Ecuador.

**GIDDENS, A.** (1995), La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración, Buenos Aires, Amorrortu.

**GUEVARA, T.** (1922). Historia de la Justicia Araucana. Universo. Santiago de Chile.

**GURVITCH, G.** (2001): Elementos de la Sociología Jurídica. Estudio preliminar “Pluralismo Jurídico y Derecho Social. La Sociología del Derecho de Gurvitch”, por José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares, S.L. Granada. España.

**GUTIÉRREZ, E.** (2003). Los mecanismos del poder en la violencia colectiva: Los linchamientos en Huehuetenango. Los linchamientos ¿barbarie o justicia popular? Ciudad de Guatemala.: 175-210.

**GUTIÉRREZ, L.** (1992). Catálogo de documentos de la serie Visitas de Hechicerías e Idolatrías del Archivo arzobispal de Lima. Catolicismo y extirpación de idolatrías, siglos XVI-XVIII, Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos “Bartolomé de Las Casas”. 105-136.

**HABERMAS, J.** (2001): Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la Acción y Racionalización Social. Editorial Taurus. España

**HAUGHNEY, D.** (2012). Standing Up to the State: Neoliberal Multiculturalism in Chile and the Mapuche Movement in Conflicts over Development and the Environment. En: Congress of the Latin American Studies Association, San Francisco.

**HELER, M.** (2007) Jürgen Habermas y el proyecto moderno: Cuestiones de la perspectiva universalista Filosofía. Editorial Biblos. Buenos Aires. Argentina

**HOEKEMA, A.** (1985). “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en América Indígena vol. LVIII n. 1-2, ene.-jun. 1998, 261-300. México.<http://www.revistacronopio.com/?tag=inquisicion-y-extirpacion-en-el-arzobispado-de-lima>.

**HURTADO, J.** (1995). Impunidad de Personas con Patronos Culturales Distintos. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Perú. Vol.49; 157-167

**IACHR** (2008). Audiencia sobre la Problemática que presenta la impartición de justicia penal a personas indígenas en el estado de Oaxaca, México. Interamerican Commission in

Human Rights. [http://www.alfonsozambrano.com/justicia\\_indigena/07062015/ji-audiencia\\_oaxaca.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/justicia_indigena/07062015/ji-audiencia_oaxaca.pdf).

**IDPP INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL** (2008). Guía de peritajes culturales, Guatemala.

**IIDH.** (2007). Resoluciones sobre pueblos indígenas 2000-2006. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en: [www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr). Costa Rica

**INDH** (2003). Derechos Humanos de los Indígenas. Informe anual sobre derechos humanos en Chile.

**ITURRALDE, D.**, 1990, «Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la Ley». En *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, compilado por Stavenhagen e Iturralde. III-IIDH, México.

**IZQUIERDO, A.** (1981). El delito y su castigo en la sociedad Maya. Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1980. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 57-68.

**JARAMILLO, E.** (2011). Los indígenas colombianos y el estado. Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad. IWGIA. Colombia.

**JIMÉNEZ, F.** (2006) "El proceso penal de los pueblos indígenas de Latinoamérica: una visión desde Europa", en Borja Jiménez, E. (coord.). *Diversidad Cultural: Conflicto y Derecho*. Tiran Monografías 419. Valencia.

**KOVIC, C.** (2001). Para tener vida en abundancia: visiones de los derechos humanos en una comunidad católica indígena. En: Pitarch P, López J. *Los Derechos Humanos en Tierras Mayas*. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p 273-290.

**KROTZ, E.** (1991) "Viaje, trabajo de campo y conocimiento antropológico" *Alteridades*, Págs. 50-57.

**KROTZ, E.** (1994) *Alteridad y pregunta antropológica*. *Alteridades* 4 (8): Pags. 5 -11.

**KROTZ, E.** (1995) *Ordenes jurídicos, Antropología del Derecho, Utopía. Elementos para el Estudio Antropológico de lo jurídico*. En *Pueblos Indígenas ante el Derecho*. **CHENAUT, V. y SIERRA, M.T** (Coord.) (1995) *Pueblos Indigenes ante el Derecho*. CIESAS; CEMCA, México.

**KROTZ, E.** (ed.) (2002). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, México, Anthropos – UAM. Barcelona.

**KUPPÉ, R. y POTZ, R.** (2009) *Antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro*. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/>.

**KYMLICKA, W.**(1995). *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Clarendon Press, Oxford.

**LA ROSA, J.** (2007). *Acceso la justicia en el mundo rural*. Instituto de Defensa Legal. Lima. Justicia Indígena. Disponible en: <http://www.territorioindigenaygobernanza.com/justiciaindigena.html>

**LARIGUET, G.** (2008). *Dilemas y conflictos trágicos. Una Investigación conceptual*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Temis. Bogotá. Colombia.

**LETELIER, V.** (1995). *Teoría general de la génesis y desarrollo del derecho*. Santiago. Chile

**LEYVA, X, y PEED S.** (2001). Los derechos humanos en Chiapas: del «discurso globalizado» a la «gramática moral» En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p 83-102.

**LIZCANO F., RIPA, L, Y SALUM, E.** (2009). Democracia y Derechos Humanos Desafíos para la Emancipación. Universidad Autónoma del Estado de México.

**LOPEZ, J.** (2001). Aquí es otro modo. Los Chor'í y la capacitación en Derechos Humanos. En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas: Política, representaciones y moralidad. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p181-208.

**LOPEZ, J.L.** (2007) El derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas en Bolivia. Latinas editores. Oruro Bolivia

**LOPEZ, O.** (2000). Todos Santos Cuchumatán y el Linchamiento de los Turistas. Estudios Sociales. Edición. Lugar de Publicación. Colección IDIES. Vol 63; 29-46.

**LOPEZ, V.** (2006). Reseña de "Los Derechos Humanos en tierras mayas. Política, representaciones y moralidad" .Pitarch P, López J(eds.) Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos: 4(1); 179-181.

**LUZIA, T.** (2006). Trajetória do reconhecimento dos povos indígenas do brasil no âmbito nacional e internacional. En: Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI em Manaus [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado\\_dir\\_povos\\_thais\\_uzia\\_colaco.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_thais_uzia_colaco.pdf)

**LLAITUL, H.** (2012). Weichan. Conversaciones con un weychafe en la prisión política. Colecciones ensayo. Ceibo ediciones. Chile.



**MAFI, J.** (2006), Condiciones de posibilidad de un modelo plural jurídico para la Argentina.  
<http://www.indigenas.bioetica.org/inves35.htm>

**MAGLIE, C.** (2012) Los delitos culturalmente motivados Ideologías y modelos penales  
Traducción e introducción de Víctor Manuel Macías Caro Marcial Pons MADRID

**MARTÍNEZ, F. TIDBALL-BINZ M, YRIGOYEN R.** (2001). Informe centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia. Bogotá.

**MELIN, M., COLIQUEO, P., CURIHINCA, E. y ROYO, M.** (2016) AZMAPU. Una aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Rakizum y el Derecho Propio.INDH. Chile.

**MELLA, E.** (2007). Los Mapuche ante la Justicia. La criminalización de la protesta indígena en Chile. LOM Ediciones. Observatorio de Derechos de los Pueblos indígenas. Chile.

**MEMBREÑO, M.** (1994) La estructura de las Comunidades Étnicas. Itinerario de una investigación teórica desde Nicaragua. Editorial ENVIO. Managua. Nicaragua.

**MENDOZA, C.** (2003). Violencia colectiva en Guatemala: una aproximación teórica al problema de los linchamientos. Mendoza C, Torres-Rivas E, Coordinadores. Los linchamientos ¿barbarie o justicia popular? Ciudad de Guatemala. 89-123.

**METZ, B.** (2001). Investigación colaborativa de un "gringo" en el movimiento maya-ch'orti' En: Pitarch P, López J.Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Política, representaciones y moralidad. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas;.p 311-340.

**MIKKELSEN, C.** (Ed.) (2005). El Mundo Indígena 2015. Copenhague. Editorial IWGIA.

**MONTERO, C.** (2005). Procesos de Segmentación Penitenciaria y Poblaciones Penales Especiales: El Caso de los Internos Aymaras en la I Región. Revista de Estudios Criminológicos. Gendarmería de Chile.

**MORALES, R.** (2004) “El peritaje antropológico: tensión teórica y práctica de la normativa jurídica vigente”. Ponencia presentada en el Simposio: Pueblos indígenas y Reformas procesales penales. Una mirada desde la Antropología, V Congreso Chileno de Antropología “Antropología en Chile: Balances y Perspectivas”. San Felipe. Chile.

**MUJICA, J.** (2007). Castigo y justicia en espacios locales. Un ensayo sobre la justicia popular en el Perú. E-misférica. Disponible en: <http://hemi.nyu.edu>.

**OIT** (2009). Aplicación del Convenio N° 169 OIT por Tribunales nacionales e Internacionales en América Latina. Una recopilación de casos.

**OLEA, H.** (2013). Derecho y Pueblo Indígena. Aportes para la discusión. Centro de Derechos Humanos. UDP: Chile.

**ONU** (2008). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Disponible en: <http://www.un.org/>

**NASH, C., NÚÑEZ, C., BUSTAMANTE, M.** (2014). Derechos Humanos y pueblos indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT. [http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/otros/Manual\\_DDHH\\_Convenio\\_169.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/otros/Manual_DDHH_Convenio_169.pdf)

**NASH, C.** (2014). Los Derechos Humanos de los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*.

*Tendencias internacionales y contexto chileno*, J. Aylwin (editor), Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco – Chile, 2004, pp. 29-43.

**ONU.** (2007). Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Foro permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas.

**OROBITG , G.** (2014), La fotografía en el trabajo de campo: Palabra e imagen en la investigación etnográfica. Quaderns-e. institut Catalá d'Antropologia. Número 19 (1) Any 2014 pp. 3-20

**ORTEGA, J.** (2002), El Multiculturalismo y la Posmodernidad. <http://www.etniasdecolombia.org>.

**PACARI, N.** (2004) El auge de las identidades como respuesta social. En Castro- Lučić, M., (Editora), 2004, Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho. Programa Internacional de Interculturalidad. Universidad de Chile. LOM Ediciones. Santiago de Chile.

**PEREZ, C.** (2010). Justicia Indígena. Confederación de nacionalidades Indígenas del Ecuador. CONAIE. Universidad de Cuenca. Cuenca. Ecuador

**PEREZ DE LA FUENTE, O.** (2012) Delitos Culturalmente Motivados. Diversidad Cultural, Derecho e Inmigración Source: European Journal of Legal Studies, Volume Issue . , Volume 5, Issue 1 (Spring/Summer 2012), p. 65-95 <http://www.ejls.eu/10/126ES.htm>

**PÉREZ-GUERRA, A.** (2006). Comunidades Aymaras y Empresas Mineras, la destrucción del Altiplano. Azkintuwe.

**PITARCH, P.** (2001). El laberinto de la traducción: la Declaración Universal de los Derechos Humanos en Tzeltal. En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Política, representaciones y moralidad. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; P 127-160.

**PLANT, R.**(1998), Issues in Indigenous Poverty and Development, Draft for Limited Distribution and Comments. [http://www.cepal.org/publicaciones/DesarrolloSocial/8/LCL2518PE/sps118\\_lcl2518.pdf](http://www.cepal.org/publicaciones/DesarrolloSocial/8/LCL2518PE/sps118_lcl2518.pdf)

**POOLE, D.** (2006). Los usos de la costumbre hacia una antropología jurídica del estado neoliberal. Alteridades. Universidad Autónoma Metropolitana.16(31); 9-21.

**POP BOL A.** (2001). Huérfanos en derechos: el caso de Rax Cucul. En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Política, representaciones y moralidad. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p 245-272.

**PORTUGAL, A.** (2015). Inquisición y extirpación en el arzobispado de lima. Cronopio julio 3, 2015 Edición 61 Cronopio, Sociedad Cronopio

**PRIETO, L.** (2008).De jueces a reos: la represión de los jueces populares en Málaga. Encarna M, Marín N, Martínez CG, coordinadores. Ayeres en discusión: temas clave de Historia Contemporánea hoy. pág. 110.

**RAMIREZ, S.** (2003): Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena. [www.derechosindigenas.com](http://www.derechosindigenas.com).

**RAMIREZ, S.** (2000). Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario. Revista Pena y Estado: Pueblos Indígenas y Derecho Penal. Buenos Aires.

**RAMIREZ, S.** (2004). Diversidad y Derechos Humanos -Un Desafío para la Administración de Justicia Penal. Revista Aportes Andinos.

**RAMIS, R.** (2010). La justicia Vindictoria y el Status de la Antropología Jurídica. Revista de Estudios Históricos – Jurídicos XXXII, Valparaíso, Chile pp.515-529.

**ROSSEL, P.** (2008) Crimen y costumbre en la sociedad Mapuche contemporánea: la perspectiva pericial. Revista Estudios Periciales N° 3, noviembre de 2008. Santiago de Chile.

**ROYO, M.** (2015). Derecho Penal e Interculturalidad como manifestación del principio de igualdad. Política criminal Vol. 10 N° 19 (julio 2015), Art.12, pp. 362-389.

**RUZ, M.** (2001). Propietarias, albaceas, herederas o despojadas. Mujeres en la memoria mortual del mundo Maya. En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p 341-370.

**SALLY, V.** (2005) "Human Rights Law and the Demonization of Culture", en POLAR: Political and Anthropological Rev. 26 (1), 5577. En Sierra, María Teresa: Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad. Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos 41. Edición Especial sobre Pueblos Indígenas. Enero-junio 2005 287-312

**SANCHEZ, A.** (1991). Amancebados, Hechiceros y Rebeldes (Chancay, siglo XVIII). Centro de Estudios Regionales Andinos "Bartolomé de las Casas".

**SANCHEZ, E.** (1998) "Melicio Cayapu Dagua está preso mi sargento. Estado de normas estado de rupturas". Antropología Jurídica en Colombia Normas Formales Costumbres legales. (Compilación editora).1992. y "Construcciones epistemológicas para el

conocimiento de sistemas de derecho propio". América Indígena Vol. LVIII números 1 y 2. Instituto Nacional Indigenista México D.F.

**SANCHEZ, E.** (1998) Justicia y pueblos indígenas en Colombia, Universidad Nacional de Colombia y UNIJUS, Bogotá, Colombia.

**SANCHEZ, E.** (2010). El peritaje antropológico Justicia en la clave cultural. Bogotá. Colombia

**SIEDER R, y WITCHELL J.** (2001). Impulsando las demandas indígenas a través de la ley: reflexiones sobre el proceso de paz en Guatemala. En: Pitarch P, López J. Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Política, representaciones y moralidad. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p55-82.

**SIERRA M. T.** (2005) Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos 41. Edición Especial sobre Pueblos Indígenas. 287-312 pp Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad. México.

**SKEWES, J.** (1999). La muerte de la bruja, la supervivencia de un pueblo y el pluralismo legal. AUSTERRA, Revista Chilena de Antropología Social 1(1):91-93.

**SNODGRASS, A.** (2002). Lynchings and the Democratization of Terror in Postwar Guatemala: Implications for Human Rights. Human Rights Quarterly. 24; 640–661.

**SANTOS, B.** (2002): "Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación". Fondo de Cultura Económica. México.

**SANTOS, B.** (2012) "Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia Indígena, plurinacionalidad e Interculturalidad", en: De Sousa Santos, Boaventura; Grijalva Jiménez,

Agustín. (Eds.), Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador, Quito: Fundación Rosa Luxemburg / Abya Yala.

**STAVENHAGEN, R.** (2001).Derechos humanos y derechos culturales de los pueblos indígenas. En: Pitarch, P, López J.Derechos Humanos en Tierras Mayas. Política, representaciones y moralidad. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p 373-390.

**STAVENHAGEN, R.** (2004) Pueblos Indígenas: Entre Clase y Nación. En Castro- Lučić, M., (Editora), 2004, Los Desafíos de la Interculturalidad: Identidad, Política y Derecho. Programa Internacional de Interculturalidad. Universidad de Chile. LOM Ediciones. Santiago de Chile. P. 30.

**STAVENHAGEN, R.** (2006) Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. En Mikel Berraondo (Coord.) Pueblos indígenas y derechos humanos. Instituto de Derechos Humanos. Serie Derechos Humanos, vol. 14. Universidad de Deusto. Bilbao

**STAVENHAGEN, R. Y ITURRALDE, D.** (1990) "Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho consuetudinario indígena en América latina. IIDH. México.

**STAVENHAGEN, R.,** (2001): La cuestión étnica, México, D.F., El Colegio de México.

**STOLL, D.** (2001).Derechos humanos, conflicto de tierras y memorias de la violencia en el país Ixil del norte del Quiché. En: Pitarch P, López J.Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Política, representaciones y moralidad. Madrid: Sociedad Española de Estudios Mayas; p103-123.

**TERRADAS, I.** (2008) Justicia Vindicatoria. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid.

**TERRADAS, I.** (2012) Qué es la Justicia Vindicatoria?. Definición y características fundamentales. Asociación Recerques, Historia, Economía, Cultura ISSN 0210-380X. Recerques 64 (2012) 13-30.

**TRONCOSO, X.** (2003).El retrato sospechoso. Bello, Lastarria y nuestra ambigua relación con los mapuche. Atenea 488: 153-176.

**VALENZUELA, M.** (2003) "Derechos de los Pueblos Indígenas en el contexto Internacional, especialmente en lo relativo a aspectos penales". Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. Mayo 2003. P.9.Santiago. Chile.

**VAN COTT, D.** (2000)." Latin America: Constitutional Reform and Ethnic Right", en Parliamentary Affairs, vol.53, issue 1 (Enero). Oxford: Oxford University Press.

**VILAS, C.** (2001). (In) justicia por mano propia: linchamientos en el México contemporáneo. Revista Mexicana de Sociología. 131-160.

**VILLEGAS, M.** (2014) "Sistemas Sancionatorios Indígenas y Derecho Penal. ¿Subsiste el Az Mapu?. Política Criminal. Vol. 9, N° 17 (jul, 2014).

**VINOGRADOFF, P.** (1913): Common Sense Law. Londres.  
[Http://archive.org/stream/commonsenseinlaw00vino#page/26/mode/2up](http://archive.org/stream/commonsenseinlaw00vino#page/26/mode/2up)

**WALSH, C.** (2002) Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 4, No. 36, marzo del 2002. <http://icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html>

**WOLKMER, A.C.** (2003), Pluralismo Jurídico: Novo paradigma de legitimação. <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto302>



**YRIGOYEN, R.** (2009). A los 20 años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de la implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Pag.3  
<https://docs.google.com/document/d/1b8ECtN0STDVYrvgLnM0nSNROIU3DzGg7uEhA8ieQprE/edit?pli=1>

**YRIGOYEN, R.** (1999). Pautas de Coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala.

**ZUÑIGA N.** (2006). Conflictos por recursos naturales y pueblos indígenas. Pensamiento Propio. N° 22, julio-diciembre de. 2006.

## Documentos Digitales

<http://www.ciesas.edu.mx/>

<http://relaju.alertanet.org/>

<https://www.flacso.org.ec/>

<http://www.ilanud.or.cr/>

<http://www.ilo.org/americas/oficinas-en-la-region/lang--es/index.htm>

[http://www.defensoria.org.co/obss.php?\\_a=9&\\_b=645](http://www.defensoria.org.co/obss.php?_a=9&_b=645).

<http://www.oitchile.cl/pdf/Convenio%20169.pdf>

<http://www.buenastareas.com/ensayos/Primer-Congreso-Indigenista-Interamericano-1940-Patzcuaro/3331886.html>

[http://www.cdi.gob.mx/difusion/19abril/historia\\_interamericano.pdf](http://www.cdi.gob.mx/difusion/19abril/historia_interamericano.pdf)

<http://memoriapoliticademexico.org/Textos/6Revolucion/1940PCM.html>

<http://spanish.peopledaily.com.cn/31617/7793699.html>

[http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration\\_faqs.pdf](http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf)

<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>

[http://www.noticiasbolivianas.com/redir\\_bolivia.php?id=1921315](http://www.noticiasbolivianas.com/redir_bolivia.php?id=1921315)

<http://meuquaderno.wordpress.com/2007/12/09/corte-de-pelo>

[http://www.mundogor.com/Amos\\_y\\_kajiras/castigos.htm](http://www.mundogor.com/Amos_y_kajiras/castigos.htm)

[http://www.archivochile.com/Chile\\_actual/02\\_pueb\\_orig/chact\\_po0003.pdf](http://www.archivochile.com/Chile_actual/02_pueb_orig/chact_po0003.pdf)

<http://aespo-arica.blogspot.com/2007/10/aymaras-versus-minera-trasnacional.html>

<http://www.24horas.cl/nacional/el-camino-de-retorno-a-casa-258476>

<http://www.24horas.cl/nacional/comienza-el-traslado-de-reos-peruanos-indultados-255557>

<http://www.24horas.cl/regiones/antofagasta/26-reclusos-bolivianos-regresan-a-su-pais-279326>

<http://www.24horas.cl/nacional/autoridades-organizan-traslado-de-extranjeros-indultados-229208>

<http://www.24horas.cl/nacional/preparan-traslado-de-reos-mas-importante-de-la-historia-221616>

<http://www.biobiochile.cl/2012/05/19/rechazan-beneficio-dominical-de-presos-mapuche-por-negarse-a-examen-de-adn-contrario-a-su-cultura.shtml>

[http://www.cooperativa.cl/prontus\\_media/site/edic/base/port/videos.html?ts=20120517205325](http://www.cooperativa.cl/prontus_media/site/edic/base/port/videos.html?ts=20120517205325)

<https://www.youtube.com/watch?v=d1U4nXeKoUs>

[http://descargas.idpp.gob.gt/Data\\_descargas/documentos/INTERIORESGUIAPERITRAJESCULTURALES.pdf](http://descargas.idpp.gob.gt/Data_descargas/documentos/INTERIORESGUIAPERITRAJESCULTURALES.pdf)

<http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=28472&idVersion=1984>

<https://www.youtube.com/watch?v=51wltf79ABs>

[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ratj\\_12.2\\_entrevista\\_marco\\_aparicio\\_wilhelmi.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ratj_12.2_entrevista_marco_aparicio_wilhelmi.pdf)

<http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/07/justicia-indigena.html>

## GLOSARIO

ACT/EMP	Oficina de Actividades para los Empleadores de la OIT
ADI	Área de Desarrollo Indígena
	Asociación de Empresas Generadoras de Energías Renovables
AGER	
AI	Asociación Indígena
CA	Corte de Apelaciones
CI	Comunidad Indígena
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, Chile
CONAI	Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, Costa Rica
CS	Corte Suprema
DIA	Declaración de Impacto Ambiental
DS	Decreto Supremo
DCP	Dirección Consulta Previa - Colombia
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos
MDS	Ministerio de Desarrollo Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PI	Pueblos Indígenas
DDHH	Derechos Humanos
DDHHPI	Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas
LA	Latino América
OEA	Organización de Estados Americanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

## Sanciones No Corporales y Sanciones Corporales

Sanciones			
No Corporales	Leves	Diálogo, Consejo, Orientaciones, Plática, Actas comunitaria.	
	Medias	Ridiculización, Multa, Trabajos en beneficio a la comunidad,	
	Graves	Expulsión / Destierro	
Corporales	Leves	Cortes de pelo, Plantón / Cepo	
	Medias	Abofeteo, Azotes / Fustigación, Escupos, Ortigazos y Baños de aguas fría, Caminar con carga	
	Graves	Linchamientos, Apedreamientos, Lapidación, Quemados vivos, Sepultados vivos, Cortes de mano, Secuestro Temporal	

Fuente: Elaboración Propia.



## 8 IMÁGENES TRABAJO DE CAMPO

Las fotografías que presento corresponden a los distintos países, localidades, que conocí en el desarrollo del trabajo de campo, durante los años 2009 y 2016.

El siguiente cuadro detalla este camino, y selecciono una muestra de las fotografías que pude tomar, con dos cámaras, una Olymups SP k560, y también de la cámara de mi teléfono móvil.

**Celebración de Año Nuevo Indígena en Cárcel de Alto Hospicio, Región de Tarapacá, Chile.<sup>186</sup>**

---

<sup>186</sup> Esta cárcel es una de las cinco en las que trabajé como sociólogo en Chile. Son macrocárceles con poblaci



**CARCEL DE ALTO HOSPICIO , CHILE.**

















Fotografías Nicaragua, Honduras,























FOTOGRAFÍAS DE BOLIVIA





FOTOGRAFÍAS PANAMA























FOTOGRAFÍAS COSTA RICA



FOTOGRAFÍAS GUATEMALA















FOTOGRAFÍAS BRASII























Fotografías Chile







