EPISTEMOLOGÍA DEL DISCURSO CRÍTICO

Jurisdicción Especial Indígena. Un ejercicio de derecho comparado entre Colombia, México y Perú[1]*

- Karen Alejandra Parra González
- Luisa Fernanda Rubiano Guachetá
- Laura Natalia Torres Acosta
- Diana Carrillo González[2]

Cómo citar este capítulo: Parra G., et al. (2024). Jurisdicción Especial Indígena. Un ejercicio de derecho comparado entre Colombia, México y Perú. En: Patarroyo-Rengifo S. (Comp.), *MEMENTO:Investigaciones y herramientas contemporáneas de lo pedagógico, lo jurídico, lo político y lo social para re-existir en el mundo,* (29-108). Sello Editorial UNAD. https://doi.org/10.22490/UNAD.9789586519816

1 *Producto de investigación del Semillero del mismo nombre, adscrito al Grupo de Investigación Colectivo de Estudios Poscoloniales/Decoloniales en América Latina (Copal). El proyecto se desarrolló gracias al apoyo de la Dirección Nacional de Investigación de la Universidad Nacional de Colombia, a través del Programa Nacional de Semilleros de Investigación, Creación e Innovación.

2 Investigadoras, académicas del grupo Copal, de la Universidad Nacional de Colombia

1. La propuesta de comparación

La jurisdicción especial indígena (JEI) es un derecho de alcance internacional que garantiza la autodeterminación de los pueblos indígenas mediante el respeto del ejercicio de las facultades jurisdiccionales de su propio gobierno (Anaya, 2005). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989) reconoce dos ámbitos de la JEI: por un lado, obliga a los Estados a respetar los sistemas de justicia propios de los pueblos que cuentan con mecanismos para afrontar las conductas atentatorias del equilibrio social cometidas por sus integrantes y, por esa vía, resguardar la armonía y cohesión social de sus comunidades (OIT, 1989, art. 9); por el otro, el derecho que tienen los integrantes de pueblos indígenas a que el sistema judicial ordinario les imponga sanciones étnico-diferenciales (OIT, 1989, art. 10)[3].

Además de ser un derecho internacional, también lo consagran internamente algunas de las constituciones de América Latina que respondieron afirmativamente al "nuevo constitucionalismo latinoamericano" de la década de los noventa (Gargarella, 2013; Yrigoyen, 2011). En este periodo primó el paradigma multicultural, un ideal cuyo influjo logró el reconocimiento jurídico a la pluralidad y a la diversidad étnica y cultural de la región, como fue el caso de Colombia, Perú y México.

Este documento recoge los resultados de la comparación de tres ordenamientos jurídicos que reconocen el pluralismo jurídico a nivel constitucional, las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas en su ámbito territorial o algún nivel de autodeterminación interna. Eso con el propósito de determinar el grado de garantía del derecho a la libre determinación interna que los pueblos indígenas alcanzan en Colombia, México y Perú a través del ejercicio de las facultades jurisdiccionales que les han sido constitucionalmente reconocidas.

La elección de los tres ordenamientos obedeció a dos criterios: primero, a la necesidad de explorar el grado de garantía de los derechos a la autodeterminación interna de las JEI en países diferentes a Bolivia y Ecuador, los que han concentrado el mayor número de análisis sobre la relación entre los paradigmas intercultural y el neoconstitucional, desplazando el debate multicultural de los noventas, objeto de interés de la presente comparación (Ávila, 2012; Corrêa y Streck, 2014; Walsh, 2002); y, segundo, a la diversidad de los pueblos indígenas que perviven en cada territorio, con el fin de alcanzar un contraste entre distintas variables sociales, políticas y jurídicas.

3 La naturaleza dual de la JEI también se reconoce en los artículos 6 y 22 de la *Declaración Americana de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas* (DADPI).

Así, la metodología incluyó: i) reconstruir el contenido esencial del derecho de los pueblos indígenas a ejercer facultades jurisdiccionales en cada uno de los ordenamientos jurídicos bajo comparación, con base en la propuesta de Rodolfo Arango (2015) sobre la naturaleza de los derechos sociales fundamentales; ii) comprender la relación local entre la JEI y la libre determinación en cada Estado a partir del ejercicio teórico logrado anteriormente (Parra et al., 2017); iii) definir las variables sociopolíticas e institucionales con el fin de establecer el contexto de los pueblos indígenas en cada territorio y lograr su correlación con los derechos fundamentales bajo análisis; y iv) identificar similitudes y diferencias entre cada uno de los sistemas y llegar las conclusiones respectivas. Los últimos dos pasos se formularon a partir de algunas de las "herramientas metodológicas" propuestas por H. J. Margadant (1969). Constantinesco (1983) y J. C. Reitz(1998).

La reconstrucción del contenido esencial del derecho en cada ordenamiento jurídico tuvo como indicadores i) la titularidad del derecho, ii) el tipo de obligación del Estado, iii) el contenido mínimo reconocido y iv) el mecanismo de exigibilidad propuesto. Para la última variable se escogió un caso tipo que permitiera comprender cómo se garantiza judicialmente el derecho a las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas. La elección del caso respondió a su despliegue mediático en el territorio correspondiente.

Las variables sociopolíticas e institucionales se fundamentaron en los siguientes indicadores: i) el número de pueblos indígenas identificados en el censo nacional, así como la confiabilidad del instrumento y sus conclusiones; y ii) la incidencia de los movimientos y organizaciones indígenas en las políticas del Estado.

El diseño de la variable sobre la relación entre censos oficiales y su confiabilidad incorporó tres puntos: número de personas con pertenencia étnica, número de pueblos identificados en el censo y la confiabilidad de dichas cifras. La confiabilidad se midió como alta, media o baja, según la metodología aplicada para determinar los porcentajes y el carácter de los cuestionamientos que recibió tanto la metodología del censo como sus resultados. Lo anterior, a partir de cifras paralelas ofrecidas por los pueblos, organizaciones u otras instancias o, en su defecto, críticas fundamentadas en otras investigaciones o análisis. Las especificaciones para llegar a cada valoración las explica la tabla 1:

Tabla 1. Criterios para la valoración de la confiabilidad de las cifras censales de población indígena en cada país objeto de estudio

	ALTA	MEDIA	BAJA
Metodología	El censo se fundamentó en criterios de autorreconocimiento (DNUDPI)[4]	El censo se fundamentó en criterios objetivos, subjetivos y territoriales (OIT, 1989)	El censo se fundamentó en criterios etnolingüísticos y de asentamiento territorial
Cuestionamientos a cifras sobre número de personas indígenas y/o pueblos indígenas	No se identificaron cifras paralelas oficiales o no oficiales	Se identifican cifras paralelas oficiales sobre número de personas y/o pueblos	Se identifican cifras paralelas no oficiales sobre número de personas y/o pueblos
Criticas a partir de investigaciones o análisis	Los estudios ratifican los resultados oficiales	Los estudios reconocen parcialmente las cifras oficiales	Los estudios cuestionan totalmente las cifras oficiales

Fuente: *elaboración propia*

La variable sobre la incidencia de los procesos de organización y movilización indígena en el ordenamiento jurídico también se midió como alta, media o baja, con base en los criterios que especifica la tabla 2.

Tabla 2. Criterios para determinar la incidencia de procesos de participación indígena en el ordenamiento jurídico de cada país objeto de estudio

	ALTA	MEDIA	BAJA
Reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación	Reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación	Reconocimiento constitucional de la diversidad étnica restringiendo su carácter	No se reconoce constitucionalmente la diversidad étnica y cultural de la nación

4 DNUDPI: Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

	ALTA	MEDIA	BAJA
Reconocimiento constitucional del derecho a la libre determinación y demás derechos étnicos	Reconocimiento constitucional del derecho a la libre determinación y demás derechos étnicos, recogiendo las propuestas indígenas de manera concertada	Reconocimiento constitucional del derecho a la libre determinación y demás derechos étnicos, de manera unilateral, considerando las propuestas indígenas	No reconocimiento del derecho a la libre determinación, pero inclusión de algunos derechos étnicos
Participación de pueblos indígenas en diferentes instancias del Estado	Participación en todas las instancias del Estado y escenarios de concertación entre Gobierno y pueblos.	Participación en algunas instancias del Estado y escenarios de concertación entre Gobierno y pueblos	Conformación de instancias gubernamentales dirigidas a promover políticas públicas en alianza con algunos pueblos indígenas
Formulación de normas o políticas públicas a partir de los reconocimientos constitucionales	Formulación concertada de normas y políticas públicas entre Estado y pueblos indígenas	Consulta previa a normas y políticas públicas y decisión unilateral de contenidos por parte del Estado	Omisión legislativa, normas sin consulta o proferidas unilateralmente por el Estado sin garantías de consulta previa.

Fuente: *elaboración propia*

Para definir la variable sobre el carácter de la titularidad de los sujetos de derechos étnicos, se consideraron las diferentes fuentes del derecho para determinar cada calificación como lo enseña la tabla 3.

Tabla 3. Criterios para calificar la titularidad de los sujetos de derechos étnicos en cada país objeto del estudio

	ALTA	MEDIA	BAJA
Titularidad de los sujetos de derechos étnicos	Pueblos indígenas, comprendidos como sujetos colectivos que se autodeterminan (DNUDPI)	Pueblos indígenas, comprendidos como sujetos colectivos definidos por criterios objetivos, subjetivos y territoriales (OIT, 1989)	Pueblos, grupos o comunidades indígenas, comprendidas como conjunto de individuos con características etnolingüísticas y de asentamiento territorial

Fuente: *elaboración propia*

La variable del alcance de la jurisdicción especial y su aplicación en casos tipo tuvo en cuenta los aspectos que se detallan en la tabla 4:

Tabla 4. Criterios para medir el alcance de la JEI y su aplicación

	ALTA	MEDIA	BAJA
Reconocimiento constitucional	Facultades jurisdiccionales reconocidas expresamente en el orden constitucional interrelacionadas con la libre determinación	Facultades jurisdiccionales reconocidas expresamente en el orden constitucional sin interrelación con la libre determinación	No hay reconocimiento expreso de facultades jurisdiccionales o legislativas a nivel constitucional
Desarrollo normativo	La jurisdicción especial se encuentra regulada como derecho fundamental en instrumentos normativos que fueron consultados previamente	La jurisdicción especial tiene regulaciones parciales en instrumentos normativos que fueron consultados previamente	Omisión legislativa

	ALTA	MEDIA	BAJA
Carácter de la justicia propia	Sistemas jurídicos formales de igual jerarquía que el sistema ordinario	Sistemas jurídicos validables por el sistema ordinario	Usos y costumbres para la resolución de conflictos internos de carácter civil, familiar e infracciones menores validables por el sistema ordinario
Alcance de las facultades jurisdiccionales	Legislativo y judicial en aras de mantener un orden social y garantizar la libre determinación	Judicial en aras de mantener un orden social comunitario	Resolución de conflictos internos
Vinculatoriedad de las decisiones de las autoridades indígenas	Las normas proferidas son fuente de derecho y las decisiones judiciales tienen la misma fuerza que la de cualquier juez de la República	Se admite la creación normativa, las decisiones judiciales deben ser sometidas a validación	No se ha establecido el alcance de las decisiones provenientes de sistemas normativos indígenas
Criterios de validez	Protección a un núcleo mínimo de derechos humanos, y criterios subordinados a la garantía de autodeterminación	Protección a un núcleo mínimo de derechos humanos, y cumplimiento de criterios objetivos, subjetivos, institucionales y territoriales	No se han fijado criterios de validez

Fuente: *elaboración propia*

Estas rejillas de criterios de evaluación fueron aplicadas sobre la información recolectada sobre cada uno de los Estados analizados, para luego compararlos y derivar las conclusiones. Enseguida se expone la caracterización de cada Estado de acuerdo con las variables ya explicadas, luego se comparan y finalmente se proponen algunas conclusiones.

2. Caracterización de Estados

2.1. Colombia

2.1.1. El censo étnico colombiano: ¿87 o 102 pueblos indígenas?

Según el censo general de la población colombiana consolidado en el año 2005 por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2005), en Colombia perviven 87 pueblos indígenas, integrados por un total de 1.392.623 personas con esa pertenencia étnica, que corresponden al 3,35% de los colombianos. Adicionalmente, el mismo censo definió que, para entonces, estaban constituidos 710 resguardos indígenas localizados en 228 municipios de 27 departamentos del país, y que ocupaban una extensión de aproximadamente 34 millones de hectáreas equivalentes al 29,8% del territorio nacional. Además, los pueblos perviven en las zonas rural y urbana en una proporción de 78,6% y 21,4%, respectivamente.

Para el 2012, el DANE también estableció que, mientras el departamento del Chocó contaba con el mayor número de resguardos indígenas, para un total de 111, los departamentos de La Guajira, Cauca, Nariño y Córdoba integran el 60% de personas con pertenencia indígena de Colombia, como lo recoge el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, 2008, p. 10).

Pese a que los anteriores datos atienden a los resultados oficiales obtenidos por el Gobierno nacional en el censo de 2005, estos han sido objeto de varias críticas, de las cuales resaltan dos en particular: primero, el alcance del indicador que sustenta la pregunta para identificar a personas con pertenencia étnica en el país; y, segundo, la correspondencia de los datos finalmente obtenidos con la realidad.

Por un lado, la pregunta a los empadronados para la identificación y caracterización étnica en el Censo 2005[5] fue formulada a partir del autorreconocimiento étnico, indicador utilizado para superar el error de recolección que supeditaba la identificación de los pueblos indígenas a criterios tradicionales de reconocimiento (Montero, 2006), como lo son el idioma de la persona registrada y su ubicación geográfica,

5 En el Censo 2005, la pregunta para captar la pertenencia étnica fue la siguiente: "De acuerdo con su cultura, pueblo o rasgos físicos… es o se reconoce como: 1. ¿Indígena? ¿A cuál pueblo pertenece? 2. ¿Rom? 3. ¿Raizal del Archipiélago de San Andrés? 4. ¿Palenquero(a) de San Basilio? 5. ¿Negro(a), mulato(a), afrocolombiano(a) o afrodescendiente? 6. Ninguno de los anteriores"

indicadores insuficientes para determinar una cifra certera del total de personas indígenas, por factores como las migraciones y la aculturación (Del Popolo y Oyarce, 2005).

Sin embargo, Mosquera y Rodríguez (2012) han logrado evidenciar que el indicador del autorreconocimiento implica sesgos que pueden llevar, en numerosos casos, al desconocimiento de la pertenencia étnica o racial, condicionamientos entre los se cuentan el mito de mestizaje, la discriminación racial, la negación de etnicidad y la socialización étnico-racial dentro de las familias.

Por otro lado, frente al censo de 2005, según el cual son 87 los pueblos indígenas reconocidos en Colombia, diverge, por ejemplo, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), que afirma la presencia de 102 pueblos indígenas en el territorio nacional (Andrade y Eusse, s. f.). La diferencia de quince pueblos indígenas parece obedecer a la omisión de las entidades oficiales en la caracterización de ciertos pueblos.,ueblossus tensiones y el MAIS.los partidos polarios polradas en 2009 y 2013, como forma de presicidos (alrededor del 30%) y lue Por ejemplo, en el caso del departamento del Putumayo, mientras el DANE únicamente reconoce diez pueblos indígenas (DANE, 2007, p. 21), la ONIC reconoce a veinte, entre ellos a los pueblos Andoke, Bora, Karijona, Ocaina y Koreguaje (Andrade y Eusse, s. f.).

La polémica sobre la disparidad en las cifras sobre el número de pueblos indígenas en Colombia ha llevado a que, en recientes oportunidades, el Gobierno nacional, a través de la Presidencia de la República (2010), el Ministerio del Interior (Sala de Prensa, 2015) y el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Sala de Prensa, 2013), reconozcan, mediante pronunciamientos e informes oficiales, la pervivencia de los 102 pueblos indígenas en el mismo sentido enunciado por la ONIC.

Si bien a partir del último censo se establecieron cifras oficiales en relación con el total de los pueblos indígenas colombianos, contradicciones como las mencionadas ponen en duda la fidelidad de la información. La cuestión de las cifras es fundamental: no tener datos confiables imposibilita tomar decisiones políticas destinadas hacer frente, eficazmente, a las problemáticas específicas de los pueblos indígenas; y, además, para los pueblos, reitera la invisibilización histórica y la imposibilidad de alcanzar políticas públicas efectivas y eficientes conformes a sus intereses y necesidades (Bello et al., 2006).

Con fundamento en las variables metodológicas prefijadas, es posible aseverar que, en materia del censo poblacional, Colombia cuenta con datos calificados como de alta confiabilidad; empero, sobre el número de pueblos indígenas, la construcción

de cifras paralelas —apropiadas oficialmente— y factores de racismo cultural identificados en la acción del autorreconocimiento obligan a catalogar la información nacional en un nivel medio. Así, en materia de la relación entre el censo oficial y su confiabilidad, Colombia se encuentra en un nivel entre medio y alto.

2.1.2. Movilizaciones indígenas colombianas: incidencia en la transformación política y jurídica

La movilización político-social de los pueblos indígenas para el reconocimiento de sus derechos, especialmente en lo referente a los territorios, puede rastrearse desde los procesos de recuperación de tierras durante la "La Quintiada". Este periodo de lucha se extiende durante la primera mitad del siglo XX, como defensa de la Ley 89 de 1890 y en respuesta a la disolución de los resguardos y a la repartición de sus territorios a latifundistas de los departamentos de Cauca y Tolima. Esta etapa de la historia tuvo repercusiones en los posteriores procesos organizativos indígenas, en los cuales fue determinante "el programa de lucha de siete puntos", concebido en un documento escrito por Manuel Quintín Lame (Sánchez y Molina, 2010).

Entre las décadas de los setenta y noventas, el movimiento indígena colombiano cobró nueva fuerza con la creación de organizaciones como el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y, poco después, la ONIC. Estas organizaciones se han caracterizado por establecer estructuras organizativas internas encabezadas por autoridades designadas a partir de una amplia participación de indígenas, comités especializados en los temas de interés, con incidencia dentro del país y fuera de él y cualificación en la interlocución con el Gobierno nacional (Sánchez y Molina, 2010).

La fuerza político-social indígena se evidenció tras la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de principios de la década de los noventa, cuando dos de los setenta constituyentes electos representaban, por primera vez en la historia nacional, al movimiento indígena: Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry (Chavarro y Rampf, 2014). Esta inclusión no pasó inadvertida, si se considera, primero, que, a esa fecha, según el censo de 1993, Colombia contaba con un bajo porcentaje de personas con pertenencia indígena —apenas el 1,5% del total de la población (Padilla, 2011)—; y, segundo, que la Ley 89 de 1890, aún vigente en ese momento, establecía que los indígenas eran "salvajes que debían ser reducidos a la vida civilizada" (art. 1), tal como lo señaló Lorenzo Muelas (1991) en su ponencia como constituyente. Asimismo, tras el acuerdo celebrado entre el gobierno del entonces presidente César Gaviria y la guerrilla del Quintín Lame —acuerdo que logró la desmovilización del movimiento indígena armado—, se logró la inclusión en la ANC del tercer representante indígena: Alfonso Peña Chepe (Carrillo González, 2013, p.67).

Así, la participación del movimiento indígena en la ANC marcó avances significativos en el reconocimiento e incorporación de los derechos de los pueblos indígenas colombianos en el ordenamiento jurídico nacional, que, aunque ya reconocidos por el mencionado Convenio 169 de la OIT —ratificado por Colombia en el marco de la deliberación constituyente—, fueron expresamente incorporados en el articulado constitucional. Entre los postulados recogidos en la Carta se hace especial mención de la afirmación de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, la apertura de espacios políticos y sociales de participación, la protección de derechos étnicos territoriales, el reconocimiento de la JEI, de los idiomas nativos como lenguas oficiales, del gobierno autónomo, de la educación propia, entre otros (Londoño, 2002).

De tal suerte, encontramos que los artículos 171 y 176 de la Constitución Política regulan la participación de los pueblos indígenas en el Senado de la República y la Cámara de Representantes, respectivamente. Los pueblos, a través de sus autoridades representativas, paulatinamente han venido conquistando cargos de elección popular, no solo en instancias nacionales, como el Congreso de la República, sino también en las regionales: alcaldías, gobernaciones, asambleas departamentales y concejos municipales (Moreno, 2007). Así, "[d]esde su participación en la Asamblea Nacional Constituyente y la consagración constitucional de una circunscripción especial, los indígenas han accedido de manera sistemática al espacio de la representación política" (Padilla, 2011, p. 146).

En efecto, la presencia indígena en el plano político-electoral en Colombia ha logrado afianzarse desde 1991. Tal es el caso de los partidos políticos indígenas, como Autoridades Indígenas de Colombia (AICO), que ha mantenido una constante representación en el Congreso de la República (Laurent, 2015), y la reciente incursión al escenario electoral del Movimiento Alternativo Indígena Social (MAIS) —partido político constituido por mandato de la ONIC, en 2013—, que ha obtenido victorias en las elecciones legislativas colombianas de 2014, 2015 y 2018, hasta alcanzar una posición relevante. Es más: durante los comicios presidenciales de 2018, MAIS fue uno de los partidos que, en coalición con Colombia Humana, contribuyó a que Gustavo Petro alcanzara el margen necesario para disputar en segunda vuelta la elección presidencial.

Así, pues, los pueblos indígenas colombianos cuentan con una historia político-organizativa que los ha llevado a consolidarse como sujetos políticos significativos dentro del panorama electoral nacional. Sin embargo, el bajo número de curules asignadas en el Congreso a las circunscripciones especiales, la poca conexión entre electores y elegidos, la debilidad en la incidencia de los representantes electos y el

fenómeno de la corrupción generalizada en el legislativo se configuran, entre otros factores, como limitantes para que este escenario se consolide como estratégico (Laurent, 2015).

Sin embargo, la movilización indígena en Colombia no se ha restringido al ámbito electoral, sino que también ha alcanzado posiciones de interlocución directa con el Gobierno nacional. Un claro ejemplo de ello tuvo lugar en 1996 con la creación, vía Decreto 1397, de la Mesa Permanente de Concertación con Pueblos y Organizaciones Indígenas (MPC), la que se constituyó en un espacio idóneo de negociación entre el movimiento indígena y el Gobierno nacional (Puyana, 2013). A la trayectoria de la MPC puede atribuírsele avances significativos sobre temáticas concretas de interés de los pueblos indígenas, ya sea

> [I]ndirectamente en los temas del territorio, educación y salud, o atribuible directamente a la MPC, en los procesos de consulta previa y post-legislativa que se adelantaron en el país entre 2009 y 2011 en cumplimiento de los mandatos de la Corte Constitucional (Puyana, 2013 pp. 20).

Paralelo a dicho espacio también se encuentran la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (igualmente reglamentada por el Decreto 1397 de 1996) y la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (Decreto 1396 de 1996), los cuales promueven, respectivamente, las políticas territoriales en todo el país y la defensa de los derechos de los pueblos en el marco del conflicto armado.

Por último, los grandes logros del movimiento indígena son alcanzados a través de los procesos de resistencia física y cultural, defensa territorial y liberación de la madre tierra, luchas que se adelantan en el marco de las mingas sociales, indígenas y populares. Así, en las regiones y en el exterior se despliega la acción del pueblo *U'wa* por la defensa de su territorio (Rodríguez y Arenas, 2005) y, en el ámbito nacional, entre 2004 y 2017, las distintas mingas, comprendidas como escenarios de "unión de diversos sectores y organizaciones sociales que han decidido construir desde abajo hacia arriba, un espacio de legislación y movilización popular conjunta" (Castaño Rico, 2013 p. 52). Estos procesos pueden testimoniar el poder indígena en la construcción normativa y de política pública, así como la formulación, desde estos escenarios, de los decretos autonómicos (1953 y 2719 de 2014) y de protección territorial (2333 de 2014,) los cuales pueden ser considerados como un extraordinario paso hacia la libre determinación, el gobierno propio y la protección territorial.

La experiencia de la movilización indígena en Colombia ha transitado por diversas sendas de incidencia política y jurídica en el país. Dichas experiencias se traducen en la afirmación de la constante lucha de los pueblos indígenas por destacarse en el campo político y, con esto, reivindicar y consolidar sus derechos; para generar, a la vez, un efecto en el plano simbólico, al contar con la presencia de lo étnico en la vida pública de la sociedad colombiana y en el imaginario político del país (Padilla, 2011).

En ese sentido, es necesario establecer que la incidencia de los procesos organizativos y de movilización indígena en el ordenamiento jurídico colombiano es alto en todos los puntos. La calificación tuvo en cuenta el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación y demás derechos étnicos relacionados con la libre determinación, así como de la participación indígena en la ANC, a todo lo cual se suma la continuación de procesos postconstituyentes a través de los cuales los pueblos indígenas han logrado apuntalar espacios interculturales desde diversas instancias: legislativo, gubernamental, migas, entre otros. Lo ello con atención en que, si bien los pueblos indígenas colombianos mantienen y fortalecen las instancias de diálogo institucional, estas realmente cristalizan sus objetivos en virtud de los procesos "desde abajo", efectuados por los pueblos en aras de consolidar sus posiciones políticas. Por ello, desde este ámbito, es posible establecer un nivel alto en la capacidad de incidencia y participación de los pueblos respecto a su interrelación con el Estado. De esta manera, aun sin participación en todas las instancias del Estado y con una representación político-electoral limitada, los espacios de concertación han logrado un gran avance en el reconocimiento de los derechos indígenas.

2.1.3. Titularidad de derechos étnicos en Colombia: ¿un problema semántico?

Existen múltiples fuentes para determinar la titularidad de derechos étnicos en Colombia, los principales de los cuales integran el bloque de constitucionalidad, entre ellos la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, el Convenio 169 de la OIT, la DNUDPI, la Declaración Americana de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (DADPI), así como instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Frente a las fuentes internacionales, cabe manifestar que el Convenio 169 fue ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, mientras la DNUDPI recoge una historia diferente. En principio, durante su aprobación, en 2007, por los Estados miembros

de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Colombia se abstuvo de votar. Posteriormente, aprobó el instrumento, manifestando veto sobre los artículos 19, 29, 30 y 32 (Anaya, 2009, p. 9). Sin embargo, la jurisprudencia colombiana "ha defendido su aplicación directa y, especialmente, la obligación de tomarla en consideración por el intérprete al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas" (Corte Constitucional, 2012c, núm. 9). En esa medida, la Corte Constitucional ha sido clara en establecer que las disposiciones de la DNUDPI no solo elevan el estándar de interpretación del Convenio 169, sino que deben ser comprendidas como "razones para la acción dotadas de autoridad" (Corte Constitucional, 2012c).

En cuanto a la DADPI, originalmente Colombia fue el único Estado que objetó parte del articulado finalmente concertado por los pueblos indígenas y los Estados integrantes de la Asamblea de la Organización de Estados Americanos (OEA), tras diecisiete años de deliberación (ONIC, 2016). Aunque posteriormente fue aprobada sin comentarios e integra el bloque de constitucionalidad, la DADPI no ha logrado ser materializada de manera efectiva en el ordenamiento jurídico.

Entonces, cabe proponer que la titularidad que aquí se busca establecer recae sobre los pueblos indígenas. Lo anterior, dado que, si bien la OIT afirma que la determinación de cuáles son pueblos indígenas debe comprenderse desde los criterios objetivos —continuidad histórica, conexión territorial, instituciones propias— y subjetivos —autoidentificación, según el Programa para Promover el Convenio número 169 de la OIT (PRO169, 2009)—, bajo el estándar de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUPI) y de la DADPI, el criterio principal es la libre determinación y el autorreconocimiento étnico y cultural.

Por otra parte, en aras de consolidar el bloque de constitucionalidad desde las principales fuentes internacionales, conviene destacar los pronunciamientos del SIDH, a través del cual se ha establecido que la titularidad de los derechos étnicos, en el sentido de la OIT, son los pueblos indígenas y tribales. Ahora, si bien los instrumentos o jurisprudencia interamericana omiten la construcción de criterios taxativos para definir a un "pueblo indígena", dicha indeterminación obedece, primero, a que la misma permite la protección de los derechos humanos; y, segundo, debido al consenso sobre la autoidentificación como el principal criterio "para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos" (CIDH, 2010).

En cuanto a las fuentes nacionales, con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, en Colombia, los indígenas pasaron de ser sujetos inexistentes en la Carta de 1886 y estigmatizados como salvajes por la Ley 89 de 1890, a ser reconocidos como sujetos de derechos (Berche et al., 2006). Es fundamental anotar que,

como parte del fenómeno multicultural que emergía en la década los noventa en América Latina, el reconocimiento como sujeto de derecho es de carácter colectivo, un carácter referido a la existencia de un pueblo indígena considerado como un todo para, de esta forma, hacerlo titular de derechos colectivos; para superar la visión liberal de circunscribir la titularidad de derechos únicamente a los sujetos individualmente considerados (Corte Constitucional, 1993b).

Así, la concepción del pueblo indígena como sujeto colectivo de derechos ha sido objeto de diversos desarrollos jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional, centrados, al menos, en los siguientes aspectos: por un lado, la dicotomía entre sujeto de derecho colectivo e individual; y, por el otro, el desarrollo doctrinal de los derechos colectivos de los pueblos como sujetos de derecho.

En cuanto a la dicotomía, cabe manifestar que el indígena tiene una doble titularidad de derechos: primero, como integrante del sujeto colectivo y, segundo, como sujeto individual, implicación según la cual el integrante de un pueblo indígena puede ejercer mecanismos constitucionales de protección si considera vulnerados sus derechos individuales, especialmente los civiles y políticos. También puede darse que las dos calidades entren en tensión, caso en el que la Corte Constitucional (2009), mediante respuesta a la acción de tutela, ha formulado desarrollos jurisprudenciales en procura de su resolución, generalmente con criterios de ponderación sobre los conflictos entre lo colectivo y lo individual.

Respecto del avance de la doctrina en esta materia, debido a que los derechos de carácter colectivo reconocidos por la Constitución Política no han tenido un desarrollo legislativo, es la Corte Constitucional la que ha promovido su desarrollo dogmático. Tales son los casos del alcance del derecho fundamental a la propiedad colectiva en cabeza de pueblos indígenas, establecido en el artículo 63 constitucional; y la consulta previa, estipulada en el artículo 330 de la carta política. Frente al primero, el tribunal constitucional definió, por ejemplo, el carácter de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables existentes en su territorio (Corte Constitucional, 1993a); y, respecto al segundo, afirmó su carácter de derecho fundamental, al constituir un mecanismo de participación de los pueblos indígenas en las decisiones que pueden afectarlos directamente (Corte Constitucional, 1997).

Aun así, la jurisprudencia constitucional ha desestimado la categoría de "pueblo indígena" para hacer referencia al sujeto de derechos, dado que, según conceptúa, no es necesario agotar lo que considera un debate meramente semántico (Corte Constitucional, 2014). Ello desconoce la importancia política y social que la categoría de pueblos alberga desde la revisión del Convenio 107 de la OIT, lucha que aún persiste (Carrillo González, 2013).

Así, es necesario mencionar que si la comunidad internacional reconoce a los sujetos colectivos de derecho mediante la categoría de "pueblo indígena", el empleo de "comunidad indígena" —así sea como sinónimo—, conlleva el desconocimiento del articulado constitucional y del bloque de constitucionalidad colombiano, razón por la cual, en aras del principio pro indígena, debe elegirse la expresión "pueblo indígena", por ser la más favorable y la menos restrictiva entre las dos acepciones (Carrillo González, 2013).

Sin duda, los pueblos indígenas son reconocidos por la normatividad internacional y nacional como sujetos titulares de derechos con dos connotaciones: una colectiva y otra individual. Así, ellos gozan de derechos colectivos, en tanto pueblos indígenas, como de derechos individuales, en cuanto individuos así considerados. Llegar al contexto anteriormente descrito comporta un importante avance en lo que respecta al reconocimiento de los pueblos indígenas como titulares de derechos, "abandonando la frontera de subalternidad que les había sido impuesta históricamente" (Carrillo González, 2013, p. 24), aunque dicho avance tienda a desdibujarse al considerarse un debate semántico de poca monta.

Ante este orden, el nivel de la titularidad de los sujetos de derechos étnicos en Colombia podría definirse como medio, por cuanto, si bien el bloque permite el reconocimiento de pueblos y, en términos del principio pro indígena estos deben definirse a partir de la libre determinación, en general, los debates constitucionales y normativos han girado sobre la ponderación de las tensiones entre lo individual y lo colectivo, así como de la identificación étnica a partir de criterios objetivos, subjetivos y territoriales.

2.1.4. JEI en Colombia: ¿autonomía o autodeterminación?

La JEI en Colombia tiene sus orígenes históricos en los artículos 5, 10 y 11 de la Ley 89 de 1890, los cuales, respectivamente, establecían que las faltas de indígenas contra la moral podían ser castigadas por el Cabildo Gobernador con máximo dos días de arresto, los conflictos entre pueblos indígenas y no indígenas eran resueltos por jueces de circuito y las controversias internas de los pueblos serían competencia de los alcaldes. Sin embargo, los casos judiciales de mayor envergadura eran resueltos bajo el régimen eclesiástico que sustentaba la norma (Carrillo González, 2013), con algún grado de autonomía, pero sin libre determinación.

A lo largo del siglo XX, la Corte Suprema de Justicia intentó imprimir un aire positivista al tratamiento judicial de los indígenas, aunque muchas veces sus decisiones

caían en un limbo jurídico, al manifestar que "no existía autoridad alguna con competencia para juzgarlos" (Carrillo González, 2013, p. 182).

La carta política colombiana cambió el paradigma, al consagrar la JEI en su artículo 246, que establece que

> Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

De dicha consagración se puede establecer al menos tres cosas: primero, los elementos que componen la JEI se traducen en que el ejercicio jurisdiccional de pueblos en su territorio depende de autoridades con potestad de establecer normas y procedimientos propios; segundo, la Constitución incorporó límites al ejercicio de la JEI al subordinarla a las normas constitucionales y legales; y, tercero, su coordinación con el sistema judicial nacional (SJN) es competencia del legislador.

Con respecto a la limitación de la JEI frente al ordenamiento constitucional y legal colombiano, la Corte Constitucional (1996a) ha establecido que, al ser la JEI un derecho fundamental, esta no puede limitarse frente a norma alguna con jerarquía constitucional o legal, lo que implicaría el abandono de los principios constitucionales de diversidad y pluralismo jurídico. Así, bajo el principio de "maximización de la autonomía", precisó las restricciones de la JEI al ámbito, por un lado, de las normas legales imperativas de orden público, pero solo aquellas que directamente protegen el principio de diversidad étnica y cultural (Carrillo González, 2013); y, por otro, al núcleo duro los derechos humanos integrado, entre otros, por el derecho a la vida, las prohibiciones a la tortura y a la esclavitud, la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas (Corte Constitucional, 1998; 2014).

Por su parte, el Congreso de la República ha omitido su deber constitucional de reglamentar la coordinación entre la JEI y el SJN, razón por la cual la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura asumieron dicha función. La primera definió, vía precedente judicial, los alcances de la coordinación a través de acciones de tutela interpuestas por pueblos indígenas que consideraban vulnerado el derecho al ejercicio de justicia, en tanto derecho fundamental (Corte Constitucional, 2013; 2014).

De esta forma, se pueden identificar al menos tres criterios desarrollados en la jurisprudencia: primero, el establecimiento y desarrollo de la JEI como un derecho fundamental; segundo, los límites interpuestos por la Corte Constitucional al Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) para dirimir conflictos de jurisdicción; y tercero, la distinción entre fuero indígena y JEI.

Primero, la JEI, para los pueblos indígenas, se define como derecho colectivo y fundamental, referido a las facultades jurisdiccionales, tanto legislativas como judiciales, que detentan las autoridades indígenas en atención a los sistemas propios de sus pueblos (Carrillo González, 2013); razón por la cual, en términos judiciales, la decisión de una autoridad indígena tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria (Corte Constitucional, 2014).

Segundo, según las disposiciones derogadas de los artículos 256.6 de la Constitución Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (ley 270 de 1996), el CSJ tenía dentro de sus competencias dirimir los conflictos entre jurisdicciones. Sin embargo, la Corte Constitucional, ante el vacío normativo de coordinación entre ambas jurisdicciones, durante los años de vigencia constitucional, ha definido el alcance del artículo 246 CP, lo que le ha permitido, entre otras cosas, definir restricciones a los criterios utilizados por el CSJ para dirimir conflictos de competencia (Corte Constitucional, 2010). Lo anterior, a pesar de que, mediante artículo 14.11 del Acto Legislativo 02 de 2015, dicha competencia ahora se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional, por lo cual es factible afirmar que los seguirá aplicando.

De esta manera, la Corte Constitucional (2010), para dirimir los conflictos de competencia jurisdiccional, vía jurisprudencial, ha fijado criterios, entre los cuales están los elementos personal, territorial, institucional y objetivo. El primero alude a la "pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a [*un pueblo*] indígena" (núm. 16.1.3.); el segundo, "a que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo" (núm. 16.1.4); el tercero, también denominado orgánico, se refiere a la existencia de autoridades y sistemas propios de justicia que permitan "cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y […] un concepto genérico de nocividad social" (núm.16.1.5); y el cuarto elemento hace "referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado, concretamente, a distinguir si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria" (núm. 16.1.7.).

Estos elementos se ponen en la balanza para definir la competencia, considerando como principio general la "maximización de la autonomía y minimización de restricciones". Por ejemplo, según la interpretación constitucional, es posible afirmar

que, en eventos donde el bien jurídico tutelado lesionado o puesto en peligro concierna tanto al pueblo indígena como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no resulta decisivo para definir la competencia, debiéndose consultar las particularidades del caso y los demás elementos que definen la competencia de la justicia indígena; o en situaciones en las que se está frente a un caso que reviste especial gravedad para el derecho mayoritario, la solución no es descartar la posibilidad de que el conflicto se resuelva ante la jurisdicción especial, por lo que debe evaluarse con mayor rigor el factor institucional, pues de este depende las garantías de los derechos de la víctimas (Corte Constitucional, 2010; 2012b; 2015).

Tercero, la Corte Constitucional (1996b) con base en el principio de diversidad étnica y cultural de la nación, incorporó el concepto "fuero indígena", desde el cual cambió la perspectiva de análisis "ya no fundada en un concepto de inmadurez sicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas" (núm. 2.3.2). Así, en palabras de la Corte Constitucional (2002), el concepto de fuero indígena alude a:

> […] el derecho del que gozan [integrantes] de [los pueblos] indígenas, por el hecho de pertenecer a ell[o]s, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad (núm. 10).

No obstante, bajo el concepto anterior se puede identificar que el fuero indígena y la JEI son dos instituciones diferentes: la primera, alude a un derecho fundamental asignado individualmente a los sujetos indígenas; y la segunda hace referencia a un derecho colectivo, cuya titularidad les corresponde a los pueblos indígenas (Corte Constitucional, 1996b; 2012b). Sin embargo, "[l]a complementariedad de la relación entre ambos elementos confluye en que el fuero indígena es un criterio para determinar la jurisdicción especial" (Carrillo, 2013, p. 192), lo cual puede ser problemático, en la medida en que la interpretación constitucional ha llevado a que un derecho colectivo dependa de la existencia de un goce individual.

En ese orden de ideas, se podría concluir que, primero, la omisión legislativa ha permitido a la Corte Constitucional colombiana formular avances dogmáticos sobre la naturaleza y alcance de la JEI, los principales de los cuales son su reconocimiento como derecho fundamental y su carácter de maximizador de la autonomía étnica.

No obstante, segundo, si la JEI es un derecho fundamental que debe propender por la libre determinación, al momento de interpretar su naturaleza según el individualismo del fuero indígena y las restricciones de su ejercicio a través del cumplimiento de criterios derivados únicamente del solipsismo judicial, la jurisprudencia constitucional ha restringido la potencial relación entre la JEI y la libre determinación, convirtiendo aquella en un instrumento de autonomía y no de autodeterminación (Carrillo González, 2013).

Además, en Colombia, la JEI se encuentra subordinada a un examen de legitimación por la Corte Constitucional, que unilateralmente ha establecido el alcance y naturaleza de la institución, a pesar de que las reglas jurisprudenciales constituyan afectaciones directas a los pueblos indígenas en un asunto directamente relacionado con la libre determinación y, en consecuencia, con la pervivencia física y permanencia cultural de pueblos que el mismo alto tribunal ha declarado en riesgo de exterminio físico y cultural (Corte Constitucional, 2009). Es decir, la JEI no constituye un elemento para que los pueblos indígenas puedan perseguir libremente sus destinos, sino un mecanismo de legitimación de facultades jurisdiccionales atípicas en un ámbito territorial definido. En pocas palabras, se amplía el paradigma de autonomía étnica de la Ley 89, pero no se transforma estructuralmente.

Bajo este examen es posible afirmar que, en términos de desarrollo normativo de la JEI, primero, Colombia cuenta con el reconocimiento constitucional de la institución, supeditada, sin embargo, a un entendimiento de autonomía y no de libre determinación, por lo cual su calificación debe ser media. Segundo, subsiste una omisión legislativa frente a la regulación de fondo del derecho fundamental, carencia cubierta por la Corte Constitucional vía jurisprudencial que, por tanto, desconoce el deber de consulta previa, por lo cual este criterio debe calificarse como bajo. Por lo anterior, tercero, no existe uniformidad sobre el carácter de la justicia propia, dado que cada sistema se evalúa de manera particular vía acción tutela; en consecuencia, la justicia propia se ha desarrollado a partir de la validación casuística ejercida por el sistema ordinario, lo que le da una calificación media. Cuarto, Colombia ha reconocido el alcance legislativo y judicial de las facultades jurisdiccionales, hecho que permite ubicarla en una medida alta. Por último, las normas y decisiones judiciales de las autoridades indígenas tienen un alto grado vinculante, al punto en que las normas constituyen fuente de derecho propio y sus decisiones tienen la misma fuerza que las proferidas en el SJN. Con fundamento en todo lo explicado, en general, frente a esta variable, Colombia se ubicaría en una posición media.

2.1.5. Caso tipo: el derecho al control territorial como ejercicio de la libre determinación

Feliciano Valencia Medina, reconocido líder del pueblo Nasa del suroccidente colombiano, cuenta con una larga trayectoria política como autoridad en el movimiento indígena colombiano. Fue precandidato presidencial por el partido MAIS en 2014, obtuvo el Premio Nacional de Paz por su papel en la construcción de procesos de paz en Colombia (Arenas, 2015), y en 2018 fue elegido senador de la República por la circunscripción especial.

Sin embargo, entre 2008 y 2017, Valencia fue sometido a un proceso judicial en su contra que obstaculizó varias causas políticas que él estaba promoviendo durante esos años, lo llevó a la cárcel y puso en entredicho las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas.

Los hechos en relación con los cuales fue acusado tuvieron lugar el 14 de octubre de 2008, en el resguardo La María, en el municipio de Piendamó, Cauca, en pleno desarrollo de la minga social y popular que el movimiento indígena convocó en respuesta al mandato de Álvaro Uribe Vélez. Durante el desarrollo de la minga, Uribe Vélez, en calidad de presidente y desde uno de sus consejos comunitarios, ordenó a la Policía Nacional adelantar estrategias de inteligencia y pagar información sobre los sucesos en curso en Piendamó, precedente que puso y mantuvo en alerta a las autoridades indígenas, que decidieron vigorizar el ejercicio de control territorial durante el desarrollo del espacio político (Arenas, 2015).

La minga contaba con la participación de al menos 120 organizaciones indígenas y 80 cabildos gobernadores (Arenas, 2015). Durante el desarrollo de la Asamblea de Autoridades, el cabo tercero del Ejército Nacional, Jairo Danilo Chaparral Santiago, según alegó, se dirigía a la sede de su trabajo y decidió tomar una vía alterna dentro de la jurisdicción territorial indígena. En el camino fue interceptado por integrantes de la Guardia Indígena, quienes lo requisaron y le encontraron en su poder "elementos de guerra", según refiere el acta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán (TSDJP, 2015), Sala de Decisión Penal. El cabo manifestó que era indígena, pero, ante el estado de alerta, los guardias los consideraron "infiltrado" y lo llevaron a la Asamblea para ser procesado (Arenas, 2015).

Según el cabo, la Guardia Indígena lo trasladó y lo retuvo en contra de su voluntad varios días durante los cuales recibió maltratos físicos y verbales. La retención culminó en la decisión de la Asamblea de castigarlo con nueve latigazos en las piernas que le causaron veinticinco días de incapacidad física. El castigo, afirmó el denun-

ciante, fue comunicado a la Asamblea con megáfono por Feliciano Valencia, quien además moderó el ejercicio y promovió el debate en torno a cómo debían castigarlo bajo las costumbres ancestrales nasas (TSDJP, 2015).

Por su parte, las autoridades indígenas afirman que el cabo fue llevado a la Asamblea y, luego de conocer la situación y hacer los descargos propios del sistema de justicia propia, colectivamente decidió "una pena de veinte azotes y un baño en plantas medicinales para «armonizarlo»". En ese entonces, Valencia no contaba con la calidad de Cabildo Gobernador (Lemus citado en Arenas, 2015).

Los hechos llevaron a que el cabo denunciara a Valencia ante las instancias competentes. El ente acusador consideró necesario adelantar un proceso penal, el 11 de abril de 2010 legalizó la captura y le imputó a Valencia los cargos de secuestro agravado y lesiones personales agravadas.

La primera instancia absolvió al procesado bajo el argumento de que en Colombia la JEI es un derecho fundamental colectivo y, de acuerdo con ese orden, las decisiones bajo su competencia no pueden ser individualizadas. La sentencia, incluso, admite que los hechos incluyen un ejercicio propio de las facultades jurisdiccionales indígenas del máximo órgano nasa de decisión. En ese sentido, el a quo concluyó que Valencia no podía ser responsable penalmente por los delitos que se le imputaban. Sin embargo, la sentencia fue objeto del recurso de apelación (TSDJP, 2015).

En segunda instancia, si bien el *ad quem* reconoció que no podía imputársele a Valencia Medina el delito de secuestro agravado debido a que en los momentos iniciales de la retención de Chaparral aquél no tuvo contacto físico ni dirigió actuación alguna en contra de la libertad de locomoción del agraviado, sí consideró que Valencia "dirigió" la Asamblea de juzgamiento, por lo cual era consciente de la privación de la libertad de locomoción del militar (TSDJP, 2015), razonamiento que la Sala de Decisión Penal del TSDJP consideró suficiente para revocar la decisión absolutoria a favor de Feliciano Valencia Medina y, en su lugar, dictar sentencia condenatoria de 192 meses de prisión contra Valencia Medina.

Contrario al a *quo*, la segunda instancia no consideró los hechos como un ejercicio de JEI porque, luego de la captura, el cabo se retractó y manifestó que no pertenecía a ningún pueblo indígena. Este hecho fue asumido por el Tribunal como la ausencia del criterio subjetivo de la JEI, considerado imprescindible para la procedencia de las facultades jurisdiccionales indígenas. La sentencia del Tribunal fue objeto de un amplio debate público en Colombia y en el exterior (Nacional, 2015; Bolaños, 2015).

En 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia asumió el caso y absolvió a Feliciano Valencia de los delitos que le fueron imputados. La Corte consideró que el *ad quem* desconoció el contexto fáctico que fundamentó el ejercicio jurisdiccional y, en su lugar, lo fraccionó para concentrarse únicamente en lo relacionado con Feliciano Valencia. Así, determinó que los hechos constituyeron la aplicación de las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, las cuales, afirmó, también actuaron bajo su legítimo derecho al control territorial frente a la intromisión del cabo en su resguardo y el peligro que ello acarreaba para la minga. Estas razones le permitieron a la Corte concluir que, en efecto, a través de la JEI, las autoridades ejercieron su derecho a la autodeterminación y que la Asamblea era el órgano constitucionalmente legítimo para evaluar la situación e impartir las sanciones correspondientes.

Del caso tipo analizado se puede establecer que las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas no solo se encuentran reconocidas expresamente en la Constitución, sino que las decisiones judiciales proferidas por las altas cortes las interpretan en interrelación con el derecho a la libre determinación. Ello ha permitido avanzar satisfactoriamente en el desarrollo, vía precedente judicial, del alcance y naturaleza de ambos derechos fundamentales. Adicionalmente, la decisión de la Corte Suprema de Justicia permite concluir que dicho órgano judicial equipara las decisiones de las autoridades indígenas con las de cualquier juez del sistema ordinario; además, establece que dichas facultades tienen como fundamento mantener un orden social y garantizar la libre determinación, en este caso, ejercida bajo el control territorial que las autoridades adelantan en sus jurisdicciones. La suma de estos factores permite afirmar que las decisiones de los altos tribunales colombianos constituyen una garantía al goce efectivo de las facultades jurisdiccionales, por lo cual, debe evaluarse como alto.

2.2. Estados Unidos Mexicanos

2.2.1. Pueblos indígenas en México: inconsistencias entre años

El número de personas indígenas de los Estados Unidos Mexicanos (México), podría decirse, es inconsistente, por cuanto, en el último censo de viviendas particulares habitadas y población (CVPHP) de 2015, se estimó que en el país pervivían 7’382.785 indígenas, es decir el 6,5 % del total de mexicanos; a pesar de que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2015), con base en dicho censo, estableció que 25’694.928, correspondiente al 21,5 % de mexicanos, han reconocido su pertenencia

indígena, con Oaxaca como el Estado con mayor porcentaje de indígenas, con un total de 65,7 % de sus habitantes.

Las diferencias entre las cifras obedecen a que, en el cuestionario censal de 2015, cuatro de las cinco preguntas étnicas se restringieron a indagar sobre la pertenencia étnica únicamente de aquellas personas mayores de 3 años que hablan un idioma propio. El cuestionario tampoco se preocupó por establecer el número de pueblos indígenas mexicanos, en lugar de lo cual trató de identificar los setenta "grupos etnolingüísticos" en el país, sin contar las lenguas indígenas no especificadas (INEGI, 2015).

Por su parte, la pregunta sobre la pertenencia étnica desde el autorreconocimiento indagó si, dependiendo de su "cultura", la persona se consideraba o no indígena, permitiendo como respuestas, además de la afirmativa y la negativa, indicar que tenía una pertenencia parcial o que la desconocía (INEGI, 2015). Sin embargo, los indicadores del censo solo tienen en cuenta a las personas que hablan un idioma indígena y no a las que se reconocen como tal (INEGI, 2015), es decir, las estadísticas se analizan a partir del 6,5 % y no del 21,5 %.

A su vez, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CNDPI, 2005) había establecido que en México existían 62 idiomas indígenas en vía de desaparición. Por ello, en 2015, el CNDPI estimó que la determinación de los pueblos indígenas mexicanos debía obedecer a indicadores como el "hogar", entendido como la "influencia [*en donde se*] desarrollan sistemas de identidades, se comparten decisiones y recursos y se tejen redes territoriales o extraterritoriales, mediadas con el colectivo comunal". En este sentido, la CNDPI (2015) pretendió visibilizar a aquellos hogares indígenas en donde se comparten identidades indígenas que trascienden las restricciones del criterio etnolingüístico.

Las limitaciones para determinar el número de personas indígenas en México pueden explicarse si se atiende a los parámetros de reconocimiento indígena establecidos en el artículo 2 de la Constitución mexicana, el cual establece, entre otros, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico para la definición étnica. Eso implica que, en términos del censo, estos dos últimos criterios tienen mayor para determinar el número de personas indígenas en el país.

Sin embargo, el anterior argumento no explica la divergencia entre las cifras que periódicamente arrojan los censos mexicanos: por ejemplo, el censo general de población y vivienda del año 2000 estableció que en el territorio pervivían 10'220.862 indígenas, es decir, el 10 % de total de mexicanos; el segundo conteo de población

y vivienda de México del año 2005 determinó un total de 9'854.301 personas indígenas, cifra que no superó el 9,5% de habitantes; y el censo de población y vivienda del año 2010 estimó la presencia de 11'132.562 indígenas en el territorio, es decir el 10% de la población total mexicana. Con el nuevo censo, entonces, encontramos una disminución del 3,5% de personas indígenas en quince años, sin que exista preocupación por ofrecer explicación al respecto. Aun así, se estima que México es el país que cuenta con el mayor número de habitantes indígenas en la región latinoamericana (Ruiz Murrieta, 2003).

En este sentido, es difícil determinar la medida de esta variable en México. Por un lado, encontramos una pregunta de autorreconocimiento, pero los datos arrojados no son tenidos en cuenta para los demás indicadores; al contrario, las cifras se fundamentan en criterios etnolingüísticos y de asentamiento territorial, que no permiten establecer el número de pueblos indígenas en la nación; factores que, en esta variable, ubican a México en un nivel bajo. Por el otro, si bien no se hizo contraste con estudios o análisis no oficiales, es de destacar que esto obedece a que las cifras oficiales son dispares entre instituciones e, incluso, entre censos.

2.2.2. Incidencia política: mandar obedeciendo

Las reivindicaciones políticas de los pueblos indígenas en México se remontan a la independencia, como reacción al surgimiento de constituciones excluyentes frente a las necesidades e intereses de los pueblos. Así, es posible testimoniar eventos en los que estos reclamaban su reconocimiento y protección, mientras a la par exhortaban al poder legislativo para que adoptara medidas frente al desamparo que sufrían, una causa por la cual impulsaron diversos debates, incluso de orden constitucional, sin que estos trascendieran en la carta política (Navarrete, 2008; López, 2006).

A lo anterior se suma el hecho de que, durante la dictadura de Porfirio Díaz, al igual que en otros Estados latinoamericanos, se promovió una política de unificación nacional y supremacía blanca, en un intento por eliminar cualquier rasgo étnico de la nación. De esta manera, entre otras medidas, los pueblos indígenas fueron privados del 90% de sus tierras, las cuales pasaron a manos de la Iglesia católica y de latifundistas, a quienes los indígenas, en condición de "peones", debían pagar con trabajo la propiedad de las tierras restantes (Bartra y Otero, 2008).

Es así como en algunas regiones de México los campesinos e indígenas, en confluencia por el territorio, decidieron apoyar a Emiliano Zapata, en procura de una alianza por una reforma agraria, lograda en la Constitución de 1917, aunque con

una implementación tímida que tardó en ejecutarse un par de décadas (Bartra y Otero, 2008). Sin embargo, el artículo 27 constitucional de Querétaro no logró garantizar a los pueblos indígenas plenos derechos territoriales, sino que, en su lugar, propuso las figuras de "ejido" y "comunidad agraria" como formas de acceso a la tierra, tanto para indígenas como para campesinos, y con reserva "para la Nación [*de*] la propiedad originaria de las tierras y aguas" (López, 2006, p. 68). Lo anterior implicó que las políticas agrarias no permitieran una diferenciación entre tipos de propiedad y, por lo tanto, impidió formular una protección territorial indígena o un ordenamiento territorial autónomo, como se había prometido (López, 2006, p. 68).

Estos antecedentes, incluidas las derrotas, también reflejan que, en México, los procesos sociales y populares han estado precedidos por la convergencia de movimientos campesinos e indígenas con demandas inseparables sobre la tierra y la "identidad (cultura)" (Bartra y Otero, 2008, p. 402), por lo que, por ejemplo, en 1975, por iniciativa de campesinos e indígenas se creó el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas (CNPI), el cual se comprendió como un "movimiento altamente militante que se oponía a los intereses de las elites que controlaban el Estado Mexicano, excluyendo la numerosa población indígena" (Ruiz Murrieta, 2003, p.11).

Sin embargo, las políticas de indigenismo de corte integracionista (López, 2006) y de cooptación gubernamental —denominada por Umberto Eco (citado por Bartra y Otero, 2008, p. 406) como "ogro filantrópico"— implicaron la desvertebración de los procesos políticos organizativos logrados entre campesinos e indígenas, lo que constituyó un golpe de difícil recuperación para ambos. Lo anterior implicó, además, que indígenas abanderaran la consigna de "autonomía" frente a cualquier política estatal e, incluso, de las reivindicaciones anteriormente alcanzadas (Bartra y Otero, 2008).

Así, entre las décadas de los sesentas y ochentas, con la emergencia de la ola neoindigenista mexicana, Oaxaca se constituyó en epicentro de la creación de organizaciones indígenas que elaboraron plataformas programáticas sobre la exigencia, como principios rectores, de los derechos a la autonomía y a la autodeterminación; como también los de identidad cultural, el acceso a la tierra y a los recursos naturales y a decidir libremente la condición política interna de sus pueblos, conforme a sus sistemas de justicia propia. Estas reivindicaciones contrariaban las políticas gubernamentales y la comprensión, a la sazón predominante, del "desarrollo nacional" basado en la explotación de recursos naturales de territorios indígenas (Bartra y Ortero, 2008).

En 1992, como respuesta a la ratificación mexicana del Convenio 169, lograda en 1990, el Congreso de la Unión adelantó una adición al artículo 4 de la Constitución General, en la cual, por una parte, reconocía el carácter pluricultural de la nación; pero, por la otra, sometió todos los asuntos indígenas a la jurisdicción del Estado, incluyendo los referentes a "juicios y procedimientos agrarios". Es decir, la resolución de los conflictos internos de los pueblos indígenas quedó supeditada a la valoración de la justicia ordinaria (Congreso de la Unión, 1992), lo que implicó el desconocimiento de los sistemas de justicia propia. Para Francisco López (2006), la declaratoria de pluriculturalidad del artículo 4 debe leerse, principalmente, como una declaratoria del carácter de la nación mexicana, en tanto no integró un reconocimiento directo de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos.

Sumado a lo anterior, aunque sea México el segundo Estado en ratificarlo, el Convenio 169 no fue aplicado en ninguno de sus ámbitos y la reforma agraria de 1992 abrió las puertas para la enajenación de tierras comunales que constitucionalmente se encontraban protegidas. Estos hechos fueron comprendidos por las organizaciones indígenas como una respuesta negativa a sus demandas de autonomía y autodeterminación (Bartra y Otero, 2008).

De esta manera, en la década de los noventa, México entró en un limbo multicultural en el cual se definen protecciones tibias a pueblos indígenas, por un lado; pero se desarticulan sus derechos estructurales, por el otro. Es decir: mientras se abrazó el paradigma multicultural de la década de los noventa —frente a presiones internacionales en pleno quinquenio de la resistencia indígena—, dicho paso también sirvió para adoptar modificaciones en contra de los derechos territoriales de los pueblos (Bartra y Otero, 2008).

Esta circunstancia cataliza la emergencia del movimiento indígena armado en Chiapas, a través de la plataforma del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN, 1993). El EZLN retoma como principios rectores la autonomía cultural y el autogobierno en sus territorios, al punto de exhortar a los demás sectores sociales y populares a declararse "municipalidades rebeldes" autónomas (Bartra y Otero, 2008, p. 417).

La coyuntura de paz que se promovió luego del surgimiento del EZLN habilitó el diálogo entre esta insurrección y el Gobierno y permitió, por un lado, la convocatoria del Congreso Nacional Indígena (CNI, propuesta civil indígena); y, por el otro, la firma de los Acuerdos de San Andrés Larraínzar (ASA), firmados en Chiapas en 1996 (Sámano et al., 2001). Los ASA constituían un pacto entre el EZLN y el Gobierno federal para reconocer la discriminación y subordinación histórica contra los pueblos indígenas mexicanos, declarar su existencia constitucional como parte integrante

de la nación y establecer como derecho constitucional la libre determinación de los pueblos (Sámano et al, 2001). Los principales acuerdos se resumen así

> 1) Reconocer a los pueblos indígenas en la Constitución general; 2) Ampliar participación y representaciones políticas; 3) Garantizar acceso pleno a la justicia; 4) Promover las manifestaciones culturales; 5) Asegurar educación y capacitación; 6) Garantizar la satisfacción de necesidades básicas; 7) Impulsar la producción y empleo y 8) Proteger a los indígenas migrantes (Sámano et al., 2001, p. 107).

Los ASA permitieron que la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa) propusiera la Ley Cocopa, una iniciativa de reforma constitucional por medio de la cual se pretendía dar rango constitucional a los acuerdos logrados (Bartra y Otero, 2008). Sin embargo, el Gobierno federal presentó una contrapropuesta que no solo desintegraba el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas y los transformaba en derechos individuales, sino que también constituía una regresión frente al Convenio 169. Según el Gobierno federal, la Ley Cocopa contrariaba disposiciones constitucionales (Sámano et al., 2001). La reforma constitucional sobre los artículos 1, 2, 4, 18 y115 de la carta política, promovida finalmente por el Gobierno federal de Vicente Fox, fue aprobada por el Congreso de la Unión en 2001 (Poder Ejecutivo, 2001).

En esa medida, los ASA pasaron a la historia por haber sido abiertamente desconocidos, pero, también por lograr, mediante consulta popular, la legitimación política y social del EZLN, así como de sus reivindicaciones jurídicas y políticas (Sámano et al, 2001).

Esta etapa del movimiento indígena sería denominada “Marcha del Color de la Tierra”, en tanto permitió la confluencia de varios frentes a favor del reconocimiento constitucional de la libre determinación de los pueblos indígenas, a pesar de que el resultado final no cristalizó las demandas ancestrales. La marcha fue secundada por la Caravana por la Dignidad Indígena, convocada a principios del siglo XXI, y tuvo la tarea de enfrentar civilmente a los poderes legislativo y ejecutivo ante el reconocimiento “diluido” de los ASA en la carta política. Desde entonces, las negociaciones entre EZLN y Gobierno federal se encuentran suspendidas (Bartra y Otero, 2008).

Desde 2003, la apuesta del EZLN, alternativa a la del Gobierno federal, se ha dirigido a materializar el ejercicio de la libre determinación indígena en los territorios. Manuel Martínez (2006), explica que la estructura de gobierno propuesta está integrada por tres niveles: a) los “caracoles”, comprendidos como “espacios político-cultura-

les de encuentro entre las comunidades indígenas zapatistas y la sociedad civil que acude a sus territorios" (p. 220); las "juntas de buen gobierno", entendidas como "instancias que se encargan de la gestión política institucionalizada de las comunidades indígenas en un nivel superior al municipal en los territorios zapatistas" (p. 221); y el pueblo indígena, base de todas las decisiones políticas y sociales. Por ello, el ejercicio democrático se ha entendido bajo el lema "mandar obedeciendo", en tanto las decisiones provienen desde la libre determinación de los pueblos y son ejecutadas por las instituciones así definidas (p. 220).

Lo anterior forja un paradójico panorama para la movilización indígena mexicana: por un lado, consigue espacios de interlocución directa con el Estado; por el otro, los acuerdos logrados y las demandas reivindicadas de los pueblos son desconocidas por el estamento. Esto, incluso, en contravención de las disposiciones democráticas de la nación mexicana, las consultas populares a favor de los pueblos o el mismo reconocimiento internacional de sus derechos, integrados, vía constitucional, al ordenamiento jurídico federal.

De lo anterior es posible concluir que, en términos de la incidencia de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico, si bien México cuenta con el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación y del derecho de libre determinación y demás derechos étnicos, este no es producto de las deliberaciones de los ASA, sino de decisiones unilaterales del Gobierno federal, que finalmente restringió la riqueza de los acuerdos logrados. Por eso, su calificación es media. En segunda instancia, si bien los pueblos indígenas cuentan con diferentes escenarios de representación, su participación en diferentes organismos gubernamentales se ha visto matizada entre el logro de acuerdos sobre la transformación constitucional y la formulación de normas y políticas públicas, por un lado; y el incumplimiento y la transformación unilateral de los mismos, por el otro, un fenómeno que ha generado el distanciamiento entre ambos sectores. Con base en todo lo anterior, en síntesis, en cuanto a esta variable, la incidencia política, se puede establecer en un nivel medio.

2.2.3. Sujetos titulares de derechos: jerarquías normativas y principios de interpretación

Las fuentes para identificar la titularidad de derechos étnicos en México son, principalmente, la Constitución General, los tratados internacionales y las leyes federales. El orden obedece a la jerarquía establecida para cada fuente en el ordenamiento jurídico mexicano. Así, si bien el artículo 133 constitucional reconoce que los tratados internacionales ratificados por el Estado hacen parte de la norma superior, la

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) definió que aquellos se ubican en un rango inferior a la carta política (López, 2006); lo que implica, como consecuencia inmediata de esta supremacía constitucional, que "una norma jurídica secundaria no puede impedir modificaciones a la Constitución General ni prescribir que el contenido de ésta se ajuste a aquella" (López, 2006, p. 82).

No obstante, con la reforma constitucional de 2011, en México, la normas relativas a derechos humanos deben interpretarse conforme a la carta política y a los tratados internacionales sobre la materia, "favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia" (Poder Ejecutivo, 2011, p. 2).

Además, tales disposiciones admiten el control de convencionalidad en cabeza de jueces e incorporan los principios de progresividad y *pro personae* como criterios de interpretación (Garmendia Cedillo, 2012). Al respecto, la SCJN (2011) estableció

> Todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona (citado por Garmendia Cedillo, 2011, p. 12).

Entonces, para definir la titularidad de derechos étnicos en México, se debe comenzar por la Constitución política mexicana, la cual será comprendida a partir de su relación con los tratados internacionales. Así, la reforma de 2001 introdujo dos definiciones: "pueblo indígena" y "comunidad integrante de pueblo indígena". La carta política, a su vez, estableció que el reconocimiento de ambos se desarrollaría en constituciones y leyes federativas.

Por un lado, los pueblos indígenas fueron definidos como "[a]quellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas" (art. 2); por lo cual "la conciencia de identidad indígena" es un criterio para determinar la titularidad de derechos (art. 2). Por el otro, la carta política se refirió a las comunidades integrantes de pueblos indígenas como "aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres" (art. 2).

A ambos titulares se les reconoció expresamente la autodeterminación interna (art. 2A), bajo la cual se protegen los derechos a jurisdicción especial (arts. 2AII y 2AVIII), el gobierno propio (art. 2AIII), educación de su "lengua" (art. 2AIV), "mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus territorios" (art. 2AV), uso y disfrute preferente de recursos naturales (art. 2AVI) y representación política ante instancias federales (art. 2AVII). Por su parte, el derecho a la consulta previa se restringió a las políticas de educación (2BII) y de desarrollo (art. 2BIX).

Lo anterior permite algunas interpretaciones. Primero, la competencia sobre la garantía de los derechos reconocidos a pueblos y comunidades fue trasladado a los estados federales; sin embargo, en esta instancia, el reconocimiento de la titularidad se encuentra restringida a criterios etnolingüísticos y de asentamiento territorial (art. 2). De esta manera, se reconocen los pueblos indígenas, pero sus derechos quedan subordinados a su existencia material en comunidades (López, 2006), hecho que se materializa en los censos étnicos. Al respecto, la SCJN (2013), estableció que

> No hay consenso sobre el número de pueblos indígenas que existen en México. Sin embargo, la principal forma de definirlos es a través del criterio lingüístico, esto a pesar de que algunas personas han dejado de usar la lengua indígena (dada la discriminación y racismo que aún existen en nuestro país), conservando en todo o en parte, sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (p. 11).

Además, también se puede captar una prevalencia de la protección sobre los individuos en detrimento de la colectiva (López, 2006). Estos indicadores permiten asumir que los pueblos indígenas no son comprendidos constitucionalmente como sujetos de derecho, sino como "entidades de interés público", lo que dificulta el ejercicio de sus facultades en diversos ámbitos y preserva un régimen de tutela neoindigenista en cabeza del Estado (Sierra, 2005, p. 291). Esta interpretación se fortalece cuando la SCJN (2013) considera a los pueblos indígenas, además de sujeto de derechos, como ciudadanos generalmente en condición de pobreza, que merecen acciones afirmativas del Estado para la garantía de sus derechos (p. 23)

Sin embargo, con la ratificación del Convenio 169, en 1990, y las disposiciones de la reforma constitucional de 2011, se deben aplicar los principios de progresividad y *pro personae* con el fin de que los derechos reconocidos en la carta política mexicana sean interpretados a favor de los pueblos, entendidos como sujetos colectivos, y no de comunidades.

En cuanto a la DNUDPI, cabe afirmar que México, además de jugar un papel crucial en su construcción y en la inclusión de la libre determinación como su principio rector, aprobó el instrumento y, consecuentemente, ha sido utilizada por los pueblos indígenas en varios ámbitos, especialmente en lo relacionado con la protección a los derechos de consulta y consentimiento previos (Carmen, 2010).

Este bloque de interpretación puede evidenciarse en la acción de amparo directo en revisión 1851 de 2007, mediante el cual la SCJN (2013) estableció que

> La definición de lo indígena no corresponde al Estado, sino a los propios indígenas. El Estado y, en particular, los órganos encargados de la persecución de los delitos y de la impartición de justicia deben guiarse, en la calificación social, por lo que la población indígena decida (p. 58).

En esta línea de interpretación, resulta interesante el llamado de la SCJN (2013) a los operadores jurídicos mexicanos para que apliquen los principios de progresividad y pro personae en sus decisiones relacionadas con los pueblos indígenas. Además, la SCJN también acepta decisiones del sistema interamericano como mecanismos de democratización y fuente de derecho (p. 64).

En el tercer nivel jerárquico del ordenamiento jurídico se encuentran las constituciones federales. En este caso es oportuno revisar la de Oaxaca, dado que, como ya se mencionó, es la del estado que cobija el mayor número de indígenas; además, esta norma sí integra los avances constitucionales logrados después de los ASA (López, 2006).

Es de anotar que, en su primera constitución política, Oaxaca reconoció en su organización administrativa a los pueblos indígenas y su régimen de autonomía territorial. Sin embargo, primero, la participación electoral fue limitada y, segundo, los derechos constitucionales fueron restringidos en las reglamentaciones posteriormente expedidas por el poder legislativo (López, 2006).

La carta política de 1922, hoy vigente, ha sido objeto de diversas reformas, la última de las cuales reconoce en el artículo 1.o el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del estado de Oaxaca (Poder Legislativo, 2015), si bien tal reconocimiento ya se encontraba formulado originalmente en el artículo 16 que declara la diversidad del estado. El artículo 16 también protege el derecho a la libre determinación de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanos, por lo cual reconoce su personalidad jurídica como sujetos colectivos; sus formas de organización política, social

y de gobierno; su acceso a recursos naturales de sus tierras y territorios, y su participación en programas de educación y planes de desarrollo.

El grueso de garantías constitucionales a favor de los pueblos, tanto indígenas como afromexicanos, están dirigidos a garantizar la libre determinación. En ese sentido, por ejemplo, el Gobernador está en la obligación de promover

> [*e*]l fortalecimiento de [*la*] libre determinación y autonomía, patrimonio cultural, desarrollo económico y social [*de los pueblos,*] que posibiliten sus aspiraciones y formas propias de vida, así como la protección y conservación de sus tierras, territorios y recursos o bienes naturales (art.79XXIX).

Para garantizar la libre determinación, se establecen la protección territorial (art. 16), la resolución intercultural de los conflictos que esto suscite (art. 91), así como al ejercicio de facultades jurisdiccionales en sus territorios. Además, la carta reconoce a los pueblos derechos "sociales" (arts. 3, 12, 16, 29, 114A) y político-electorales (art. 25, 33, 106), de autogobierno (arts. 16, 29), formula protecciones colectivas (arts. 16, 105), garantías individuales a sus integrantes (art. 12, 105), y reconoce expresamente los derechos de consulta y consentimiento previos (art. 59LXXI).

El Decreto 266 de 2001 reglamenta el artículo 16 (LEO, 2001), en el que se define a los pueblos indígenas como

> Aquellas colectividades humanas que, por haber dado continuidad histórica a las instituciones políticas, económicas, sociales y culturales que poseían sus ancestros antes de la creación del Estado de Oaxaca: poseen formas propias de organización económica, social, política y cultural; y afirman libremente su pertenencia a cualquiera de los pueblos [*indígenas reconocidos en la ley*] […]. El Estado reconoce a dichos pueblos indígenas el carácter jurídico de personas morales de derecho público, para todos los efectos que se deriven de sus relaciones con los Gobiernos Estatal, Municipales, así como con terceras personas (art. 3II).

Además, define a las comunidades indígenas como

> Aquellos conjuntos de personas que forman una o varias unidades socioeconómicas y culturales en torno a un asentamiento común, que per-

> tenecen a un asentamiento común, que pertenecen a un determinado pueblo indígena (art. 3III).

En general, la norma establece un marco de autonomía para los pueblos indígenas dentro de sus ámbitos territoriales (art. 8). Sin embargo, también integra restricciones frente al derecho de consulta previa. Por ello, es posible afirmar que, al establecer normatividad más concreta frente a la garantía de la libre determinación, la carta política de Oaxaca es más amplia y progresista que la misma Constitución mexicana.

La calificación de la variable del carácter de la titularidad de los sujetos de derechos étnicos en México resulta un ejercicio bastante interesante: mientras existen restricciones expresas constitucionalmente, en general, al evaluar el asunto en bloque, desde fuentes internacionales, los principios de interpretación más favorables, la jurisprudencia y su aplicación más concreta en constituciones como la de Oaxaca, es posible afirmar que el indicador es alto.

2.2.4. Jurisdicción Especial Indígena: trascendiendo jurisprudencia colombiana

En México, la JEI tiene estrecha conexión con la autodeterminación, en tanto, como parte del reconocimiento y garantía de este derecho, la Constitución General establece la autonomía de los pueblos indígenas para "aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos" (art. 2AII). Sin embargo, tales facultades se restringen cuando entran en conflicto con los "principios generales de la Constitución, respeto de las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres" (art. 2AII). Esto implica que el articulado constitucional reconoce el derecho colectivo de los

> pueblos y comunidades indígenas de crear 'derecho' y que este sea reconocido y respetado por las instituciones públicas, siempre y cuando se ejerza respetando los principios generales de la constitución y los derechos humanos (SPCJN, 2013, p. 16).

La carta política también establece que parte de esta relación se garantiza con el pleno acceso de los pueblos indígenas a la jurisdicción del Estado, para lo cual ordena que el sistema judicial asuma medidas para tener en cuenta las "costumbres

y especificidades culturales" (art. 2AVIII), entre ellas, "el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura". Por ello, la SCJN (2013) insiste en la necesidad de que las instituciones judiciales federales transiten hacia una lectura intercultural del derecho mexicano (p. 16)

De esta normatividad pueden señalarse tres aspectos de interés. Primero, aunque la Constitución reconoce que la justicia indígena se fundamenta en sistemas normativos, es decir, conjuntos coherentes y articulados de normas, por otra parte, estos sistemas tan solo se comprenden como "costumbres y especificidades culturales", lo que les resta el carácter que realmente tienen. Segundo, las medidas establecidas para los pueblos indígenas dentro de la jurisdicción del Estado omiten alusión alguna sobre el alcance de las sanciones que profieren; no obstante, es necesario recalcar que, como se ha expuesto, prevalecen los principios de progresividad y *pro personae* en la interpretación de los derechos de estos pueblos. Finalmente, la justicia indígena se encuentra subordinada a la protección del régimen individualista que caracteriza el ordenamiento constitucional mexicano, lo cual no es de poca monta, en tanto es indicador del pequeño margen del ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas y de la necesidad de obedecer "la exigencia constitucional" para su validación (Sierra, 2005, p. 294).

Así, las disposiciones constitucionales permiten identificar la existencia del pluralismo jurídico en el ordenamiento mexicano; empero, su naturaleza es problemática. Primero, las disposiciones constitucionales no generan claridad sobre si el tratamiento de la justicia indígena obedece realmente a su comprensión como un sistema normativo o, por el contrario, dado el pequeño margen de discrecionalidad que realmente se les reconoce, lo configura en un mero mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Así,

> [*Las*] autoridades [*indígenas*] están subordinadas a las autoridades municipales, estatales y nacionales. Esto significa que el ámbito en que se aplican los sistemas jurídicos de las comunidades es reducido; suele limitarse a los conflictos entre los propios miembros de la comunidad y a delitos y problemas menores o que tienen que ver con la cultura y los valores comunitarios. Los delitos graves, como homicidio o narcotráfico, son turnados a los tribunales estatales o federales (Navarrete, 2008, p.63).

Segundo, la subordinación de la justicia indígena al orden estatal configura una relación vertical y no horizontal, lo que impide la autonomía indígena. Además, la JEI es sometida a un examen de convalidación y compatibilización frente al sistema ordinario. En ese orden de ideas, es cuestionable la coordinación entre ambos sistemas,

en tanto la relación jerárquica privilegia la doctrina de tutela del Estado sobre la libre determinación de los pueblos (Sierra, 2005).

La SCJN (2013) también ha ratificado la necesidad de que los tribunales federales impriman "legalidad" a las decisiones proferidas en el marco de la justicia indígena, bajo el procedimiento de convalidación. Para lo cual, ha recomendado tres criterios: a) examinar la posible constitución de un conflicto de competencia; b) ordenar peritajes culturales o jurídico-antropológicos u otros medios probatorios (actas comunitarias o consejos de ancianos) para revisar las decisiones judiciales de las autoridades indígenas; y c) someter a evaluación constitucional tales decisiones. El examen de convalidación también deberá atender a los principios orientadores ya mencionados, así como a los de no discriminación, autoidentificación, y al derecho de los pueblos a mantener, desarrollar y controlar sus propias instituciones (SCJN, 2013, pp. 29- 41).

Finalmente, no todos los estados federales han cumplido con el mandato constitucional de regular la materia o, en su defecto, la autonomía federal ha auspiciado una gama heterogénea de regulación del ejercicio jurisdiccional, en donde algunas constituciones rebasan la norma fundamental, mientras en otros es restringida (Sierra, 2005). Este fenómeno podría resultar en una vulneración del derecho a la igualdad de los pueblos mexicanos, en tanto no todos tienen las mismas garantías frente a la libre determinación.

En este panorama, el ejercicio de facultades jurisdiccionales indígenas fácilmente podría interpretarse como un proceso contrahegemónico y no como parte del desarrollo del pluralismo jurídico de una nación diversa étnica y culturalmente.

Asimismo, cabe destacar que la SCJN (2013) expidió un *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, a través del cual se establecen parámetros de coordinación entre los sistemas de justicia ordinaria e indígena, en aras de garantizar la armonía entre ambos, así como la libre determinación de los pueblos. El protocolo, fundamentado en el sistema interamericano y en derecho comparado, procura ofrecer herramientas de interpretación a funcionarios que enfrenten tales conflictos de competencias.

En el caso específico de Oaxaca, las disposiciones sobre justicia indígena rebasan las disposiciones constitucionales, por ejemplo, al reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derechos y como "entidades de interés público" (Sierra, 2005). Además, la carta política define que el Estado federal se fundamenta sobre el

pluralismo jurídico y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico deberá adecuarse a tal calidad (art. 105) en ámbitos políticos, sociales, económicos y electorales.

Así, las facultades jurisdiccionales establecidas constitucionalmente integran tanto el reconocimiento del ejercicio judicial (Título V) como legislativo de los pueblos (art. 50 VII). Lo que resulta de gran interés, por cuanto la carta política incluso protege las instituciones democráticas de los pueblos (art. 25II) y exige de todos los órganos federales el respeto a dicho pluralismo.

Ahora, en Oaxaca no existe el reconocimiento expreso de los sistemas normativos propios o el derecho de los pueblos indígenas a definir autónomamente la jurisdicción que regirá en sus territorios. Es más, traslada al poder legislativo la competencia de regular el derecho de justicia propia, así como de los criterios para la homologación y convalidación de los procedimientos sobre los que esta se fundamenta (art. 16). Además, delimita en cabeza del Pleno Tribunal Superior de Justicia la competencia exclusiva de

> Establecer y ponderar criterios de homologación y adecuación en la aplicación de las normas estatales y las normas indígenas en el marco del pluralismo jurídico; así como resolver los conflictos derivados de los ámbitos de competencia entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal (art. 106VI)

Esta competencia también se propone en cabeza de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, a la que se le confiere la atribución de "conocer, adecuar y coordinar los sistemas normativos indígenas y las normas del Estado" (art. 114AII).

En términos de derechos individuales, el artículo 16 constitucional instituye derechos específicos tanto para personas indígenas vinculadas a procesos judiciales en calidad de víctimas —caso en el cual deberán contar con garantías procesales como traductores y peritos que puedan defender sus intereses y derechos (art. 8)—, como para infractores indígenas, con preferencia a jueces que conozcan el idioma del procesado y tomen en consideración, durante el proceso y la sentencia, la "condición, prácticas y costumbres" de aquel.

> Por su parte, el Decreto 266 define a los sistemas normativos de los pueblos como un conjunto de normas jurídicas orales de carácter consuetudinario que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como

> válidas y utilizan para regular sus actos públicos y sus autoridades aplican para la resolución de sus conflictos (art. 3VIII);

los cuales estarían "basados en sus tradiciones ancestrales y que se han transmitido oralmente por generaciones, enriqueciéndose y adaptándose con el paso del tiempo a diversas circunstancias" (art. 28).

No obstante, tales definiciones son restringidas frente a la complejidad propia de los sistemas normativos indígenas. Es más, la misma ley restringe el ejercicio de justicia propia a la resolución de asuntos de familia, vida civil, y conflictos internos, siempre y cuando estos no contravengan el ordenamiento jurídico de Oaxaca, en específico, ni de México, en general (art. 29).

El artículo 38 del Decreto 266 establece que la justicia indígena se aplica sobre a) casos en donde intervengan personas indígenas. Cuando una persona no indígena se encuentre involucrada, esta podrá elegir a la autoridad que considera competente para conocer su caso; b) delitos tipificados con sanciones menores a dos años de prisión; c) tenencias individuales sobre tierras indígenas; d) atentados contra las formas de vida y organizativas indígenas; y e) controversias intrafamiliares. Los conflictos de competencias jurisdiccionales se resuelven a través de ejercicios de conciliación entre las autoridades en disputa (art. 44).

Asimismo, el artículo define los procedimientos que deben adelantar las autoridades comunitarias de los pueblos, entre otras: a) la celebración de audiencias públicas en donde se garantice que la versión del infractor sea escuchada; b) las detenciones no podrán exceder las 46 horas; c) los procesados siempre deben contar con el derecho a comunicarse en todo momento y se prohíbe cualquier práctica de tortura en su contra; d) las decisiones deberán estar justificadas y constar por escrito; y e) en caso de que las decisiones indígenas sean desconocidas, las autoridades federales podrán intervenir con el fin de auxiliar a las autoridades indígenas en la ejecución de sus decisiones. Los fallos proferidos por la jurisdicción especial podrán constituirse en "elementos necesarios para formar y fundar a convicción de jueces y magistrados" federales (art. 38), porque estos tienen la última palabra.

Empero, bajo las reformas constitucional de 2015 y del Decreto 1263 (Poder Legislativo, 2015), la competencia de adelantar la evaluación de homologación y convalidación de los sistemas propios indígenas quedó en cabeza de la nueva Sala Especial de Justicia Indígena (SEJI) del Tribunal Superior de Justicia del Estado, también sala de apelación penal de asuntos indígenas. Además, desde la reforma constitucional

de 2015, se estableció que la SEJI estaría conformada por los magistrados del desaparecido Tribunal Estatal Electoral de Oaxaca (art. 16 transitorio), con omisión de cualquier propuesta de conformación intercultural.

En cuanto al deber de homologación de los sistemas judiciales indígenas, el artículo 33 del Decreto 266 establece que tal procedimiento es una diligencia formal que funcionarios federales deben adelantar con las autoridades comunitarias. En el trámite deben intervenir personas indígenas, es necesario "intercambiar información" y articular las normas para resolver las controversias que se susciten entre ambas jurisdicciones (art. 33).

Por su parte, según el artículo 23 del Decreto 1263, la compatibilización y la convalidación, son procedimientos mediante los cuales se verifica que las decisiones de las autoridades de pueblos indígenas respeten los principios y derechos de la Constitución Federal, los tratados internacionales y la carta política de Oaxaca. En ese sentido, la SEJI puede ordenar, según su consideración, una nueva decisión de la autoridad comunitaria o armonizarla con el ordenamiento jurídico. Es decir, las decisiones de las autoridades indígenas son válidas, en tanto la SEJI así lo defina.

A pesar de lo anterior, mediante Acuerdo General 31 de 2013, el Estado de Oaxaca obliga a los operadores jurídicos a aplicar el protocolo de coordinación propuesto por la SCJN (2013). Con ello, pretendió formar un bloque normativo integrado también por los principios orientadores fundados en la progresividad y la interpretación más favorable para los pueblos indígenas.

En conclusión, la variable sobre el alcance de la jurisdicción especial en México, con la revisión de los indicadores normativos, integra varios matices. Primero, el reconocimiento constitucional al derecho lo interrelaciona expresamente con la libre determinación y, a la vez, lo define en términos de facultades legislativas y judiciales, en aras de mantener el orden social y garantizar la autonomía indígena, lo que puede estimarse como alto. Pero, las decisiones y normas proferidas desde los sistemas propios deben ser sometidas a un examen de validación del sistema ordinario, lo que implica una calificación media. Por su parte, el desarrollo normativo ha sido variado, por cuanto hay avances y retrocesos en su devenir; así, por un lado, se encuentran disposiciones legislativas restrictivas y, por el otro, instrumentos judiciales con un mayor grado de progresividad, sin embargo, no se evidenció que estos fueran producto de una concertación o consulta previa; lo que lleva a calificar este indicador como medio. Asimismo, por un lado, la concepción de los sistemas jurídicos propios recibe un tratamiento de usos y costumbres para la resolución de conflictos internos específicos, un tratamiento que debe ser validado por el sistema

ordinario, lo que lo ubica en un nivel bajo. Por ello, en general, ante esta variable, México se ubica en una posición media.

2.2.5. Caso emblemático: declinando la competencia a favor de la interculturalidad

La jurisprudencia de Oaxaca se ha destacado por su protección a las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas. Una de las decisiones hitos sobre la materia es la declinación de competencia proferida por el Primer Tribunal Unitario (PTU) del Décimo Tercer Circuito de Justicia, el 23 de septiembre de 2013, bajo la referencia "Toca Penal 99". La providencia reconoció la competencia a favor de la comunidad indígena Santiago Quiavicuzas (pueblo Zapoteca) para decidir sobre el delito de migración imputado contra uno de sus integrantes.

Según los hechos narrados por la sentencia, en 2012, el inculpado transportó en una camioneta a once personas, diez de ellas indocumentadas y procedentes de Guatemala. La referida conducta es considerada como delito en la ley de migración mexicana. En una primera instancia, el infractor admitió su responsabilidad, a la vez que negó su pertenencia étnica. En diligencia posterior, admitió ser indígena, por lo cual la instancia judicial que conoció el caso decidió integrar un traductor al proceso. Finalmente, el inculpado fue sancionado con ocho años de pena privativa de la libertad, entre otras disposiciones. La sentencia fue objeto de un recurso de conflicto de competencia promovido por el pueblo indígena interesado (PTU, 2013).

En aras de decidir el conflicto, el *ad quem* recabó material probatorio a través del cual pudo constatar, primero, que la comunidad indígena a la que pertenecía el inculpado estaba sometida a sistemas normativos competentes para adelantar el proceso penal con garantías de reparación y ejecución de sanciones; y, segundo, que el infractor era indígena perteneciente a dicha comunidad (PTU, 2013).

Seguidamente, la segunda instancia aplicó criterios de razonabilidad y proporcionalidad, así como los principios de progresividad, para considerar si las autoridades comunitarias del pueblo indígena eran o no competentes para conocer el caso. En esa medida, consideró necesario examinar a) la legitimidad, es decir, su carácter constitucional; b) la idoneidad, esto es, el carácter óptimo, adecuado y congruente para la protección de los fines constitucionales; c) la necesidad, entendida como el carácter indispensable e inexistencia de alternativas menos gravosas para los derechos que se pretenden garantizar; y d) la proporcionalidad, que implica mayores beneficios al servicio del interés general (PTU, 2013, p.29).

De dicho examen, el PTU (2013) concluyó, primero, que la legitimidad de la competencia de las autoridades indígenas se fundamenta en disposiciones constitucionales, especialmente aquellas relacionadas con el reconocimiento de la diversidad cultural de la nación mexicana, el derecho a la libre determinación de los pueblos, la discriminación histórica de la que estos han sido víctimas, y el deber del Estado de protegerlos a través de la garantía de sus derechos.

En cuanto a la idoneidad de la competencia indígena, el PTU (2013) consideró que las pruebas antropológicas aportadas en el proceso dan cuenta de que el sistema de justicia Zapoteca es ancestral y actualmente integra los elementos mínimos requeridos para adelantar dicho proceso y adoptar una decisión bajo los preceptos del ordenamiento jurídico mexicano y, en específico, del Estado de Oaxaca. Asimismo, la decisión afirma que

> […] lo cierto es que de hecho y de derecho las autoridades tradicionales respectivas tienen la equivalencia de auténticos juzgadores, al igual que su reconocimiento como órganos jurisdiccionales y funciones propias de estos, dentro de la comunidad específica (PTU, 2013, p. 40).

Lo anterior, también permitió concluir al Tribunal (2013) que, frente al criterio de idoneidad, si bien el ámbito territorial en donde se cometió la conducta tipificada constituye un factor para definir la competencia, en casos como el concreto, prevalece el ámbito subjetivo, es decir, la identidad étnica del individuo y el vínculo con su cultura. Por lo cual, la decisión judicial debería garantizar progresivamente la protección de dichas identidades en las condiciones más pertinentes, entendidas como parte del mínimo vital[6] de cada sujeto.

Además, el Tribunal consideró que restringir la jurisdicción al ámbito territorial indígena[7] podría, por un lado, fragmentar el principio del derecho a la igualdad al "homologar la realidad del ciudadano o del conglomerado indígena a la de la sociedad mexicana general, pasando inadvertida la cosmovisión de cada entorno, desde el enfoque colectivo e individual…" (p. 50); pero, por el otro, también significaría

6 Resulta interesante que el desarrollo de la categoría de "mínimo vital", así como de otros conceptos determinantes para la resolución del PTU, se fundamentaron, entre otros, en la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la materia.

7 Para el Tribunal, el ámbito territorial es el espacio geográfico en donde los pueblos indígenas, colectiva o individualmente, desarrollan su mínimo vital. Interpretación que puede configurar la ampliación del concepto de territorio al de territorialidad.

"coartar la oportunidad de mejorar la calidad de vida del individuo fuera de la zona indígena, con la consecuente vulneración del derecho fundamental al mínimo existencial" (p. 41), impidiendo que aquel disponga de los recursos materiales mínimos para subsistir digna y autónomamente.

Frente a ello, la decisión afirmó que la interpretación más pertinente, y constitucional es fomentar el desarrollo colectivo y cultural del pueblo y del individuo, a través del reconocimiento del derecho de aplicar la justicia propia sobre infractores, cuyas conductas ocurrieron incluso fuera del ámbito territorial:

> [*e*]l derecho de los pueblos indígenas a un efectivo acceso a la justicia, pasa primero por el respeto al efectivo acceso a la justicia consuetudinaria: aquélla que ejercen sus autoridades al interior de los pueblos" (subrayas y negrilla originales del texto. PTU, 2013, p. 57).

La primacía del ámbito subjetivo como criterio de definición de competencia, interpretado como garantía del mínimo vital, permite al *ad quem* (2013) concluir que

> Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática (p. 46).

En ese sentido, la sentencia relacionó el mínimo vital con el deber del Estado de garantizar los derechos de todos los sujetos, individuales y colectivos, con el fin de que estos puedan determinar su "subsistencia" digna y autónoma y, como consecuencia, participar libremente de una vida democrática.

Asimismo, la sentencia promueve erradicar el colonialismo jurídico y, en su lugar, propone que "los tribunales constitucionales tengan la capacidad de leer interculturalmente el derecho" (PTU, 2013, p.65), para lo cual pide reconocer la diversidad de fuentes que los jueces deben considerar al tratar cuestiones indígenas: pluralismo jurídico constitucional, tratados internacionales, protocolo para resolver conflictos de competencia, ASA e incluso derecho comparado. Fuentes que deberán ser consideradas, según la sentencia, al momento del examen de validación de los sistemas normativos, con el objetivo de "[…] alinear la justicia ordinaria con la justicia indígena, a fin de generar un marco normativo que evite los solapamientos entre ambas jurisdicciones" (PTU, 2013, p. 66).

En cuanto a la necesidad de la medida, la sentencia afirmó que, en un marco de pluralismo jurídico como el mexicano, los sistemas jurídicos no solo constituyen derecho sino que también son complejos, en tanto integran unas categorías específicas, agrupa reglas y técnicas para definirlas, métodos de interpretación, pretenden una concepción de orden social, cumplen con las funciones propias y del derecho y se encuentran inscritas en las culturas jurídicas milenarias de los pueblos y en su estrecha relación con la naturaleza. Las características, entonces, de estos sistemas son su "consuetudinariedad", producto de siglos de producción y aplicación; su carácter práctico, que atiende a su organización político-religiosa, y su carácter conceptual, que responde a su forma de concebir el mundo (PTU, 2013, pp. 73-74).

Por último, la proporcionalidad implica considerar como necesarios el respeto y la garantía del derecho de los pueblos a aplicar sus sistemas normativos, por cuanto el pluralismo jurídico cumple el propósito de permitir la interacción y el diálogo entre ambos sistemas normativos, como análogos, con el respeto recíproco entre "medios coexistentes, autónomos, independientes y alternativos" (PTU, 2013, p. 78). Por ello, antes que homologar un sistema, el pluralismo jurídico busca una articulación entre ambos con el fin de alcanzar un equilibrio dinámico y, por esa vía, la salvaguarda de la unidad de la nación.

Entonces, según la decisión judicial, el derecho al acceso a la justicia se comprende como un ejercicio de autonomía que no se restringe a la resolución de conflictos internos, sino que también trasciende hacia el derecho de los pueblos a decidir libremente sobre sus formas de vida y gobierno. Así, las decisiones que se adopten en dicha jurisdicción deben tomarse como cosa juzgada con la misma fuerza que los fallos de un juez ordinario (PTU, 2013, p. 97).

Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad formulados proporcionan al *ad quem* la concepción del pluralismo jurídico desde dos ámbitos: estatal y humano. El primero obedece al derecho estatal, percibido como la diversidad de formas de organización de la vida que emergen del Estado. En este sentido, la sentencia invita a desdibujar la separación entre el derecho formal y el informal para, en su lugar, reunirlos como dos elementos interrelacionados e interdependientes que en su totalidad expresan la realidad social del ordenamiento jurídico. Tal distinción fragmentaría la relación entre lo social y lo jurídico (PTU, 2013, pp.112-113).

El segundo, humano, define el derecho como una "forma de imaginar el orden del mundo", una expresión de "nuestra conciencia de ser/estar en la Tierra" (PTU, 2013, p. 113). Así las cosas, los fenómenos jurídicos no deben ser interpretados homogéneamente, es decir, desde una sola ideología o temporalidades y espacios determinados,

en tanto esto mina el dinamismo propio de la historia humana. Al contrario, el pluralismo humano reconoce la existencia paralela de diferentes órdenes que deben dialogar en aras de mantener el respeto, pero también la armonía entre ellos.

Finalmente, podríamos afirmar que la doctrina formulada en la instancia judicial fractura las barreras propuestas por el bloque normativo y constituye una mayor garantía a la justicia indígena, concebida de manera interdependiente a la libre determinación. Igualmente, otorga una mayor jerarquía a los sistemas normativos indígenas y promueve un entendimiento del pluralismo jurídico desde la interculturalidad del Derecho, al punto de que desarrolla tanto la justicia indígena como la libre determinación, desde su interrelación, como un mecanismo de fortalecimiento de la vida democrática de los pueblos indígenas en México. Lo anterior, dado que la jurisprudencia debe integrar los procesos organizativos de los pueblos indígenas como parte del ejercicio de diálogo de la sociedad sobre la convivencia entre diferentes formas de vida.

Este caso, entonces, constituye un precedente regional que invita a transitar de un pluralismo jurídico multicultural a uno intercultural; en donde las disposiciones constitucionales, como parte de su dinamismo, implican el respeto y garantía de los diferentes modos de vida que perviven en una nación. Para ello, como se expone en la sentencia, es esencial acudir a diferentes fuentes del derecho, entre ellas los sistemas normativos indígenas, a partir de la presunción de su legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La sentencia, entonces, revela que, en México, en términos de aplicación de la JEI, la interpretación jurisprudencial de la figura eleva la noción normativa establecida en instrumentos constitucionales y legales, lo que permite que su calificación sea alta.

2.3. Perú

2.3.1. Censo étnico en Perú: concentración regional, invisibilización étnica

Según el censo poblacional del 2007, del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) de la República de Perú, se registraron 27’412.157 personas en el territorio nacional, sin tener en cuenta las 808.607 personas que fueron omitidas por diferentes razones, entre ellas la dificultad de acceder a ciertos territorios (INEI, 2007). Entre la población censada se contabilizaron 4’101.591 personas indígenas (INDEPA,

2010)[8] que corresponden al 15% del total nacional. Igualmente, se identificaron 16 familias etnolingüísticas, 68 lenguas y 77 etnias (INDEPA, 2010).

A partir de los resultados del censo, el INEI adelantó algunos estudios sobre los pueblos indígenas de la Amazonia, ya que allí se ubica la mayor diversidad étnico-cultural del país, con pueblos que conforman el 9% de los habitantes de la región (Benavides, 2009). Dentro de estos estudios se identificó la presencia de 60 pueblos en once departamentos, desagregados en 1786 comunidades indígenas; así como la existencia de trece familias lingüísticas (INEI, 2008, p.11).

Sobre este empadronamiento y los informes subsiguientes, algunos autores identificaron problemas respecto a la cuantificación de los pueblos indígenas peruanos (Cruz, 2010, p. 159). Inicialmente, porque los informes del Instituto solo exponen las características de las comunidades de la Amazonia, pues esta constituye más del 60% del territorio nacional (Benavides, 2009). Sin embargo, de los más de 4 millones de indígenas identificados en el censo, solo 332.975 viven en dicha región (INEI, 2020, p. 11). Así, se excluyen al 91% del resto de las personas indígenas de las propuestas de política pública.

Por otro lado, los informes señalaron la existencia de sesenta pueblos étnicos en la Amazonia, región en donde, sin embargo, el Ministerio de Cultura (2016) tiene registrados solo 55 pueblos y la Defensoría del Pueblo (2016) solo reconoce 48, cifras que reflejan la disparidad en la información oficial sobre el reconocimiento y caracterización de los pueblos.

En consecuencia, las organizaciones indígenas han expresado su preocupación por la omisión, en el censo, de algunos pueblos, lo que reflejaría su situación de abandono y hasta su exterminio general (Servindi, 2009). Además, como se puede ver en los informes del INEI (2008), en el censo no se tuvieron en cuenta nueve pueblos de la Amazonia debido a que consideraron que algunos fueron absorbidos por otros o porque la situación de aislamiento de los restantes impidió su contacto (p. 11). Es más: el INEI considera que los pueblos no censados podrían corresponder a 808.607 personas.

8 El Instituto Nacional de desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) es el organismo encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales y, asimismo, coordinar con los gobiernos regionales la ejecución de proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuanos (Ley 28495, 2005).

Por otro lado, el censo utilizó el criterio etnolingüístico y no de autoidentificación, lo cual implicó varios problemas: algunas personas no se consideraban indígenas por no hablar su idioma original, y, dentro de la misma comunidad, algunas personas se identificaron como integrantes de más de dos pueblos y, en consecuencia, de las 1786 comunidades, 21 fueron reportadas con asentamiento pluriétnico (INEI, 2008, p.12). Lo anterior, en contradicción con lo expresado por la OIT y la OEA, para las cuales los criterios de autoidentificación y reconocimiento son los que deben ser considerados para la delimitación de la etnicidad (Oliart, s. f.).

En ese estado de cosas, dada la metodología utilizada en el censo, la disparidad entre cifras oficiales y no oficiales y los cuestionamientos alrededor del censo, frente a esta variable Perú se ubica en un grado bajo.

2.3.2. Incidencia política: entre exterminio, invisibilización y consulta previa

Los procesos organizativos y de movilización indígena en Perú recogen diferentes características históricas. Primero, a pesar de ser el territorio andino con mayor número de personas indígenas, carece de un movimiento indígena de alcance nacional, ya que, a pesar de las movilizaciones del siglo XIX (Ruiz Murrieta, 2003), durante gran parte del siglo XX, el Estado promovió políticas con tendencia homogeneizadora e integracionista que impactaron negativamente el autorreconocimiento étnico; esto explica por qué un gran porcentaje de personas indígenas se autoidentifican como campesinas y no como indígenas (Cruz, 2010, pp.159-160). Por ejemplo, durante el régimen militar de Juan Velasco Alvarado (1968-1976), se estigmatizó lo "indígena" como "ofensivo" y, en su lugar, se promovió la idea de "campesino" como positivo (Oliart, s. f., p. 5).

Lo anterior, a pesar de la emergencia del movimiento indigenista que protagonizó, entre otros, José Carlos Mariátegui desde la *Revista Amauta*, en donde, de la mano de la literatura, se pretendió develar los procesos de discriminación y exclusión contra el "indio" (Arguedas, 1967), la extensión del modelo latifundista en la región sustentado en el despojo territorial de la propiedad indígena y campesina, y la forma como las resistencias fueron fuertemente reprimidas por los gobiernos de turno (Mariátegui, 2007; Stein 2007, pp. 6-7). El movimiento indigenista también promovió la integración peruana a partir de la idea de que la "sociedad rural [era] consecuencia lógica del movimiento indigenista" (Arguedas, 1967, p. 8), porque sin "el indio" no había peruanidad posible (Mariátegui citado por Stein, 2007, p.6).

En segundo lugar, durante la década de los noventa, los Estados latinoamericanos fueron presionados por los bancos Mundial (BM) e Interamericano de Desarrollo (BID) para que introdujeran en sus gobiernos agendas multiculturales. El gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000) decidió atender parcialmente al llamado internacional. Así, el reconocimiento étnico propuesto constitucionalmente no logró la pretendida transformación de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, sino que se tradujo en políticas gubernamentales que prolongaron la discriminación histórica contra ellos. En esa medida, el gobierno de Fujimori debilitó aún más la organización de los pueblos indígenas, endureció la negación de la identidad indígena a la par que fortaleció la campesina y cerró cualquier espacio de interlocución entre las etnias y su régimen (Oliart, s. f.).

Paralelo a este problema, el gobierno introdujo políticas neoliberales que trajeron como consecuencias, entre otros, la explotación minera y de recursos naturales (Durand, 2014, p. 60) y la mercantilización de tierras comunales. Eso ocasionó desarticulación de familias culturales, fragmentación territorial, pobreza rural, migración urbana y debilitamiento social entre los jóvenes indígenas (Oliart, s. f). En pocas palabras, estas políticas reforzaron la destrucción de los tejidos sociales de los pueblos y los marginó. Aunado a ello, prevaleció la precaria representación política de campesinos e indígenas (Pajuelo, s. f, p. 23), lo que impidió la emergencia de un proceso organizativo y de movilización de amplitud nacional.

El conflicto armado peruano también generó afectaciones diferenciales sobre los pueblos que profundizaron su debilitamiento organizativo, político y social (ICTJ, 2008). Sin embargo, las políticas de desindigeniación y de exterminio a través de programas de esterilización forzosa sobre 200 mil mujeres, especialmente indígenas (1996-2000), también constituyeron graves factores del exterminio de los pueblos indígenas (El País, 2002; MamFundacional, 2008).

Por ello, a pesar de que el gobierno de Fujimori defendía que sus políticas multiculturales eran coherentes con la agenda internacional y, de esta manera, pretendió justificar la cooperación lograda para tales fines, en lo material, tales políticas afectaron profundamente a los pueblos y a la democracia peruana (Oliart, s. f.), por lo cual, en 1999, la Defensoría del Pueblo peruana (citada por Oliart, s. f.) aceptó que la legislación sobre estos pueblos

> Tiene un carácter declarativo y general, que, en su mayoría, no ha sido desarrollado a través de políticas públicas que comprometan la acción del Estado y los sectores sociales no indígenas en el debido respeto a los derechos de dichos pueblos y comunidades. (p. 6)

En tercer lugar, durante el régimen de transición de Valentín Paniagua (2000-2001) y el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006), los pueblos indígenas iniciaron procesos de visibilización con respuestas favorables, incluyendo el reconocimiento estatal de sus organizaciones campesinas e indígenas. Así, rápidamente, las propuestas indígenas y campesinas fueron recogidas en escenarios de diálogo y concertación con los gobiernos, con lo que se lograron acuerdos que permitieron transformaciones institucionales y jurídicas (Oliart, s. f). Por ejemplo, en el caso específico de Toledo, la participación electoral indígena fue determinante para su elección presidencial, al punto de que el gobierno inició con un acto de asunción del mando en Machu Picchu, en donde se firmó la Declaración sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la lucha contra la pobreza (Oliart, s. f.)

Además de la nueva agenda presidencial, las autoridades indígenas lograron la consolidación, entre otras, de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDESEP), la cual, a pesar de las dificultades en la concertación, consiguió la creación de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (CONAPA), la formalización y legalización de territorios indígenas, acuerdos con el Ministerio de Educación sobre la formación de maestros bilingües para pueblos indígenas y la definición de pautas de colaboración para promover programas de salud en diversas regiones (Chirif y García, 2009).

La CONAPA tenía la función de hacer seguimiento e implementar las políticas públicas a favor de los pueblos, pero, con el tiempo, fue objeto de diversos cuestionamientos por su clientelismo, ineficiencia e incapacidad de acción (Pajuelo, s. f. pp. 25-26; Martin, 2003). Por esa razón, posteriormente, se creó el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Indígenas, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA), que reemplazó a la CONAPA y contó con rango ministerial y autonomía administrativa.

Estos procesos, en cuarto lugar, tuvieron fuertes retrocesos con la segunda posesión de Alan García como presidente (2006 a 2011), por cuanto la INDEPA pasó a ser una dependencia del *Ministerio de la Mujer y el Desarrollo Social*, lo que generó que las organizaciones indígenas perdieran su incidencia en la creación de políticas públicas específicas y la posibilidad de, a través de estas agencias, consolidar procesos a favor de la reivindicación de sus derechos (Pajuelo, s. f., p. 26).

Igualmente, entre 2006 y 2009, el Estado aprobó y ratificó el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Estados Unidos y Perú; y, con el fin de implementarlo, también promulgó y puso en marcha la llamada Ley de la Selva en el Perú, entendida como un conjunto normas que reglamentaban la explotación de la selva amazónica peruana. Las normas promovieron el argumento de la "improductividad" de las tierras de pueblos

nativos, y la lotización de sus territorios para la explotación minera y de hidrocarburos. Estos proyectos omitieron el derecho a la consulta previa (FIDH, 2009).

En 2007, a raíz del marco normativo y la retórica gubernamental contra las tierras nativas, algunas organizaciones indígenas, entre ellas la AIDESEP, se movilizaron en contra de las empresas trasnacionales y del Gobierno. Los procesos lograron la visibilización internacional de las reivindicaciones territoriales y del derecho a la consulta previa de los pueblos. Si bien el Estado trató de responder con represión, finalmente, la movilización logró la derogación de algunos de los decretos que daban apertura a la explotación territorial de la región amazónica y el compromiso del gobierno de revisar las demás normas que permitían la comercialización de bienes naturales (FIDH, 2009).

Sin embargo, en 2008, ante la insistencia del Gobierno de mantener vigentes las normas restantes, el incumplimiento de sus compromisos, el llamado de la OIT al Estado por desconocer el Convenio 169, y la persistencia de los proyectos extractivos en territorios ancestrales sin consulta previa (FIDH, 2009), la resistencia indígena, a través de la AIDESEP, permaneció entre avances y retrocesos. Entre estos últimos se cuenta a la *masacre de Bagua* (2009), en el departamento de Amazonas, en donde, a pesar los avances en la negociación, las Fuerzas Armadas trataron de desalojar a más de dos mil indígenas awajún y wampis que llevaban más de cincuenta días reclamando la derogación de los decretos vigentes y la reversión de los efectos de los proyectos mineros y del desplazamiento forzado de sus comunidades. Infortunadamente, durante el enfrentamiento, tanto indígenas como policías hicieron uso desmedido de la fuerza y murieron 23 de aquellos y diez de estos, lo que se tradujo en la criminalización y judicialización de la AIDESP (Redacción, 2017). Los hechos vigorizaron la incidencia de varias ONG, la OIT y presidentes latinoamericanos sobre el Estado peruano y agitaron la movilización indígena en todo el país, lo que desncadenó la suspensión y posterior derogación de los decretos cuestionados, así como la apertura de la investigación sobre los hechos (FIDH, 2009).

Así, el TLC marcó el momento de resurgimiento del movimiento indígena en el Perú, fue el hito que motivó la defensa del territorio como parte de la identidad étnica y de la consulta previa como medio para reclamar sus derechos colectivos. Desde entonces el movimiento indígena se ha asociado a sectores políticos para tener influencia directa en el gobierno y, asimismo, ha aumentado su influencia electoral y de representación política. Aunque, durante años, el Gobierno continúo negando la importancia de estos movimientos sociales, priorizando la inversión extranjera y desconociendo la normatividad nacional e internacional de protección a los derechos de los pueblos étnicos (Durand, 2014, p.71).

Dadas las presiones sobre el Estado peruano, quinto, en 2010, en busca reorientar la política indígena, el Gobierno creó el Viceministerio de Interculturalidad, bajo el Ministerio de Cultura (2016), con el objetivo de transformar el carácter homogeneizador del Estado a uno que representara la diversidad cultural, reconociera la historia de exclusión contra los pueblos y garantizara sus derechos; así como para promover las diferencias culturales y el enriquecimiento intercultural de la nación peruana. Además, en virtud del Convenio 169, en 2011 se promulgó la Ley de Consulta Previa, con la participaron de siete organizaciones indígenas de alcance nacional reconocidas por el Ministerio de Cultura. Infortunadamente, esta Ley ha sido objeto de varios cuestionamientos (Clavero, 2008). Igualmente, en 2013, se promovió el proyecto de ley para la coordinación entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria (de la cual se hablará más adelante).

A pesar de la pérdida de reconocimiento institucional y la desaparición de la organización con mayor incidencia gubernamental, durante los últimos años los procesos político-organizativos de los pueblos indígenas peruanos han venido creciendo, ya que, por un lado, en las zonas rurales han emergido nuevas autoridades indígenas que, aprovechando el peso electoral entre sus comunidades, han logrado conquistar curules políticas locales; y, por el otro, han logrado promover una política nacional de recuperación de identidad étnica que pretende, en el largo plazo, el reconocimiento y el respeto de los derechos de los que son titulares los pueblos indígenas (Pajuelo, s. f, p. 27), entre las estrategias se puede contar la creación de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro-Peruanos, Ambiente y Ecología, dentro del Congreso de la República.

Así, es posible afirmar que la incidencia política de los pueblos indígenas peruanos ha ido aumentando durante la última década, con el TLC como un catalizador a favor de sus procesos organizativos. Sin embargo, el debate se ha centrado más en la defensa territorial y la consulta previa que sobre otras instituciones y derechos étnicos. Lo anterior, en atención a la urgencia de responder a las consecuencias de la política extractivista y la normatividad que la respalda; hecho que implica concentrar la agenda en determinados procesos, en detrimento de la integralidad de la libre determinación.

Con las circunstancias descritas, frente a la variable de incidencia política de los procesos de organización y movilización indígena sobre el ordenamiento jurídico, es posible aseverar que, primero, el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación fue producto del paradigma multicultural y las políticas internacionales, por lo cual, aunque expreso en la Constitución, su carácter es restringido, es decir, tiene un nivel medio. Segundo, dado que la reforma constitucional es de

iniciativa gubernamental, la carta política no cuenta con un reconocimiento expreso a la libre determinación, a pesar de que sí se reconocen algunos derechos étnicos, por lo cual, este indicador es bajo. Tercero, en cuanto a la participación de pueblos indígenas en diferentes instancias del Estado, se evidencia que históricamente Perú ha contado con algunas instancias de participación y representación; empero, a pesar de algunas coyunturas, predomina la conformación de instancias gubernamentales dirigidas a promover políticas públicas en alianza con algunos pueblos indígenas reconocidos oficialmente, de ahí que este indicador también tenga una calificación de bajo. Por último, frente a la formulación de normas o políticas públicas, encontramos que en los últimos años los pueblos han logrado transitar de la omisión legislativa o regulación unilateral del Gobierno a la formulación concertada de normas y políticas públicas, cuyas disposiciones, a pesar de todo, no han sido materializadas; en ese sentido, entonces, merece una calificación de medio. Así, en general, frente a la variable, Perú tiene un promedio de medio/bajo.

2.3.3. Principio proindígena como factor determinante de la titularidad de derechos étnicos en Perú

En el caso peruano, las fuentes para identificar la titularidad de derechos étnicos son la Constitución Política de 1993, el Convenio 169 —ratificado en 1994— y la Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo —Ley 29785 de 2011, en adelante Ley de Consulta Previa—, entre otros[9]. Por su parte, cabe destacar que Perú ha incorporado la DNUDPI al ordenamiento jurídico a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Trujillo, 2014, p. 10; Tribunal Constitucional del Perú, 2012a).

Cada uno de estos instrumentos contiene una definición diferente sobre la titularidad del derecho y, como afirma Raquel Yrigoyen (2002), estos deben interpretarse sistemáticamente para rescatar el más favorable a los pueblos indígenas (p. 27).

El artículo 89 de la Constitución Política concede personalidad jurídica a las "comunidades campesinas" y a las "comunidades nativas". Es de anotar que a estas comunidades se les reconoce un mínimo de "particularidades culturales", el ejercicio limitado de autonomía, excepciones frente la justicia penal, educación bilingüe, la delimitación de sus territorios y la aplicación del derecho consuetudinario por parte de sus autoridades (Oliart, s.f). Por su parte, el artículo 149 reconoce facultades jurisdiccionales

9 Por ejemplo, la Ley 28736 para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

a las autoridades de comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas. Motivo por el cual, en algunos documentos oficiales se reconoce como titular del derecho a todos estos sujetos colectivos (CJDH, 2016, p. 5).

Por otro lado, la Ley de Consulta Previa establece criterios adicionales para identificar a los pueblos indígenas, entre ellos: la descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional, y la existencia de patrones culturales y modos de vida diferentes a los de otros sectores de la población nacional. Se trata de criterios que restringen el concepto de "pueblo indígena", como lo señala Trujillo (2014), ya que puede haber inconvenientes al momento de demostrar genéticamente una descendencia directa de pueblos originarios (p. 93-94). Además, la norma introduce la categoría de "poblaciones", la cual fue objeto de un amplio debate que obligó a los Estados al reconocimiento de la figura de "pueblos" (Carrillo González, 2013).

Por su parte, el Convenio 169 considera como titulares de derechos a los "pueblos indígenas" y establece los criterios objetivo, subjetivo y territorial para su identificación. Teniendo en cuenta las características descritas por el Convenio, como lo afirma Trujillo (2014), en Perú, todas las comunidades campesinas, las comunidades nativas, las rondas campesinas y los pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial, deben ser comprendidos como "pueblos indígenas y tribales" titulares de derechos (pp. 90-93). Sin embargo, este reconocimiento está supeditado a la interpretación de la práctica jurídica y no a normas que expresamente lo afirmen. Por ello, en este ordenamiento jurídico es fundamental la doctrina como fuente de derecho.

Además de los anteriores criterios para identificar a quiénes se consideran como titulares de derechos étnicos, debe sumarse el principio proindígena, establecido en el artículo 35 del Convenio 169, según el cual se debe escoger el concepto más favorable a los pueblos, es decir, aquel que "otorg[*ue*] más derechos y ventajas" a estos (Yrigoyen, 2002). Dado lo anterior, se puede concluir que, frente a la legislación peruana, la normatividad debe interpretarse a la luz del Convenio 169, es decir, debe entenderse como titular de derechos a los "pueblos indígenas; pues, en el convenio, el término "pueblo" comprende formas de organización que no están integradas en el concepto de "comunidad", como lo son los pueblos no contactados (Yrigoyen, 2004, p. 177).

Ahora, si bien no tiene mayor desarrollo en Perú, es importante tener en cuenta que integrar la DNUPI al ordenamiento jurídico interno implica elevar los estándares de interpretación del Convenio 169, de tal forma que la determinación de pueblos étnicos y tribales no obedece a los criterios de este, sino a la libre determinación, tal y como dispone aquella en el artículo 3 al establecer que "[l]os pueblos indígenas

tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural"

Al adoptar este concepto no se contravendría ninguna disposición legal o constitucional, pues tanto en el artículo 55 constitucional como en la doctrina y la jurisprudencia peruana han aceptado la existencia de un bloque de constitucionalidad y uno supraconstitucional de las disposiciones internacionales que versen sobre derechos humanos (Trujillo, 2014, p. 87).

De esta manera, en cuanto a la titularidad de los sujetos de derechos étnicos, Perú se ubicaría en un nivel medio, en tanto las disposiciones constitucionales y legales son restrictivas y en ellas prima la noción de comunidad, mientras que la doctrina y jurisprudencia tiende a una mayor garantía frente a la categoría, promoviendo la noción de pueblo autodeterminado.

2.3.4. Jurisdicción Especial Indígena en Perú: justicia comunal

Las últimas décadas del siglo XX estuvieron marcadas por el reconocimiento de la pluralidad étnica a nivel internacional a través de diferentes instrumentos como el ya nombrado Convenio 169 (Yrigoyen, 2004, p.172). Este reconocimiento global se vio reflejado en las diferentes constituciones latinoamericanas durante la década de los noventa, que hicieron un reconocimiento expreso del derecho a la identidad étnica y cultural, así como de la jurisdicción especial, como es el caso peruano en 1993 (Yrigoyen, 2000, pp. 230- 232).

La Constitución peruana reconoce, por un lado, la pluralidad étnica y cultural (art. 2.19); por el otro, la existencia legal como personas jurídicas de las comunidades campesinas y nativas; así como la identidad cultural y la autonomía en su organización social, jurídica, económica y administrativa:

> Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.
>
> Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas. (artículo 89)

Asimismo, el artículo 149 constitucional reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades campesinas, nativas y a las rondas campesinas y el uso del derecho consuetudinario

> Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Es importante anotar que las "rondas campesinas" son órganos comunitarios que imparten justicia en sus ámbitos territoriales. Dichas facultades se reglamentan por un bloque normativo[10] que también cobija a pueblos indígenas; pero, debido al legado del régimen militar de Alvarado, deben comprenderse de manera general (Trujillo, 2014, p. 88-90). Por ello, los titulares del derecho son las "comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas" (CJDH, 2016, p. 5) y la jurisdicción especial se denomina «justicia comunal» (Ruiz, 2018).

Ahora, el derecho consuetudinario ha sido comprendido en el Perú como el sistema de normas, valores, principios, instituciones, autoridades y procedimientos que corresponden a un sistema cultural que un sujeto colectivo concibe como propio y que permiten a los pueblos regular su vida social y resolver sus conflictos (Yrigoyen, 2000, p. 240).

Este reconocimiento de la justicia comunal (Ruiz, 2009, p. 144) trae consigo ciertos elementos que la caracterizan: la facultad de conocer el asunto (*notio*), de convocar a las partes (*vocatio*), de usar la fuerza para garantizar el desarrollo de los actos del ejercicio de la potestad jurisdiccional (*cohertio*), de resolver los casos (*iudicium*) y de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones (Trujillo, 2014, pp. 85-88).

La jurisdicción comunal también reconoce tres competencias: territorial, material y personal. Frente a la primera, la Constitución dispone que los sistemas propios pueden conocer los casos que se susciten dentro del ámbito territorial, entenddo este, por un lado, como la "totalidad del hábitat de regiones que los pueblos interesados ocupan", como lo establece el Convenio 169; y, por el otro, como un espacio

10 Entre ellos el C169, la Ley de 27908 (Ley de rondas campesinas), y la sentencia 975-04 del 9 de junio de 2004, proferida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

geofísico que no significa necesariamente propiedad (Yrigoyen, 2004, p. 180). La competencia material no tiene mayor desarrollo o restricción normativa. Por último, la personal refiere a que la competencia se ejerce sobre los integrantes de las "comunidades campesinas, indígenas" y sobre los terceros que se encuentren en el ámbito territorial respectivo (Trujillo, 2014, pp. 106-113).

A partir de estos elementos se puede decir que la justicia comunal es autónoma; así, los tribunales ordinarios no son competentes para revisar las decisiones de las autoridades, a menos que, como lo dispone la Constitución, representen vulneraciones a los derechos fundamentales, caso en el cual conocería el tribunal constitucional (Trujillo, 2014)).

Sin embargo, durante años, y a pesar de la vigencia de la Constitución Política, la justicia ordinaria criminalizó a los pueblos que impartían justicia en su ámbito jurisdiccional por considerar que estas usurpaban las funciones jurisdiccionales del Estado (Ruiz 2018; CJDH, 2016). Por ello, los esfuerzos académicos por explicar el pluralismo jurídico constitucional durante la primera década del siglo XX, la expedición de la Ley de rondas campesinas y la visibilización de los pueblos luego del Baguazo[11] se constituyeron en antecedentes para que los jueces iniciaran un proceso de reconocimiento de la justicia comunal. Así, en 2009, la corporación judicial expidió el Acuerdo Plenario Número 1, mediante el cual se reconoció que la justicia impartida por las rondas campesinas emanaba bajo el marco de lo dispuesto en el artículo 149 constitucional. El Acuerdo también dio origen a la promoción de un diálogo intercultural entre autoridades judiciales ordinarias y especiales, la celebración, entre 2010 y 2016, de varios congresos, entre ellos y la creación de la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz y Justicia Indígena, adscrita al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CJDH, 2016, p. 8).

Después de haber revisado los criterios constitucionales sobre la jurisdicción especial y sus elementos, es posible concluir que no tiene mayor desarrollo dogmático, lo que impide una coordinación real entre la jurisdicción comunal y la ordinaria, pues no hay reglas claras al respecto, a pesar de que aquella necesita respaldo legal y político para su protección y fomento (Belaunde, 2006, p. 130). Por ello, vale la pena resaltar la importancia de la promulgación de una ley de coordinación entre ambas jurisdicciones, pues significaría, entre otras cosas: un reconocimiento cultural; un espacio para darle fuerza a la vida comunitaria, como también para la organización

11 Nombre con el que se conocen los incidentes en la localidad peruana de Bagua, Amazonas, el 5 de junio de 2009, con saldo de 33 muertos, por el enfrentamiento entre fuerzas regulares y manifestantes indígenas que pedían el desalojo de la minera Afrodita, en posesión, a la sazón, de territorios indígenas legalmente protegidos.

y defensa del manejo del territorio y sus recursos; y permitiría el fortalecimiento de su autonomía (Bazán, 2013).

En general, para la doctrina peruana, las características de ley deben incluir principios para el diálogo entre jurisdicciones, el respeto por las tradiciones, garantías para la defensa de los derechos humanos y un adecuado reparto de competencias (Yrigoyen, citada por Trujillo, 2014, p. 128). Además, se debe buscar el fortalecimiento de la jurisdicción especial y la cooperación entre ambos sistemas de justicia para resolver efectivamente los conflictos de competencia que puedan suscitarse (Bazán, 2013).

Desde años recientes, el Congreso de la República ha intentado reglamentar la coordinación entre las jurisdicciones. En 2013, su Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología planteó un proyecto que buscaba reforzar el reconocimiento de la jurisdicción especial y aminorar el problema de acceso a la justicia de la "población rural". El documento señalaba los elementos que deberían configurar esta jurisdicción, como lo son la potestad de las autoridades campesinas y nativas para aplicar su derecho consuetudinario, y la sujeción al respeto de los derechos fundamentales (Pariona Galindo, 2013, p.7). En 2016, la Comisión de Justicia de Derechos Humanos dio dictamen positivo a una nueva propuesta presentada por algunos partidos políticos que pretendía una "coordinación intercultural de la justicia" (CJDH, 2016). La propuesta recogió gran parte del articulado de 2013 respecto a las facultades jurisdiccionales de las "comunidades indígenas, nativas y rondas campesinas"[12]; además propuso

> Definiciones sobre las comunidades campesinas y nativas, el derecho consuetudinario, la interculturalidad, la Jurisdicción Especial, la Justicia de Paz, los pueblos indígenas, el pluralismo jurídico y las rondas campesinas, consagrando, además, los principios de coexistencia de jurisdicciones, interculturalidad, cooperación y complementariedad y reconocimiento de resoluciones, respetando siempre los derechos fundamentales y permitiendo procesos constitucionales cuando se violen estos derechos. (p.4)

12 Dicho bloque normativo está integrado por: Constitución Política (art. 2 inciso 19 y 149), Ley de consulta previa, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, Ley de Rondas Campesinas, Ley General de Comunidades Campesinas, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, Código Penal, Código Procesal Penal, Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, C169, Convención Americana de Derechos Humanos, DNUPI, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

El proyecto también contempló reuniones y consultas periódicas entre ambas jurisdicciones, apoyo técnico, intercambios de experiencias entre operadores jurídicos, reconocimiento mutuo, competencias exclusivas de cada jurisdicción, mecanismos y formas de declinación de estas, solución de conflictos de competencias, y articulación y cooperación intercultural. Igualmente, reconoció que las facultades jurisdiccionales se extendían a "[*c*]onocer, juzgar y resolver conflictos comunale[*s; d*]efinir derechos y obligaciones concretas[*; d*]ar órdenes estrictas de derechos, como penas o medidas[*; o*]rdenar la prestación de servicios comunales[; *o*]rdenar la reparación de daños y perjuicios[; l]a disposición de bienes, entre otros" (p. 5).

Sin embargo, Brandt (2017) plantea que el contenido de la propuesta es controvertido y aún no logra un consenso entre aquellos que plantean un desarrollo minimalista de las facultades jurisdiccionales, de modo tal que se restrinja la aplicación de justicia a su menor proporción, de aquellos que proponen un contenido maximalista, con el fin de garantizar la mayor autonomía posible a las autoridades. También señala el autor que la norma deberá ser sometida a consulta previa y, aun así, no se garantiza que sus contenidos finales sean aprobados por el Congreso, debido a la ausencia de mayorías parlamentarias con interés en el tema. De todas formas, en 2016 se conformó la Comisión de Justicia Indígena y Justicia de Paz como instancia de la Corte Suprema de Justicia —y respaldada por el Congreso de la República— para "desarrolla[*r*] y monitorea[*r*] los componentes, acciones y tareas de la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural del Poder Judicial para la promoción y consolidación de un sistema de justicia intercultural, que responda a la realidad pluriétnica y cultural del país" (CJIJP, 2016).

En conclusión, frente a la variable del alcance de la jurisdicción especial, Perú cuenta con reconocimiento constitucional; sin embargo, este no establece un interrelacionamiento con la libre determinación, es decir, tiene un nivel medio. Por otro lado, existe una omisión legislativa, pero, se encuentran esfuerzos tanto del poder legislativo como del judicial para formular una ley de coordinación que promueva diálogos interculturales entre ambas autoridades jurisdiccionales, por lo cual el indicador merece una evaluación de medio. Ahora, el desarrollo doctrinal considera la justicia propia como sistemas jurídicos de igual jerarquía que el sistema ordinario que solo son cuestionables en caso de vulneración de derechos humanos; sin embargo, los jueces han criminalizado a autoridades por el ejercicio jurisdiccional y aún existen debates en torno a cuál debe ser el carácter de la justicia propia, razón por la cual, en este punto, Perú se ubica en un nivel medio. En contraste, si bien hay propuestas legislativas que pretenden dar mayor alcance a las facultades, en lo judicial todavía se discute el alcance que deberían tener (medio). En conclusión, de esta

variable se puede afirmar que Perú se encuentra en un nivel medio. Lo anterior, con la salvedad de que, de los tres países, Perú es el único que, por razones de discriminación histórica, reconoce facultades jurisdiccionales a campesinos.

2.3.5. Desplazamiento del debate: desconexión entre justicia comunal y autonomía

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha variado frente al reconocimiento tanto de la pluralidad cultural como de la justicia comunal. Pues, como reseña Yrigoyen (2000), durante la década de los noventa los jueces descalificaban la diversidad étnica al llamar a las prácticas medicinales indígenas como "folkloricas" (DJLSP, 1999), se consideraba a los pueblos indígenas como incivilizados (DJLoSP, 1999), y se criminalizó el ejercicio jurisdiccional de las rondas campesinas (Ruiz, 2017). Sin embargo, esto no ha sido óbice para que los jueces, en los últimos años, admitan la necesidad de reconocer a la jurisdicción especial y la coordinación entre esta y la ordinaria (Ruiz, 2010).

Aun así, la jurisprudencia constitucional no ha sido muy garantista, pues no se ha pronunciado de fondo frente a la institución cuando ha tenido la oportunidad (Trujillo, 2014, p. 133). Lo anterior, a pesar de que la Corte Suprema ha mantenido, desde hace algunos años, una línea jurisprudencial que reconoce sus funciones jurisdiccionales (CSJP, 2004) y ha promovido varios esfuerzos por lograr una "coordinación intercultural de la justicia" (CTJIJP, 2016).

Para aclarar este punto, es necesario exponer la sentencia proferida por el Tribunal Constitucional el 11 de septiembre de 2012 contra la decisión de la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios respecto a la Resolución 8 del 25 de agosto de 2010. La decisión constitucional es fundamental porque hace un pronunciamiento relevante sobre el respeto y el reconocimiento de la pluralidad cultural del país, de la autonomía que tienen los pueblos indígenas frente a su territorio y, sobre todo, del reconocimiento de su derecho a la libre autodeterminación. Con todo, la sentencia desconoce totalmente el artículo 149 constitucional, que reconoce la jurisdicción especial, hasta el punto de evadir este debate al momento de resolver el caso (Bazán, 2012).

De manera concreta, el Tribunal Constitucional decidió a favor del pueblo Tres Islas de Madre de Dios, en virtud de su derecho a ejercer funciones jurisdiccionales y el derecho a su territorio. Según los hechos establecidos en la sentencia, en 2010, la "comunidad" decidió controlar la entrada de vehículos a su territorio, como medida

de protección de su integridad colectiva frente a la deforestación y la minería ilegal por parte de terceros en sus territorios. Así, la comunidad restringió el tránsito de dos empresas de transporte; las cuales, al considerarse afectadas, interpusieron acciones legales. La Sala Superior Mixta encontró fundada la demanda y accedió a las pretensiones de las empresas, obligando a la comunidad a garantizar el tránsito del transporte, además inició investigaciones penales contra las autoridades de la comunidad en contra de las empresas (Tribunal Constitucional, 2012a, p. 1).

Sin embargo, el 13 de noviembre de 2010, Juana Griselda Payaba Cachique, en calidad de presidenta de la comunidad Nativa Tres Islas, interpuso demanda de *habeas corpus* en nombre y a favor de los integrantes de la comunidad indígena arrestados por el caso, argumentando que la decisión de la Corte Superior estaba desconociendo las funciones jurisdiccionales de su comunidad, así como el derecho a proteger su integridad territorial, física y biológica. Amparada en el artículo 149 de la Constitución, la autoridad argumentó que la comunidad tenía derecho de controlar el ingreso de "personas extrañas" a su territorio; pero, a pesar de estar ejerciendo sus derechos constitucionales, ella e integrantes la comunidad habían sido sujetos de investigación penal (Tribunal Constitucional, 2012a, p. 2).

Ante lo anterior, el Tribunal Constitucional encontró fundada la demanda de Payaba, reconociendo que Perú es un país multicultural y que deben respetarse los derechos a la libre determinación y a la autonomía de los pueblos. Sin embargo, el alto tribunal, no reconoció que la medida tomada por las autoridades indígenas constituyó el ejercicio de su derecho a ejercer funciones jurisdiccionales (Bazán, 2012) y, por ende, de aplicar su derecho consuetudinario, como lo afirmaba la representante de la comunidad indígena en su alegación. Por el contrario, el Tribunal interpretó el ejercicio jurisdiccional como una mera representación de la autonomía de estas comunidades en defensa de su "propiedad" al territorio

> […] L]a finalidad de la función jurisdiccional comunal o indígena es la de resolver conflictos interpersonales sobre la base del derecho consuetudinario […]. En efecto, la Comunidad Nativa Tres Islas, mediante sus representantes, no resolvió un conflicto interpersonal, sino que plasmó una medida sobre el —uso y la libre disposición de sus tierras, en virtud de la autonomía reconocida por el artículo 89 de la Constitución.
>
> [...] La función jurisdiccional reconocida a las comunidades campesinas y nativas es una manifestación de la autonomía reconocida a tales las [*sic*] comunidades, pero, esto debe resaltarse, no es la única. Por el contrario, existen otras formas en que esa autonomía es manifestada, como por

> ejemplo la manera en que usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quiénes ingresan al territorio de la comunidad. (Tribunal Constitucional, 2012a, p. 19)

Ello refleja que la naturaleza y el alcance de la jurisdicción especial no han sido reconocidos jurisprudencialmente por el órgano constitucional, pues de su interpretación se colige que fragmenta su carácter, desprendiéndolo de la comprensión del derecho a la autonomía e, incluso del derecho a la libre determinación. Fenómeno que también puede evidenciarse en decisión posterior, sobre el caso de la comunidad campesina Aucallama (Tribunal Constitucional, 2012b).

A partir de lo anterior, se puede concluir que, en Perú, la JEI, a pesar de tener un gran fundamento constitucional, no ha tenido ni desarrollo legal ni jurisprudencial que permita a este derecho ser ejercido efectivamente por las "comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas", como lo establece el Convenio 169 y su mismo ordenamiento jurídico.

La decisión del Tribunal, si bien reconoce la autonomía indígena, también la define como la existencia y aplicación de reglas de conducta que sirven para resolver conflictos interpersonales (Zegarra-Ballón, 2015, p. 95). Esta comprensión de la justicia comunal no logra, en términos de autodeterminación, entenderla como un mecanismo que permite a los pueblos controlar su propio destino bajo sus propias instituciones (Carrillo González, 2013, p.32).

Cabe manifestar que la decisión del Tribunal Constitucional es interesante porque genera una dualidad en la medida en que resuelven puntos fundamentales sobre el reconocimiento del territorio y del derecho de autodeterminación, inclusive reconoce que la DNUPI es vinculante para el ordenamiento jurídico. Sin embargo, constituye un retroceso al reconocimiento constitucional de la justicia comunal porque omite concebirla como instrumento para la materialización de la autodeterminación. Por eso, queda la duda de si la decisión realmente reconoce la justicia comunal o si sus argumentos solo constituyen una retórica que, en lo concreto, no garantiza que los pueblos indígenas del Perú puedan perseguir efectivamente su destino a través de sus facultades jurisdiccionales.

Frente a este caso, cabe concluir que, en la sentencia, el desconocimiento de la justicia comunal como un instrumento de libre determinación a través del cual las autoridades fundamentan sus decisiones legislativas conlleva que Perú obtenga un bajo nivel de calificación en este aspecto.

3. Ejercicio comparado

La medición de las variables en cada país se puede sintetizar en la siguiente tabla.

Tabla 5. Resumen comparativo de las JEI entre los tres países de este estudio

VARIABLES	COLOMBIA	MÉXICO	PERÚ
Relación entre censos oficiales y su confiabilidad	*Medio/alto*	*Bajo*	*Bajo*
Incidencia en el ordenamiento jurídico constitucional de los procesos de organización y movilización indígena	*Alto*	*Medio*	*Medio/bajo*
Carácter de la titularidad de los sujetos de derechos étnicos	*Medio*	*Alto*	*Medio*
Alcance de la jurisdicción especial	*Medio*	*Medio*	*Medio*
Aplicación de criterios al caso emblemático	*Alto*	*Alto*	*Bajo*

Fuente: *Elaboración propia*

A continuación, se amplían algunas comparaciones de la tabla, teniendo como punto de partida cada una de las variables e indicadores.

3.1. Variable relación entre censos oficiales y su confiabilidad

Frente a esta variable encontramos divergencias respecto al número pueblos indígenas en cada país: los porcentajes señalados aluden a las cifras oficiales presentadas por los respectivos gobiernos, obtenidas a través de censos poblaciones; sin embargo, factores como la metodología censal aplicada en cada Estado inciden en las divergencias frente al asunto.

Así, encontramos que México y Perú cuentan con el mayor número de integrantes indígenas en sus geografías; empero, en los censos presentados priman criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico que impiden ilustrar debidamente el ca-

rácter diverso y cultural de sus naciones, tal y como señalan los estudios y análisis sobre la materia, los que discrepan de su confiabilidad. Lo anterior, al punto de que ninguno de los dos países no tiene claridad frente al número de personas o pueblos indígenas que habitan el territorio.

Este es un aspecto en el que, por el contrario, se destaca Colombia, dado que este país ha logrado avanzar hacia criterios metodológicos de autorreconocimiento en el censo. Sin embargo, persisten problemas sociales y culturales que impiden que este logro se vea reflejado en los censos. En todo caso, el Estado colombiano tiende a asumir las estadísticas de organizaciones indígenas como pautas para, al menos, definir el número de pueblos indígenas. Incluso, el Gobierno nacional ha desconocido las cifras del censo para, en su lugar, privilegiar la información suministrada por las organizaciones indígenas, incluso hasta utilizar estas estadísticas para la formulación de sus políticas públicas.

Así, los países con mayor número de pueblos indígenas desconocen la naturaleza de la diversidad étnica y cultural de sus naciones, mientras que el país con una proporción bastante menor de integrantes indígenas tiende a lograr un mayor reconocimiento.

3.2. Variable de incidencia de los procesos de organización y movilización indígena en el ordenamiento jurídico constitucional

En relación con esta variable se puede manifestar que en todos los casos hay procesos indígenas que han logrado distintos niveles de incidencia en el ordenamiento jurídico y constitucional, los cuales dependen de la coyuntura, el proceso organizativo y el tipo de participación que los pueblos han logrado de manera histórica.

Asimismo, es posible trazar la década de los noventa como un periodo común: en los tres predomina la ola de constituciones multiculturales en donde se reconoce la diversidad étnica y cultural de sus naciones. Aunque las razones de Colombia obedezcan a la movilización indígena, mientras que las de México y Perú, a la entrada en vigor del Convenio 169 y la presión que internacionalmente se impuso sobre los gobiernos de turno para adelantar dicho reconocimiento. Ello, sin desconocer que, posteriormente, grandes avances en los ordenamientos constitucionales de México y Perú obedecieron a la movilización e incidencia de los pueblos. En todo caso, en los tres ordenamientos se evidencia una tensión entre el reconocimiento constitucional a los derechos étnicos y los modelos de desarrollo, en donde, por lo general, prevalece el último, lo que alimenta en los pueblos la defensa de sus derechos.

En cabeza del asunto se encuentra Colombia, cuyos pueblos indígenas no solo lograron transformaciones estructurales en la nación, a través de su asiento en la Asamblea Nacional Constituyente durante la década de los noventas, sino que, de manera histórica, han mantenido un proceso de alta de incidencia, especialmente en las mingas y en los espacios de concertación directa con el Gobierno nacional, con una agenda indígena persistente para la apertura e interculturalidad del ordenamiento jurídico interno, una causa que también ha contado, de una u otra manera, con el respaldo de la Corte Constitucional. De esta manera, en lo que respecta a Colombia, en el plano político nacional se configura como una constante la resistencia del movimiento indígena, ejemplo de ello es el trabajo adelantado por las organizaciones indígenas que desde su creación han mantenido un rol fundamental en la protección de derechos territoriales, así como en la defensa de sus demás derechos humanos.

Las dinámicas de México y Perú varían de acuerdo con la voluntad política de los gobiernos de turno de permitir la participación de los pueblos, de desconocer la movilización o acuerdos logrados, o de criminalizarlos. México, por ejemplo, ha evolucionado a partir de los ochenta, sin embargo, desde entonces, el Estado no ha logrado recoger de manera estructural las reivindicaciones indígenas y ha mantenido un régimen de tutela al momento de fijar el carácter pluricultural de sus ordenamientos. Por su parte, los pueblos indígenas mexicanos no han logrado que los acuerdos establecidos en espacios de diálogo y de concertación intercultural sean adoptados de manera integral porque el Estado ha mantenido la hegemonía en la administración de las decisiones. Ahora, si bien desde la década de los noventa los pueblos indígenas han logrado procesos organizativos que garantizan su autodeterminación interna, aún falta un proceso de articulación con el Estado, el cual no será posible hasta que este no transforme su política de relacionamiento con los pueblos y los respete como autoridades en su ámbito territorial.

Perú, por su parte, logró entrar en la dinámica, aunque un poco más tarde. Hay que recordar que el movimiento indígena resurge en la primera década del siglo XXI como parte de la plataforma electoral presidencial, proceso que permitió la consolidación de organizaciones indígenas con una fuerte agenda de trabajo e instituciones para hacerla efectiva. Pero, nuevamente, la voluntad política desvertebró los procesos gubernamentales avanzados, por cuanto constituían obstáculos para implementar un modelo de desarrollo extractivista. Estos hechos obligaron a los pueblos a adelantar movilizaciones por la defensa territorial que culminaron en su visibilización internacional y en la incidencia de esta esfera sobre el Estado. Así, los recientes logros del activismo indígena, que implicaron la promulgación de ley de consulta previa, la creación del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, entre otros, son producto de grandes movilizaciones en los niveles nacional e internacional. A pesar

de ello, su incidencia el ordenamiento jurídico es mínimo, toda vez que sus reivindicaciones políticas aún son objeto de un amplio debate nacional, sin que sean realmente efectivas, y las normas propuestas por el gobierno tienden a ser minimalistas frente al alcance del derecho a la libre determinación.

En términos de la movilización indígena, vista a largo plazo, México supera a Perú y a Colombia. Al primero, por cuanto el movimiento zapatista logró introducir con fuerza la agenda indígena en el debate nacional y, en Perú, el proceso ha dependido mucho más de la voluntad de cada gobierno y de la incidencia internacional. Mientras que, a la segunda, porque si bien el movimiento zapatista perdió interés en mantener la incidencia alcanzada, se debe resaltar que los ejercicios de gobierno propio y autonómicos en Chiapas superan a los de Colombia. Así, en Colombia hay un mayor relacionamiento con el Gobierno nacional, pero los acuerdos logrados no son efectivos, mientras en México no hay tal relacionamiento, pero los pueblos gozan de mayor autonomía en sus territorios.

3.3. Variable sobre el carácter de la titularidad de los sujetos de derechos étnicos

Respecto a esta variable encontramos que el ordenamiento jurídico mexicano es el más progresista, lo que podría obedecer al hecho de que la carta política de la nación incluye, sobre la definición de pueblos y comunidades, restricciones que se han debatido y superado a través de la aplicación de los principios de progresividad y *pro personae*; pero, sobre todo, porque en el ordenamiento jurídico sí hay un reconocimiento expreso del derecho a la libre determinación que ha permitido trascender la comprensión de este derecho como mera autonomía y de los pueblos como simples sujetos colectivos comunitarios.

Ese es un escenario que no ha tenido lugar en Colombia ni en Perú. En la primera, tal vez porque el debate se ha reducido a un asunto semántico, en respuesta a que la libre determinación no es un debate central para la definición de los pueblos, lo que acerca la materia más hacia la autonomía indígena; al punto que predominan los criterios de objetividad, subjetividad y territorialidad para la identificación de un pueblo como indígena o tribal. También podría explicarse por el hecho de que la Constitución Política no define de manera expresa cuáles son los pueblos indígenas, lo que deja abierta la posibilidad de diversas interpretaciones, de las cuales predomina una restringida del Convención 169.

En Perú, por su parte, la vigente discriminación sobre lo indígena y la preferencia por la identidad campesina han limitado el debate sobre el alcance de la libre determinación y el autorreconocimiento de los indígenas como pueblo. Claro que, en los últimos años, se ha evidenciado un mayor posicionamiento de la categoría indígena, a pesar de que esta esté sometida a una interpretación restringida de los criterios del Convención 169. Aun así, a diferencia de los demás ordenamientos, en Perú existen mayores avances sobre los derechos de los campesinos como sujetos colectivos de derechos.

Empero, si se analiza el bloque normativo de cada país, incluidas sus diferentes fuentes, bajo los principios proindígena y progresividad, es posible establecer que todos los ordenamientos admiten la categoría de "pueblos" para identificar a los sujetos titulares de derechos étnicos, por cuanto la doctrina reconoce esta interpretación como la más garantista y amplia frente a los derechos colectivos.

3.4. Variable del alcance de la jurisdicción especial indígena

Esta variable resulta de gran interés, por cuanto todos se encuentran en un punto medio por diversas circunstancias. Es necesario recalcar que la institución se encuentra reconocida constitucionalmente en los tres países.

En general, se destaca el hecho de que en Colombia y México los sistemas normativos de los pueblos deben ser sometidos a validación, no solo en aras de proteger un núcleo mínimo de derechos humanos, sino para evaluar si aquellos cumplen o no con ciertos criterios de legitimidad constitucional y aceptabilidad jurídica. En esa medida, existen acercamientos dogmáticos de ambos países que permiten establecer una relación entre la institución y la libre determinación o, en su defecto, con la autonomía indígena. Sin embargo, la relación sigue mediada por el ámbito judicial y los estudios emitidos en peritajes antropológicos.

Cabe desatacar que en ambos países se han formulado criterios para la definición de la competencia indígena. En Colombia, por ejemplo, se destaca el principio de *maximización de autonomía y minimización de restricciones*, a través del cual se han forjado los criterios de objetividad, subjetividad, institucionalidad y territorialidad.

En cambio, México, a pesar de integrar los mismos criterios, fundamenta sus decisiones en términos de razonabilidad y proporcionalidad que, además de constituir un examen de validez de los sistemas de justicia propia, promueven garantías de libre determinación y el entendimiento del derecho desde la interculturalidad. En ese sentido, el pluralismo jurídico mexicano tiene mayores alcances y es más progresivo

que el colombiano; lo anterior, teniendo en cuenta que las conclusiones judiciales mexicanas incorporan argumentos de derecho comparado con Colombia, tratando de trascender esta jurisprudencia.

En cuanto a Perú, la doctrina ha logrado establecer la relación del derecho con la libre determinación; pero la omisión legislativa y el tipo de debate alrededor de la importancia de la justicia comunal en ámbitos políticos y judiciales han llevado a que el alcance de esta autodeterminación siga restringido. Sin embargo, cabe destacar que, a diferencia de Colombia, admite la aplicación de la justicia en ámbitos más amplios, es decir, que el derecho también reconoce a campesinos. Empero, en términos políticos, se ha evidenciado la criminalización de las autoridades que ejercen sus facultades jurisdiccionales.

3.5. Variable de caso tipo en cada ordenamiento

Por último, el análisis de los casos tipos seleccionados pone evidencia los verdaderos alcances de la JEI al momento de ser aplicada. Así, en México, las tensiones ofrecidas en las cartas políticas y las normas se ven superadas al momento de aplicar el bloque normativo en el caso concreto, de lo cual resultan ejercicios que trascienden la concepción que en América Latina se ha tenido sobre el pluralismo jurídico.

En Colombia, las altas cortes han reconocido a la justicia propia desde los ámbitos de casación y constitucional. Así, la Corte Constitucional ha formulado algunos criterios amplios que reconocen y promueven el ejercicio de las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas en sus territorios, pero, el caso analizado revela que la Corte Suprema de Justicia trascendió dichos criterios al articular las facultades jurisdiccionales con el control territorial, las competencias de la guardia indígena y la naturaleza del derecho a la libre determinación. Pero, cabe manifestar que los antecedentes del caso también permiten inferir dos factores problemáticos: por un lado, que los jueces ordinarios pueden llegar a desconocer los presupuestos constitucionales y, por el otro, también puede criminalizar el ejercicio de facultades jurisdiccionales.

En el caso del Perú, por el contrario, el hermetismo frente a la justicia comunal logra impactar las decisiones, en tanto un caso que era específicamente sobre la materia, se desplazó por un debate de autonomía de los pueblos indígenas; consideración cuestionable, en tanto existe una relación intrínseca entre ambas.

De esta manera, mientras en México y Colombia el caso abrió nuevos horizontes, en Perú los limitó. Sin embargo, los antecedentes del tratamiento del caso en Colombia evidencia que no hay plenas garantías para el ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas. Este fenómeno permite concluir que se han transformado los roles frente a las garantías de la JEI: en un primer momento, Colombia abanderó el debate, ahora es su turno y el de Perú de seguir los pasos jurisprudenciales de México.

4. Conclusiones

La comparación permite concluir que no hay correspondencia respecto al número de personas indígenas y la incidencia política de las organizaciones indígenas, pues, como pudo verse, el país con menor número de personas indígenas, Colombia, cuenta con la movilización más continua y la mayor incidencia en la transformación del ordenamiento jurídico, de la que se destacan los avances incorporados en la carta política y en la jurisprudencia constitucional. Mientras que los países con mayores personas indígenas, Perú y México, cuentan con algunos picos de movilización, pero con una incidencia media o baja, debido a una mayor represión del Estado contra al reconocimiento de sus derechos y una menor voluntad política de los gobiernos para lograr las transformaciones. Sin embargo, a pesar de lograr mayores desarrollos normativos en el ordenamiento jurídico, los pueblos indígenas colombianos no cuentan con el goce efectivo de derechos en el ámbito territorial, como sucede en México, en donde los pueblos decidieron aplicar sus sistemas propios en sus jurisdicciones sin considerar necesaria una interrelación con el gobierno, dados los antecedentes de incumplimiento.

De otro lado, la permanente incidencia de los pueblos colombianos sobre el ordenamiento también ha llevado a interpretaciones que restringen la naturaleza de la titularidad y los derechos indígenas, mientras que en México los avances sobre la materia han generado un panorama más progresista. Perú, por su parte, durante los últimos años ha logrado avances, aunque todavía mantiene una gran distancia frente a los avances de los demás Estados. Así, en México se ha avanzado en el reconocimiento de los pueblos y comunidades y el derecho a la libre determinación; Colombia considera el asunto un debate semántico y reduce el derecho a una comprensión sobre la mera autonomía; y Perú reconoce también a los campesinos, pero, los derechos aún se aplican a partir de interpretaciones restrictivas.

A su vez, el alcance de la jurisdicción especial indígena no depende necesariamente de su reconocimiento constitucional o desarrollo doctrinal, por el contrario, la función judicial juega un papel determinante en el derecho de los pueblos a ejercer facultades jurisdiccionales. Es más, mientras los jueces mexicanos avanzan en la materia, en Colombia y Perú los operadores jurídicos pueden llegar a criminalizar el ejercicio del derecho. Pero, a diferencia de Perú, las altas cortes siguen formulando precedentes que permiten avanzar sobre la materia y frenar de una u otra forma los retrocesos de los jueces ordinarios.

A partir de la comparación detallada entre las diferentes variables se puede concluir que su conjugación armónica no garantiza efectivamente el derecho a la justicia propia y su interrelación con la libre determinación. Primero, el número de pueblos o personas indígenas no tiene relación con el nivel de incidencia, interpretación o goce efectivo de los derechos, como ya se dijo, porque estas últimas variables dependen de la voluntad política del gobierno de turno. Segundo, los jueces tienen un papel preponderante en la garantía de los derechos a la autodeterminación y su interrelación con la libre determinación, porque, a pesar de reconocimientos constitucionales, la definición de la naturaleza y alcance de ambos derechos se supedita a la interpretación de los operadores jurídicos. Tercero, si bien debe haber un diálogo intercultural y democrático entre los pueblos y el Estado, la discriminación histórica, la primacía del modelo de desarrollo extractivista y la criminalización de la movilización indígena son factores que dificultan dicho diálogo y, en ocasiones, llevan a los pueblos a ejercer sus derechos sin articularse con los gobiernos porque, de lo contrario, podría generar detrimentos a su libre determinación.

5. Referencias

Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Trotta.

Anaya, J. (2009). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo* (Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas). Naciones Unidas, A/HRC/12/34, 15 de julio. https://bit.ly/2IlwqPx

Andrade, L. E., y Eusse, F. (s. f.). ¿Cuáles son, cuántos y dónde se ubican *los pueblos indígenas de Colombia?* (Informe inédito) Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).

Arango, R. (2015). Derechos Sociales. En J. L. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco (Eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 1677-1711). Universidad Nacional Autónoma de México. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf

Arbeláez, L. (2004). *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el Sistema Judicial Nacional.* Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. https://n9.cl/8lr7d

Arenas, N. (2015, septiembre 17). Por qué la condena a Feliciano Valencia tiene indignados a los indígenas. *La Silla Vacía*. Recuperado de: https://bit.ly/2KhZbla.

Arguedas, J. M. (1967). El indigenismo en el Perú. *Tlatoani,* (18), 1-12. https://n9.cl/ymzxk

Ávila, L. F. (Ed.) (2012). *Política, justicia y constitución*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. https://n9.cl/v27hp

Bartra, A., y Otero, G. (2008). Movimientos indígenas campesinos en México: la lucha por la tierra, la autonomía y la democracia. En S. Moyo y P. Paris (coords.). *Recuperando la tierra. El resurgimiento de movimientos rurales en África, Asia y América Latina* (pp. 401-428), CLACSO. https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100713084250/18BarOt.pdf

Bazán, C. (2012). Autodeterminación, propiedad del territorio y funciones jurisdiccionales indígenas en la STC Tres Islas. *Justicia Viva.* https://bit.ly/2KfDF0E.

Bazán, F. (2013). Perú: la ley de Coordinación entre la Justicia estatal y la comunal: retos para la efectividad del Art. 149 de la Constitución Política. *Servindi*. http://servindi.org/actualidad/3758.

Bello, A., Hopenhayn, M., y Miranda, F. (2006). *Los pueblos indígenas y afrodescendientes ante el nuevo milenio.* Naciones Unidas. https://hdl.handle.net/11362/6123

Berche, A. S., García, A. M., Mantilla, A. (2006). *Los derechos en nuestra propia voz. Pueblos indígenas y DESC: una lectura intercultural.* ILSA. https://ilsa.org.co/2022/10/los-derechos-de-nuetra-propia-voz-pueblos-indigenas-y-desc-una-lectura-intercultural/

Bolaños, E. A. (2015, septiembre 16). "Condena de Feliciano Valencia es una provocación": indígenas del norte del Cauca. *El Espectador.* https://bit.ly/2Kglsju.

Brandt, H. J. (2017). La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia. *Derecho PUCP,* (78), 215-247. https://doi.org/10.18800/derecho-pucp.201701.009

Carmen, A. (2010). Informe desde el campo de batalla del Consejo Internacional de Tratados Indios. La lucha por la Declaración. En C. Charters y R. Stavenhagen (Eds.). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas* (pp. 90-101). Copenhague: IWGIA.

Carrillo González, D. (2013). *Jurisdicción Especial Indígena: ¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?* (Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia). https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/47132

Castaño Rico, A. F. (2013). La Minga de Resistencia Social y Comunitaria. Construcción de un proyecto de movilización popular bajo lógicas de articulación intersectoriales (Proyecto de grado, Universidad Icesi). https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/76521/1/minga_resistencia_social.pdf

Castro, J. (2010). Los derechos humanos y la Jurisdicción Especial Indígena. *Criterio Jurídico Garantista, 114* (3), 114-122. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27444.pdf

Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) (2008). *El juicio de Alberto Fujimori.* https://bit.ly/2yLujW3.

CERD. (2008, mayo 27). Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Decimocuarto informe periódico. Adición, Colombia (CERD/C/COL/14). Naciones Unidas. Recuperado de: https://bit.ly/2lsGw8n.

Chavarro, D., y Rampf, D. (2014). La Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991. De la exclusión a la inclusión o ¿un esfuerzo en vano? *Inclusive Political Settlements Artículo 1.* Berlin: Berghof Foundation. http://www.berghof-foundation.com/www.ips-project.org

Chirif, A., y García, P. (2009). *Logros y desafíos de las organizaciones indígenas de la Amazonía Peruana*. Cetri. https://bit.ly/2MT2vC3.

Clavero, B. (2008). *Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. Siglo XXI Editores.

Clavero, B. (2012). *Informe sobre el Perú tras la ley de consulta. Estándares internacionales, empresas extractivas, consentimiento indígena.* Congreso de la República del Perú. https://bit.ly/2KfPGmz

CNDPI. (2005). Índice de Reemplazo Etnolingüístico. https://bit.ly/2txWdyL.

Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz del Poder Judicial de Perú (CTJIJP) (2016). Misión Visión. Recuperado de: https://bit.ly/2MTNQX5.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH (2010). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales* (Informe sobre Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II). Recuperado de: https://bit.ly/2toPA2l.

Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, CNDPI (2015, diciembre 4) *Indicadores de la Población Indígena.* Recuperado de: https://bit.ly/2q0AjFk.

Comisión de Justicia y de Derechos Humanos, CJDH. (2016). Dictamen recaído en el proyecto de ley N° 773/2016-CR, referido a la Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia. *Congreso de la República de Perú.* https://bit.ly/2IitrHD

Corrêa, F., y Streck, L. L. (2014). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de construir un derecho constitucional común. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* (18), 125-153. https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/37111fabiocorrea-lenioluizstreckaibjc18.pdf

Constitución Política del Perú. (1993). Recuperado de: https://bit.ly/1yOcIRb

Congreso de la República de Perú (7 de septiembre de 2011). Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocidos en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Ley N.° 29785. Recuperado de: https://bit.ly/2tp85Ur.

Congreso de la República de Perú. (17 de diciembre de 2002). Ley de Rondas campesinas. Ley N° 27908. Recuperado de: https://bit.ly/2tlEDPm.

Congreso de la República de Perú. (2005). Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, Ley N°28495. Recuperado de: https://bit.ly/2tpcDKt.

Congreso de la Unión (1992, enero 28). *Decreto por el cual se reforma el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Diario Oficial Recuperado de: https://bit.ly/2lsiv1f.

Constantinesco, J. [París: Económica. 1983. 511 pp. F.145]. *International and Comparative Law Quarterly. 1983;32*(4):1040-1041. doi:10.1093/iclqaj/32.4.1040

Corte Constitucional. Sentencia T-188 de 1993a). http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-188-93.htm

Corte Constitucional. (1993b). T-380. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm

Corte Constitucional. (1996a). T-349. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm

Corte Constitucional. (1996b). T-496. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm

Corte Constitucional (1997). SU-039. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm

Corte Constitucional. (1998). SU-510. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU510-98.htm

Corte Constitucional. (2002). T-728. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-728-02.htm

Corte Constitucional. (2009). Auto 004. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a004-09.htm

Corte Constitucional. (2010). T-617. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm

Corte Constitucional. (2012a). T-001. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-002-12.htm

Corte Constitucional. (2012b). T-002. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-002-12.htm

Corte Constitucional. (2012c). T-376. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm

Corte Constitucional. (2013). T-921. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm

Corte Constitucional. (2014). C-463. Colombia. http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-463-14.htm

Corte Constitucional. (2015). T-196. Colombia. http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-196-15.htm

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. (2017, junio 28). Sentencia SP9243-2017. https://bit.ly/2MSJIGJ.

Corte Suprema de Justicia de Perú, CSJP. (2004, junio 9). Expediente 975-2004. Perú.

Cruz, A. (2010). *Pueblos originarios en América, Guía introductoria a su situación*. Aldea.

De Belaunde, J. (2006). La reforma a la Justicia, ¿El camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes. Fundación Konrad Adenauer, Instituto Peruano de Economía Social de Mercado. http://www.corteidh.or.cr/tablas/22947.pdf

Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE (2007) *Colombia una nación multicultural. Su diversidad Étnica.* http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf

Defensoría del Pueblo de Colombia. (2014). Derecho a la Jurisdicción Especial Indígena. *Boletín no. 6.* Recuperado de http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/boletinNr6JurisdiccionEspecialIndigena.pdf

Del Popolo, F., y Oyarce, A. (2005). *Población indígena de América Latina: perfil sociodemográfico en el marco de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y de las Metas del Milenio* [Ponencia]. Seminario Internacional Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: relevancia y pertinencia de la información sociodemográfica para políticas y programas. Santiago de Chile. https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/95123478-89d5-4e1a-84af-30712413a7b4/content

Distrito Judicial de Lambayeque, Sala Penal, DJLSP. (junio 16, 1999). Expediente 98-93. Perú.

Distrito Judicial de Loreto, Sala Penal, DJLoSP. (1999, febrero 17). *Expediente 98-173.* Perú.

Ejército Zapatista de Liberación Nacional, EZLN. (1993). *Primera Declaración de la Selva Lacandona.* https://bit.ly/1PkXq2h

Federación Internacional de Derechos Humanos, FIDH (2009) *Perú-Bagua. Derramamiento de sangre en el contexto del paro amazónico. Urge Abrir Diálogo de Buena Fe.* https://bit.ly/2MTHTtt

Gargarella, R. (2013). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción. *Boletín Onteaiken,* (15), 22-32. https://onteaiken.com.ar/ver/boletin15/2-1.pdf

Garmendia Cedillo, X. (2012). Control difuso y control convencional de constitucionalidad. *PRAXIS de la Justicia Fiscal Administrativa,* 11, 1-67. https://www.tfja.gob.mx/media/cesmdfa_portal/praxis/articulos/8_controldifusoycontrolconvencional.pdf

Hernández, A., y Pinilla, D. (2010). Visibilización de la población étnica en el Censo general 2005: análisis comparativo de los principales indicadores demográficos. *Revista de la Información Básica,* (4) 2. https://sitios.dane.gov.co/revista_ib/html_r8/articulo5.html

INEGI (2015) Cuestionario para viviendas particulares habitadas y población. *Encuesta Intercensal 2015.* Recuperado de: https://bit.ly/2svaoFt.

Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI (2007). *Población censada y omitida según año Censal*. Recuperado de: https://bit.ly/19W9UVS.

Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI (2008). *II Censo De Comunidades Indígenas de La Amazonía Peruana 2007. Tomo 1*. Lima: Dirección Nacional de Censos y Encuestas e INEI.

Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI (2009). *Censos Nacionales 2007: XI De Población Y Vi De Vivienda. Resultados definitivos de las comunidades indígenas*. Lima: Dirección Nacional de Censos y Encuestas e INEI.

Laurent, V. (2015). Elecciones 2014 y movilización política indígena: apuestas, ajustes y ¿(re)consolidación? En F. Barreto y M. Batle (Eds.). *Elecciones en Colombia, 2014 ¿Representaciones fragmentadas?* (pp.169-206). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

Legislatura Estado de Oaxaca, LEO. (2001, septiembre 15). *Reforma decreto 266. Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca.* México. Recuperado de: https://bit.ly/2KdGSxz.

Londoño, B. (2002). La constitución de 1991 y los indígenas. *Credencial Historia*, 146. https://bit.ly/2MievMl.

López, F. (2006). *Autonomía y Derechos Indígenas en México*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Margadant S., G. F. (1969) Bartels, Herwig, Das Waqfrecht und seine Entwicklung in der libanesischen Republik. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *1*(5).

Mariátegui, J. C. (2007). *Siete Ensayos de interpretación de la Realidad Peruana.* Fundación Biblioteca Ayacucho. https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/mariategui_7_ensayos.pdf

Martin, Z. (2003). Organizaciones indígenas peruanas declaran extinta la CONAPA. *Cultural Survival.* https://bit.ly/2IkB8Nu

Martínez, M. I. (2006). Las juntas de buen gobierno y los caracoles del movimiento zapatista: fundamentos analíticos para entender el fenómeno. *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, 5*(1), 215-233. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=38050115

Montero, R. (2006). Pueblos indígenas de Colombia y su inmersión en el proceso censal. *La revista del Centro Andino de Altos Estudios,* (1), 70-82. https://www.dane.gov.co/files/revista_ib/01_06/capitulo8.pdf

Mora, D. (2003). *Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena* (Tesis de Pregrado en Derecho, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.). http://hdl.handle.net/10554/61718

Moreno, M. (2007). La participación política de los pueblos indígenas en Colombia: Desafíos y dilemas de la interculturalidad. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Ed.). *Estudios sobre participación política indígena* (pp. 43-64). San José de Costa Rica: IIDH.

Mosquera, C., y Rodríguez, M. M. (2012). Principales barreras que impiden el autorreconocimiento étnico racial en la región Caribe (Cartilla 2). En C. Mosquera, M. M. Rodríguez y R. E. León (Eds.). *El caribe continental negro, afrocolombiano, raizal y palenquero se prepara para el próximo Censo Nacional de Población y de Vivienda.* Universidad Nacional de Colombia.

Movimiento Alternativo Indígena y Social, MAIS (2015) *Plataforma Ideológica*. Recuperado de: https://bit.ly/2MTBVbJ

Movimiento Amplio de Mujeres-Línea Fundacional, MamFundacional (2008, enero 25). *Esterilizaciones Forzadas y acceso a la Justicia en el Perú*. https://n9.cl/6urbqu

Muelas, L. (1991, marzo 11). Moype namuy wantrawa waminchap, ñimuy na maya nukucha wamindamoirun, truy wam mana mersrage, trugury napa y ñimpa. Exposición General del Constituyente Lorenzo Muelas: ¿Me entienden ustedes? ¡Claro que no! Si no me han comprendido, eso prueba es que somos diferentes. *Gaceta Constitucional* (19), 11-13.

Navarrete, F. (2008). *Los Pueblos Indígenas de México*. CDI. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/255517/monografia_nacional_pueblos_indigenas_mexico.pdf

Oliart, P (s. f.) *El Estado Peruano y las Políticas sociales dirigidas a los Pueblos Indígenas en la década de los 90*. https://bit.ly/2tptWem

Olsen, V. (2008). *Marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. HREV. https://bit.ly/2MRdbRz

Organización Internacional del Trabajo, OIT (1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, C169. Recuperado de: https://bit.ly/29lkXT8.

Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC (2016, junio 15). *Colombia, único país de Latinoamérica que objeta la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA.* Recuperado de: goo.gl/C2CZ6s

Padilla, G. (2011). Colombia: violencia, interculturalidad y democracia. En B. De la Vega (Ed.). *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina* (pp. 141-168). Garza Azul Impresores & Editores.

Pajuelo, R. (s. f.). Nuevas tendencias de participación y movilización política indígenas en el Perú. *Crónicas Urbanas*, 19-28. https://bit.ly/2tlCAuE

Pariona Galindo, F (2013) *Proyecto de Ley que regula la Coordinación de Justicia entre Pueblos Indígenas y la Justicia Ordinaria.* https://bit.ly/2yC1ACT

Parra, K., Rubiano, L. F., Torres, L. N., y Carrillo-González, D. (2017). Los derechos a la libre determinación interna y la jurisdicción especial indígena: diálogos frente a la democracia. En D. Carrillo-González (Coord.). *Democracia en América Latina. Debates y reflexiones sobre la subalternidad, la interculturalidad y la decolonialidad* (pp. 195-223). Bogotá DC: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

Poder Ejecutivo (2001, agosto 14) Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1º, se reforma el artículo 2º, se deroga el párrafo primero del artículo 4º, y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial.* Recuperado de: https://bit.ly/2trlycu.

Poder Ejecutivo (2011, junio 10) Decreto por el cual se modifica la denominación del Capítulo I el Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial*. Recuperado de: https://bit.ly/2K5z2qu.

Poder Legislativo (2015, junio 30) Decreto 1263. *Extra Periódico Oficial.* Oaxaca. Recuperado de: https://bit.ly/2KigLpg.

Proyecto de ley que regula la coordinación de justicia entre los pueblos indígenas y la Justicia ordinaria. (2013). Proyecto N° 2886. https://bit.ly/2yC1ACT.

PRO169 (2009) *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica.* Organización Internacional del Trabajo.

PTU (2013, septiembre 23). *Toca Penal 99/2013.* Recuperado de: https://bit.ly/2yLIDhh.

Puyana, A. (2013). *La dinámica de la concertación Estado-Pueblos Indígenas en Colombia. Los casos de la Mesa Permanente de Concertación y la Mesa Regional Amazónica 1996–2012.* GIZ Proindígena. https://www.bivica.org/file/view/id/5201

Sala de Prensa (2013, noviembre 2019). MinisterioTIC en la construcción de la Política Pública de Comunicación Indígena del país. *Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.* https://bit.ly/2KfjwIa.

Sala de Prensa (2015, febrero 11). Con presencia de MinInterior, 102 pueblos indígenas de Colombia se unirán a la construcción de la paz. *Ministerio del Interior.* https://bit.ly/2MT5muL.

Santos, J. M. (2014, octubre 12). Mensaje del presidente Juan Manuel Santos en la celebración del Día de la Diversidad y la Interculturalidad de los Pueblos [video]. YouTube. https://m.youtube.com/watch?v=HsnfVoK1RJA

Redacción (2017, junio 5). El “Baguazo” sigue siendo una herida que no termina de cerrarse. *La República.* https://bit.ly/2JOWIQ0.

Reitz, J. (1998) How to Do Comparative Law, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 46, Issue 4, Autumn 1998, Pages 617–636. https://doi.org/10.2307/840981

Rodríguez, C., y Arenas, L.C. (2005). Indigenous rights, transnational activism, and legal mobilization: the struggle of the U'wa people in Colombia. En B. S. Santos y C. Rodríguez (Eds.). *Law and Globalization from below. Towards a Cosmopolitan Legality* (pp.241-266). Cambridge University Press.

Rueda-Carvajal, C. E. (2014). El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación. *Revista Estudios Socio-Jurídicos,* 1(10), 339-374. https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/356

Ruiz, J. (2010). Comentarios al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema sobre Rondas Campesinas. En J. La Rosa Calle y J. Ruiz (eds.). *La facultad jurisdiccional de las rondas campesinas. Comentarios al acuerdo plenario de la Corte Suprema de Justicia que reconoce facultades jurisdiccionales a las rondas campesinas* (pp.73-105). Lima: Instituto de Defensa Legal. https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/rondas_campesinas2010.pdf

Ruiz, J. (2009) El fundamento constitucional de la justicia comunal. *Derecho PUCP,* 62, pp. 144-166. https://doi.org/10.18800/derechopucp.200901.008

Ruiz, J. (2018, mayo 26). La interpretación del artículo 149 de la Constitución Política por la Corte Suprema del Perú. *Instituto de investigación y debate sobre gobernanza.* http://www2.institut-gouvernance.org/es/chapitrage/fiche-chapitrage-10.html

Ruiz Murrieta, J. (2003) *Democracia y participación política de los pueblos indígenas en América Latina* [Documentos del debate, 6]. Unesco. https://bit.ly/2tp3WQh.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (2004, junio 9). Sentencia 975-04. Perú.

Sámano, M. A., Durand, C., y Gómez, G. (2001). Los Acuerdos de San Andrés Larraínzar en el contexto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Americanos. En J. Ordóñez (Coord.) *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasianas* (pp. 103-120). México, UNAM. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/1/12.pdf

Sánchez, E., y Molina, H. (Comps.). (2010). *Documentos para la historia del movimiento indígena colombiano contemporáneo.* Ministerio de Cultura.

SCJN. (2013). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas.* México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_indigenas.pdf

Secretaría de Gobernación, SEGOB (2015) *Unidad General de Asuntos Jurídicos, México.* Recuperado de: https://bit.ly/2u6Yhxb.

Sierra, M. T. (2005). Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad. *Revista del IIDH*, 41, 287-13. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-11.pdf

Tribunal Constitucional de Perú. (2012a, septiembre 11). *Expediente 01126-2011-HC/TC.* Perú. Recuperado de: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.pdf

Tribunal Constitucional de Perú, TCOns. (2012b, octubre 3). Expediente N° 00220-2012-PA/TC.

Trujillo, R. (2014). La aplicación de control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la jurisdicción indígena como mecanismo de defensa de sus derechos colectivos (Tesis de pregrado en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú). https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5673

TSDJP. (2015, septiembre 14). *Acta No. SA 202 Bis.* Colombia.

Walsh, C. (2002). Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. En J. Salgado (comp.). *Justicia Indígena Aportes para un debate* (pp. 23-35). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Embajada Real de los Países Bajos, Ediciones Abya Yala. https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1299&context=abya_yala

Yrigoyen, R. (2000). Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú. *El otro derecho,* 25, 229-257. https://ilsa.org.co/wp-content/uploads/2022/05/eBook-El-otro-derecho-N%C2%B0-25-2x1-1.pdf

Yrigoyen, R. (2002) Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal. *Revista Allpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes,* 1 (59-60), 31-81. https://doi.org/10.36901/allpanchis.v34i59/60.575

Yrigoyen, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena, y jurisdicción especial en los países andinos. *El otro derecho,* 30, 171-195. https://ilsa.org.co/wp-content/uploads/2022/04/eBook-El-otro-derecho-N%C2%B0-30-2x1-1.pdf

Yrigoyen, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En C. Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 139-159). Siglo XXI Editores.

Zegarra-Ballón, I. (2015). La Jurisdicción especial de los pueblos indígenas y la vigencia de los derechos humanos al interior de los Estados miembros de la OEA. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5, 91-100. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34257.pdf