



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

ADRIAN ESTEBAN NARVÁEZ MONCAYO

**SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA EN COLOMBIA Y BRASIL:
EXPERIENCIAS CRUZADAS**

FORTALEZA

2020

ADRIAN ESTEBAN NARVÁEZ MONCAYO

SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA EN COLOMBIA Y BRASIL:
EXPERIENCIAS CRUZADAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientadora: Prof. Dra. Raquel Coelho de Freitas.

FORTALEZA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

N177s Narvéez Moncayo, Adrian Esteban.
SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA EN COLOMBIA Y BRASIL : EXPERIENCIAS CRUZADAS
/ Adrian Esteban Narvéez Moncayo. – 2020.
105 f. : il. color.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2020.

Orientação: Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas.

1. Sistemas de Justicia. 2. Sistemas de Justicia Indígena . 3. Pueblos Indígenas. 4. Jurisdicción Especial Indígena. 5. Reflexiones Epistémicas. I. Título.

CDD 340

SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA EN COLOMBIA Y BRASIL:
EXPERIENCIAS CRUZADAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Raquel Coelho de Freitas (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. José Mendes Fonteles Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Gerson Augusto de Oliveira Júnior
Universidade Estadual do Ceará (UECE)

A mi querido amigo y maestro de la lengua
Kamëntsá, el Taita Dionisio Chindoy.

AGRADECIMIENTOS

A Dios primeramente por ser la razón de mi existencia. A la Organización de los Estados Americanos (OEA) y al Grupo Coímbra de Universidades Brasileiras (GCUB), por brindarme una beca de estudios y por contribuir con el desarrollo, democracia, inclusión y cooperación de los Estados miembro de las Américas. A mi querida profesora Raquel Coelho por todas sus enseñanzas, pero por encima de eso, por demostrar en todo momento que el conocimiento se torna bonito y agradable cuando está acompañado de calidad humana y cariño, característica que la revisto en todo momento como docente y orientadora de este trabajo.

A mis colegas de turma y profesores que siempre fueron atentos y amables conmigo en todo momento. En especial agradezco a mi colega Thaynara quien fue mi *parceira* de estudios desde el primer semestre hasta el último momento en esta, mí ahora, Alma Mater.

A mis fundamentos de vida, Jhovany Narváez y Edith Moncayo, mis padres amados, los cuales siempre están de mi lado demostrándome que el amor en esta vida terrena es real.

RESUMEN

Este trabajo de disertación presenta un cruce de experiencias sociales, políticas y jurídicas de los sistemas de justicia indígena de Colombia y Brasil. Tal escenario es planteado sobre la base que el Nuevo Constitucionalismo imprimió en los países latinoamericanos alrededor de la década de los 90. Se analiza en un primer momento, la normatividad que compone a los sistemas de justicia indígena de ambos países y se señala la forma en que estos se desarrollan en el Estado. Consecuentemente, se identifican sus principales elementos, sus puntos comunes, diferentes y sus intersticios. Con el objeto de contrastar tales elementos con la realidad jurídica de los países, se proponen dos casos que evidencian al mismo tiempo, el alcance, desarrollo y estado de la relación entre ambas justicias en los Estados. Se evidencia que existen grandes semejanzas y aproximaciones en los sistemas de justicia indígena de ambos países, pero que al mismo tiempo, existen algunas diferencias que pueden estar significando avances y/o retrocesos en el ejercicio de las justicias indígenas para un u otro país frente al contexto continental latinoamericano. Se identifica a la jurisdicción especial indígena colombiana como un mecanismo de fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas pudiendo significar autonomía e igualdad entre ambas justicias. Tal mecanismo, se reconoce inexistente en el sistema brasileño, fenómeno que puede ser identificado como un reconocimiento de autonomía e igualdad apenas parcial de las justicias indígenas en el Estado. Con todo, se confluyen y conectan ciertas propuestas, que conducen a la necesidad de plantear reflexiones epistémicas que coadyuven en el ejercicio de los sistemas y que aperturen nuevos diálogos orientados a la comprensión de los desafíos y necesidades de los pueblos indígenas en la actualidad ante su relación con el Estado.

Palabras clave: Sistema de Justicia, Sistemas de Justicia Indígena, Pueblos Indígenas, Jurisdicción Especial Indígena, Derecho indígena, Reflexiones epistémicas.

RESUMO

Este trabalho de dissertação apresenta um cruzamento de experiências sociais, políticas e jurídicas dos sistemas de justiça indígena da Colômbia e do Brasil. Tal cenário é observado diante o Novo Constitucionalismo Latino Americano que foi adotado pelos países latino-americanos por volta dos anos 90. Em um primeiro momento, analisa-se a normatividade que compõe os referidos sistemas de justiça, assim como o desenvolvimento das legislações em ambos os países. Consequentemente, identificam-se seus principais elementos, além dos pontos comuns e dos diferentes de cada sistema de justiça. Para contrastar os elementos observados com a realidade jurídica dos países em estudo, são propostos dois casos que mostram, ao mesmo tempo, o escopo, o desenvolvimento e o estado da relação entre as duas justiças nos Estados. É percebido que existem grandes semelhanças e aproximações entre os referidos sistemas de justiça indígena, mas, ao mesmo tempo, existem algumas diferenças que podem significar avanços e/ou retrocessos no exercício da justiça indígena para um ou outro país frente ao contexto latino-americano. A seguir, identifica-se a jurisdição especial indígena colombiana como um mecanismo de fortalecimento para os direitos dos povos indígenas, o que pode significar autonomia e igualdade entre as duas justiças. No Brasil, por sua vez, esse mecanismo é reconhecido como inexistente, fenômeno que pode ser identificado como um reconhecimento de autonomia e igualdade apenas parcial das justiças indígenas no Estado. No entanto, as propostas se convergem e se conectam, o que conduz à necessidade de suscitar reflexões epistêmicas que contribuam para o exercício dos sistemas que abram novos diálogos, visando compreender os desafios e as necessidades dos povos indígenas hoje em dia diante de sua relação com o Estado.

Palavras-chave: Sistema de Justiça, Sistemas de Justiça Indígenas, Povos Indígenas, Jurisdição Indígena Especial, Direito Indígena, Reflexões Epistêmicas.

LISTA DE ILUSTRACIONES

Figura 1 – Estructura del Poder Judicial Colombiano.....	43
Figura 2 – Organograma da Estrutura do Poder Judiciário Brasileiro.....	53

SUMÁRIO

1	INTRODUCCIÓN.....	14
2	EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y EL CAMBIO DE PARADIGMA INDÍGENA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA DESPUÉS DE LA GRAN MINGA	20
2.1	El nuevo Constitucionalismo latinoamericano y su desarrollo en la década del 90.....	20
2.2	El cambio de paradigma indígena en Colombia y los derechos de los pueblos indígenas a partir de la Constitución Política de 1991.....	25
2.3	La creación de la jurisdicción especial indígena después de la Gran Minga.....	28
2.3.1	<i>El fundamento constitucional de la jurisdicción especial indígena y sus cuatro elementos constitutivos de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....</i>	31
2.3.2	<i>Límites de la jurisdicción especial indígena.....</i>	36
2.4	La jurisdicción especial indígena y los mecanismos de coordinación.....	39
3	EL EJERCICIO DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN BRASIL: LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988.....	43
3.1	El estado constitucional y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a partir de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988	44
3.2	La legislación indígena en el sistema de justicia común brasileño.....	49
3.3	Los conflictos sobre derechos indígenas son competencia de jueces federales: El dilema con la visión indígena.....	53

3.4	Perspectivas de una jurisdicción indígena en Brasil.....	57
4	ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA EJERCIDOS POR COLOMBIA Y BRASIL: LAS EXPERIENCIAS CRUZADAS.....	61
4.1	Los intersticios. Una mirada a partir de lo común y lo diferente.....	62
4.2	Los casos: El alcance, el desarrollo y el estado.....	67
4.2.1	<i>Colombia: El caso en que se despide una funcionaria de una IPS indígena por dejar de asistir a su trabajo durante trece días hábiles.....</i>	68
4.2.2	<i>Brasil: El caso de los líderes de la Tierra Indígena (TI) Manoá-Pium de la Reserva Raposa Sierra de la Luna de Roraima.....</i>	71
4.3	Confluyendo y conectando propuestas.....	73
4.4	La posibilidad de nuevas reflexiones epistémicas coadyuvando en el ejercicio de las justicias indígenas.....	78
4.4.1	<i>El ¿Por qué? y el ¿Para qué?.....</i>	80
4.2.2	<i>Las justicias indígenas a partir de lo propio y lo apropiado.....</i>	83
4.2.3	<i>Una reflexión epistémica sobre indignación en el contexto de los derechos indígenas.....</i>	89
5	CONCLUSIÓN.....	94
	REFERENCIAS.....	97

1 INTRODUCCIÓN

El momento actual de incertezas e inestabilidades políticas en América Latina inspira un mirar diferenciado para el Derecho de las Minorías tanto en el ámbito regional, como en el plano doméstico de cada país.¹ Por tal razón, el estudio del derecho no puede ser permanecer estático pues el sueño de la reinención en sus pueblos, es permanente.

Más es claro, para comprender el contexto propuesto en este trabajo de investigación, el cual, haya su enfoque en la comprensión del ejercicio de los sistemas de justicia indígena de Colombia y Brasil, es importante revisar en primer lugar, las formas en las que estos se han construido, con el objetivo de establecer similitudes y disimilitudes que permitan visualizarlos desde perspectivas cruzadas y que a su vez aperturen nuevos diálogos epistémicos para su comprensión.

Al hablar de perspectivas cruzadas, se aclara, de primer momento que este trabajo de investigación no sigue las reglas estrictas de un método comparativo propiamente dicho. Que más bien se acopla a la definición que Shmuel Noah Eisenstadt da al abordaje comparativo en la investigación social; cuando afirma que el término no designa un método específico propiamente, pero que da, un enfoque especial de aspectos entre-sociales, institucionales o macro social de sociedades y de análisis sociales.²

De la misma manera se aclara que el método comparativo será usado aquí en el sentido de un modelo de descubrir el reconocimiento empírico entre variables, más no como un método de medición.³ Pues, no presenta una estrategia con fines únicamente descriptivo-determinísticos, sobre todo, se presenta una estrategia abierta, orientada a poner algunas hipótesis paralelas a prueba,⁴ con la ayuda reflexiones epistémicas siendo incluidas en el experimento. En ese sentido este trabajo empírico obedece al estudio de cómo operan las

¹ FREITAS, Raquel Coelho de. Minorias e Fortalecimento de Cidadanias na América Latina. In: FREITAS, Raquel Coelho de; OLIVEIRA MORALES, Germana. **Direito das Minorias no Novo ciclo de Resistências na América Latina**. Editora CRV, Curitiba, Brasil, 2017. p. 11.

² EISENSTADT, Shmuel Noah. Social institutions: comparative study. In: SILES, David. **International Encyclopedia of the Social Sciences**. New York, Macmillan & Free Press. 1968. p 423.

³ La idea es distinguir claramente estos dos tipos de métodos. Pues, para el desarrollo de este trabajo se considerará el método a través del cual se piensa en términos de medición en escalas ordinales nominales, y ordinales, cuando se describe al pensador consciente como quien comprende las limitaciones de no tener un termómetro y aún así, consigue hablar bastante diciendo caliente y frío (y eventualmente más caliente que frío). En ese sentido, la etapa de medir variables es lógicamente anterior a la etapa de encontrar relacionamientos entre ellas. SARTORI Giovanni. **Methodological problems in comparative politics**. Trabajo preparado para la mesa redonda de Turim da AICP. 1969. p. 2.

⁴ PÉREZ LIÑÁN, Aníbal. **El método comparativo: Fundamentos y desarrollos recientes**. Departamento de Ciencia Política Universidad de Pittsburgh. 2007. p. 1. Disponible en: <<https://www.pitt.edu/~asp27/USAL/2007.Fundamentos.pdf>>. Acceso en: 10 de oct. de 2019.

cosas en la práctica en otros lugares del mundo. Para autores como Dixon Rosaldin⁵, esto puede implicar comprender el abanico completo de elecciones constitucionales posibles; o puede conducir a intentar comprender los orígenes o las consecuencias de varias decisiones legales o institucionales.

Hacerlo de otra forma, sería, desconocer la mismidad del autor y ello no es una opción, pues se pretende de algún modo con este trabajo, aportar en la transformación de las lógicas institucionales actuales, así como también, expresar desde la academia indignación como sentimiento político-social, frente a algunos mitos constitucionales de los países aquí envueltos.

Este trabajo, tampoco pretende establecer un paralelo de toda la trayectoria de los sistemas de justicia indígena de ambos países, -pues él se ha de realizar el mismo, sólo a partir de la promulgación sus Constituciones vigentes hacia adelante, es decir, la Constitución Política de Colombia de 1991 y la Constitución Federal de Brasil de 1988- de igual manera, tampoco, se pretende establecer ganadores y perdedores como si se tratara de un concurso, pues si de ser así, la mayor ganancia sería coadyuvar en el ejercicio de los sistemas de justicia indígena desde la academia, como ya se dijo.

Uno de los resultados del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, fue la promulgación en el continente, de una serie de Constituciones altamente garantistas, en cuanto a derechos indígenas se refiere. Se entiende para efectos de este trabajo al movimiento constitucional citado como un movimiento perpetuo: como la heterogeneidad de la reinención del sueño permanente.⁶ Pero además, como el producto de luchas y procura de reconocimientos. Sin duda, las Constituciones aquí surgidas, representaron un enorme avance de lo que se reconocía sobre derechos indígenas en el continente, sin dejar de considerar que quizá, este intento, produjo nuevamente una subalternidad del derecho propio y milenario de los pueblos indígenas.

Tal vez, como producto de estos movimientos constitucionales, Mejía Quintana, acertó en afirmar que para el caso colombiano, se perdió la oportunidad histórica de simbolizar, por mitologizar la identidad nacional, por reconstruirla simbólicamente, por

⁵ DIXON, Rosalind. **Cómo comparar constitucionalmente**. Latin American Law Review n.º 03 (2019): 1-28. p. 6. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434579>. Acceso en: 26 de dic. de 2019.

⁶ CARRILLO GONZALEZ, Diana Maria. Jurisdicción Especial Indígena: **¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?** Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C.. 2013. p. 18. Disponible en: <<http://bdigital.unal.edu.co/40047/1/6699796.2014.pdf>>. Acceso en: 30 de oct. de 2019.

reiventarla y, desde esa recreación, consolidar ese patriotismo constitucional, que nunca se ha podido concretar.⁷

Con citas como la anterior, solamente se pretende aperturar la inquietación desde este momento, sobre la arena en la que Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano ubicó a los pueblos indígenas en la década de los 90, asimismo, ir proponiendo lecturas cruzadas de las experiencias en el ejercicio de las justicias indígenas del continente.

Por consiguiente, en primer lugar, este trabajo pretende evidenciar que el contexto político influenciado por el Nuevo Constitucionalismo, permitió que en el continente se produjeran una serie de transformaciones y reinenciones orientadas a dejar atrás la subalternidad que históricamente se les había impuesto a los pueblos indígenas, y que busco en este contexto, traer avance hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas como sujetos políticos y sujetos de derechos.

De este modo, uno de los intereses radica en descifrar si los sistemas de justicia indígena construidos en Colombia y Brasil, fortalecen los derechos de sus pueblos indígenas y su carácter político en el Estado social de derecho o, si por el contrario, constituyen un proceso de subjetivación que olvida la esencia de estos pueblos.

Se defenderá la idea de que las Constituciones vigentes de ambos Estados, fueron concebidas como un mecanismo en contra de la subalternización de los pueblos indígenas en la construcción de Estado, y en la introducción del modelo intercultural, pero se cuestionará, la falta de herramientas fornecidas a los pueblos para el ejercicio de una gama de derechos introducidos por las Cartas, lo cual, resulta contradictorio con la propuesta planteada por los pueblos indígenas en sus Constituyentes.

Para tales cometidos, se propone el avisoramiento de los contenidos de las epistemologías del Sur en el modelo de diversidad étnica y cultural y en el ejercicio de los sistemas de justicia que los Estados han ofrecido.

En el segundo apartado, se describe al Nuevo Constitucionalismo latinoamericano, como base para la comprensión del tema planteado en esta disertación, es decir, se describe este fenómeno constitucional como apertura para los acontecimientos jurídicos que dieron paso a la construcción de los sistemas de justicia indígena construidos en Colombia y Brasil. Así, se anotan algunas de las principales características de este

⁷ MEJÍA QUINTANA, Oscar. **Poder constituyente, conflicto y constitución en Colombia**. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; CIJUS, 2005. p. 208.

movimiento que fueron producto en su mayoría de las luchas y movimientos sociales de la época, se hace énfasis, claro, en las luchas y los movimientos indígenas de la década de los 90. Lo anterior con el intuito de justificar este movimiento mudo en el continente el paradigma que se tenía sobre lo indígena.

Seguidamente, como producto de ese cambio de paradigmas, se describe el proceso constitucional indígena del Estado colombiano a partir de la Constitución Política de 1991. Se analiza el proyecto político que los pueblos indígenas presentaron ante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como parte de un evento histórico, haciendo énfasis en el hecho de que por primera vez en el este proceso constitucional, los pueblos indígenas son considerados sujetos políticamente activos en Colombia. Ello, permitirá articular el hecho, con la propuesta victoriosa de la implementación de una jurisdicción especial indígena introducida en la Carta del 91 y todo lo que ella implica, esto es: los elementos que la constituyen, los límites de esta jurisdicción, y los mecanismos de la misma con el sistema de justicia nacional.

Para este segundo momento, se aclara, que no es considerada en este trabajo a la jurisdicción especial indígena como el todo del sistema de justicia indígena de Colombia, pues, como se puede observar, esta constituye apenas un mecanismo para el ejercicio de las justicias indígenas en el todo del sistema de justicia indígena del país. Sin embargo, sí, representa un elemento fundamental en el ejercicio de cruzamiento de experiencias entre Brasil y Colombia, por tal razón, se hace un mayor énfasis en el mismo.

Lo interesante de este segundo apartado, es que a lo largo del mismo, se presentan ciertas premisas que conectan su desarrollo temático con el apartado cuarto de este trabajo de investigación y que servirán de base para el cruzamiento de experiencias aquí propuestas.

En el tercer apartado, se recorre por el sistema de justicia indígena brasileño, a partir de la refundación del Estado con su Constitución Federal de 1988, para ello se recurre a establecer en una primera instancia el estado constitucional y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en su vigente Constitución. Además, se señalan los principales instrumentos jurídicos e instituciones que constituyen el sistema de justicia indígena en el país. Se evidencia que el papel de la Constitución Federal del 88 como una apuesta intercultural en el continente y que de hecho fue modelo para muchas otras constituciones en América Latina, como la colombiana por ejemplo.

A su vez, se comienzan a proponer algunos interrogantes, sobre la falta de

instrumentación para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, así como también, se propone un dilema conflictivo, donde se cuestiona la facultad constitucional dada a los jueces federales, para procesar y juzgar la disputa sobre los derechos indígenas, toda vez que estos son poseedores de una cosmovisión propia y un derecho internacional que determina que estos deben ser juzgados y procesados de conformidad a sus propias normas y autoridades, para esto se recurre a la desmitificación de la justicia indígena como elemento que supuestamente pone en tela de juicio las bases del derecho moderno eurocéntrico, propuesta por Boaventura de Sousa Santos.

Por último, se plantea en este tercer segmento, la perspectiva de una jurisdicción indígena en Brasil, bajo el entendido de que en Brasil, ya se ha evidenciado un reconocimiento al derecho propio de los pueblos indígenas en la toma de decisiones judiciales y/o sentencias, por parte de los jueces federales.

En el cuarto y último capítulo, se propone en una primera medida, mirar a tanto al sistema de justicia indígena de Colombia como al de Brasil a través de sus puntos comunes y diferenciados y sus intersticios; de confluir y conectar propuestas en las que se converse sobre la coordinación y cooperación de las justicias indígenas y la justicia común de los Estados, y de esa manera promover un diálogo jurídico e intercultural que permita el cruce de experiencias propuesto como objeto principal de este trabajo y que al mismo tiempo coadyuve al ejercicio de la justicia indígena en Colombia y Brasil.

Este apartado cobra especial relevancia en el ejercicio investigativo, toda vez que permite observar desde “afuera” o por lo menos desde una visión diferente a la implantada por el modelo colonizador, las formas en las que han sido instrumentalizadas las luchas indígenas y sus formas de pensamientos en los sistemas de justicia implantados, que quizá, se encuentren produciendo violencia epistémica sobre el modelo de diversidad étnica y cultural propuesto por sus Cartas Política y el mismo derecho internacional adoptado por sus Estados, por tanto, se quieren proponer como parte del ejercicio investigativo, otras miradas y métodos de estudio del conocimiento humano.⁸

⁸ Se utilizan dos categorías para lograr dichos propósitos: Se hace una reflexión epistémica la primera surge a partir de la indignación y la segunda propone el estudio de las justicias indígenas a partir de lo propio y lo apropiado. (no necesariamente en ese orden). Cuando se habla de lo propio y lo apropiado se hace referencia a una teoría correspondiente a la protección de la integralidad de la mexicanidad, esta es propuesta por el grupo **Tlioli Ja Intercultural**, y se origina en el centro de desarrollo indígena Loyola A.C. en el mes de junio de 2012 con jóvenes de diversos orígenes culturales, étnico y lingüísticos, esta teoría trata básicamente de diversidades que convergen, por lo tanto dialogan para construir desde variados saberes, pensamientos y conocimientos. MARTINEZ, Luis Mauricio. **Lo propio, lo apropiado y lo ajeno**. Revista cultural alternativas N73 junio de 2016. Disponible en: <https://issuu.com/revistaculturalalternativas/docs/revista_cultural_alternativas_n73_j>.

En esta sección, son propuestos dos casos en donde se pretende visibilizar cuál es el alcance, desarrollo y estado de las justicias indígenas con relación a las justicia común de Colombia y Brasil, en sus sistemas de justicia indígena. Los casos propuestos, corresponden a situaciones jurídicas diferentes para cada Estado. Con respecto a Brasil, se presenta un conflicto propio de la justicia penal; y con respecto de Colombia, al asunto será volcado al área laboral. Se considera que aunque se trate de conflictos jurídicos diferentes, los casos cumplen con el objetivo para el cual son propuestos y revelan la relación de ambos sistemas en concomitancia, pero sobre todo permiten visibilizar, aún siendo *litis* diferentes cual es el grado de reconocimiento autonomía y coordinación de la justicia indígena y la justicia común, cuando esta es observada como un todo desde la óptica del sistema de justicia indígena en general.

Tanto las aproximaciones a los sistemas de justicia de ambos países, como el cruce de experiencias han permitido develar que a pesar de los grandes avances herencia del movimiento constitucional de los 90, aún en el siglo presente, los retos y desafíos metodológicos de la justicias indígenas ejerciendo en los Estados es grande.

Se considera que en definitiva, la presencia de ciertas herramientas para el ejercicio de las justicias indígenas como lo es la implementación de una jurisdicción especial indígena para el caso colombiano, marcan total diferencia en el ejercicio de las justicias. En Brasil este es un elemento ausente. Fenómeno que puede ser considerado como ausencia de herramientas para que sus pueblos indígenas vivan de conformidad con sus derechos propios. Se sugiere para tal cometido, no sólo la observación de otros modelos implementados en el continente, sino también, una previsión de instrumentos normativos que viabilicen esa comunicación entre las diversas fuentes.

Asimismo, se observa que la ingeniería constitucional latinoamericana, no es absoluta. Que en los pueblos indígenas, existen diversas voces y formas de integración social, cultural y política que hacen parte del constante venir y devenir de las sociedades y que deben ser consideradas como forma de interpretación de las sociedades latinoamericanas.

Por consiguiente, se considera necesario que, desde la academia, se visibilicen este tipo de realidades y se propongan fórmulas de resistencia y avance como medio para oponerse al orden normativo que no reconoce la diversidad al momento de regular la vida

social del indígena.

2 EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y EL CAMBIO DE PARADIGMA INDÍGENA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA DESPUÉS DE LA GRAN MINGA

Este capítulo describe el surgimiento de un nuevo constitucionalismo latinoamericano; se anotan algunas de sus características, así como también las luchas sociales que lo sustentan, enfatizando en las luchas y movimientos indígenas ocurridos alrededor de este, en la década de los 90. La intención principal de este comienzo del capítulo es demostrar que este Nuevo Constitucionalismo, tanto como el derecho, han intentado responder a problemáticas concretas y han sido resultado de disputas de poder y de luchas sociales. En ese camino de construcción constitucional en América latina, es innegable reconocer, la mudanza en muchos de los paradigmas indígenas implantados de antaño en el continente.

Se trata de paradigmas emergentes, que fueron plasmados en muchas de las Constituciones latinoamericanas y que generaron un efecto liberador sin precedentes en la historia del derecho. De esa manera, se procede a describir el proceso constitucional indígena de Colombia a partir de la Constitución Política de 1991; sus cambios paradigmáticos principales, su paso por la Asamblea Nacional Constituyente y la introducción de la gran novedad de la época en el sistema de justicia indígena de Colombia; esto es, la creación de una jurisdicción especial indígena; los elementos que la constituyen, sus límites y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional.

Frente a avances importantes en el reconocimiento de derechos indígenas, todavía existen algunos vacíos, sin embargo, parecen estar cada vez más suplidos, quizá no lo suficiente en la lucha por sociedades equitativas y sin exclusiones. A lo largo de este capítulo, se establecen ciertas premisas que conectan su desarrollo temático con el capítulo cuarto de este trabajo de investigación y que servirán de base para el cruzamiento de experiencias aquí propuestas.

2.1. El Nuevo Constitucionalismo latinoamericano y su desarrollo en la década del 90

En la historia Latinoamericana, por décadas y décadas fue natural que las

comunidades indígenas sean socavadas e invisibilizadas dentro de los proyectos de nación, apareciendo solo en procesos de explotación, exclusión, racismo y/o en intentos de integración y asimilación al sistema nacional a partir de proyectos civilizatorios.⁹

Pues bien, los cambios en la política mundial de las últimas décadas del siglo XX e inicios del XXI, sumado al fortalecimiento interno de los pueblos indígenas, hizo que la historia latinoamericana evidenciara lo que Bengoa denominó como emergencia indígena¹⁰. Concepto apunta de manera directa al surgimiento de las cuestiones indígenas en los diversos escenarios políticos, sociales y económicos de las sociedades Latinoamericanas impulsadas por el fortalecimiento y aparición de nuevos liderazgos indígenas que lograron visibilidad ante el mundo en esa época y que lograron también, comunicar sus denuncias y demandas a través de la conformación de movimientos sociales y levantamientos indígenas.

En efecto, ese tipo de movimientos, fueron de gran beneficio para las especificidades del desarrollo histórico, cultural, social, económico y político de las comunidades indígenas en América Latina, ya que las necesidades específicas de tales, eran disminuidas o reemplazadas por las de otros grupos dominantes.¹¹

A partir de entonces, se desarrolló en varios países de la región, una reivindicación jurídica indígena que trajo como consecuencia, la modificación de las cartas constitucionales estatales, juntamente con sus legislaciones, donde se reformaron en la mayoría de los casos, sus institucionalidades. Tales constituciones, no fueron tan solo una matriz generadora de procesos políticos, pero sí, el producto de correlaciones de fuerzas y de luchas sociales en ese momento histórico de las sociedades latinoamericanas.¹²

Si bien, estas modificaciones responden al proceso de modernización en general, también fueron incluidas normas expresas correspondientes al estatuto de las colectividades indígenas, impactando a las instituciones y a los recursos que les atañen y que les son esenciales para su vida.

⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo. **Identidad indígena y multiculturalidad en América Latina Araucaria**. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Universidad de Sevilla Sevilla, España, v. 4, n. 7, primer semestre 2002. p. 3-4. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/282/28240702.pdf>>. Acceso en 03 de abril de 2019.

¹⁰ BENGOA, José. **La emergencia indígena en América Latina**. Chile: Fondo de la Cultura Económica, 2000. p. 22.

¹¹ La frase del presente párrafo fue acuñada al Taita Lorenzo Muelas en el desarrollo de la Asamblea Nacional constituyente de 1991. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional no. 24. **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 84 de Lorenzo Muelas**. 24 de marzo de 1991. p. 23.

¹² WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-Americano tendências contemporâneas**. Juruá Editora. Curitiba. Brasil. 2013. p. 19.

Estas nuevas constituciones, en cuanto pacto político, materializaron en cierta medida, una forma de poder que se legitimó por la convivencia y coexistencia de concepciones divergentes, diversas y participativas.¹³

Como consecuencia, esta nueva propuesta constitucional y la introducción de las nuevas constituciones Latinoamericanas, trajo en muchos casos, no apenas un rescate de culturas étnico raciales en los países de esta parte del continente, sino que de manera análoga introdujo la necesidad de reconocer un horizonte de universalidad conflictivo, más plural y abierto, donde los derechos humanos adquirieron una legitimidad interna y llegaron a ocupar espacios igualitarios en la protección de nuevas identidades y sus respectivas demandas.¹⁴

Este cambio en las perspectivas y alcance de derechos para los pueblos indígenas en Latinoamérica, fue posible con el acceso que tuvieron las minorías al poder judicial para la garantía de sus derechos, así como también, por el caminar hacia una política más progresista en sus Estados. Por lo tanto, en este Nuevo Constitucionalismo, se creó toda una red de recursos y procedimientos que posibilitó el acceso de las minorías a las Cortes, y que presionaba a esa estructura política y constitucional por decisiones en defensa de derechos los sustanciales y de la creación de políticas públicas igualitarias, basadas en criterios de justicia compensatoria, distributiva y plural.¹⁵

Por consiguiente, los países latinoamericanos conocieron una teoría de organización del Estado y del derecho con base en los parámetros encima mencionados, los cuales resultaron de la afirmación de una política capitalista hegemónica y desafiadora de las necesidades democráticas propias para la región y la época.¹⁶

En parte, la estabilidad jurídica de una sociedad está en la forma como la división de los derechos y de las libertades es hecha, en su constitución y en el relacionamiento que esta tendrá con el Estado. Así es que durante el periodo de democratización, algunos países latinoamericanos se concentraron en afirmar una democracia más apropiada a sus Estados,

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-Americano tendências contemporâneas**. Juruá Editora. Curitiba. Brasil. 2013. p. 19.

¹⁴ FREITAS, Raquel Coelho de. Minorias e Fortalecimento de Cidadanias na América Latina. In: Direito das Minorias no Novo ciclo de Resistências na América Latina. Editora CRV, Curitiba, Brasil, 2017. p. 13.

¹⁵ La frase del presente parágrafo fue acuñada al Taita Lorenzo Muelas en el desarrollo de la Asamblea Nacional constituyente de 1991. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional no. 24. **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 84 de Lorenzo Muelas**. 24 de marzo de 1991. p. 14.

¹⁶ FREITAS, Raquel Coelho de; OLIVEIRA MORALES, Germana. O Novo Latino-americano constitucionalismo e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os direitos de Pachamama e o bem viver (Sumak Kawayay). In: Constitucionalismo Latino-americano tendências contemporâneas. JURUÁ Editora. Curitiba, Brasil. 2013. p. 104.

con el intuito de romper con el patrón democrático externo que les era impuesto, lo que requirió un cambio de factores que les permitiera un avance democrático más significativo.¹⁷

Con el objeto de implementar avances político-institucionales y transformaciones, es que algunos países de Latinoamérica pasaron a reconocer la necesidad de reformular sus constituciones¹⁸ y así se comenzaron a replantear los derechos de los pueblos indígenas.

Colombia y Brasil, no estuvieron exentos de tales transformaciones, pues de acuerdo a las propias características locales, se demuestra que la emergencia indígena ha ocurrido en casi todos los países de América Latina.¹⁹

Sobre tal aspecto, el Nuevo Constitucionalismo constituye una teoría de avance democrático de la Constitución, en la cual, el contenido debe expresar, en el límite de sus posibilidades, la voluntad soberana de su pueblo, el reconocimiento de su identidad, su conciencia cultural, los valores que pretenden preservar, así como también su forma de organización social y política cuya práctica deberá ser alcanzada por medio de mecanismos de participación popular directa, de la garantía de los derechos fundamentales, del procedimiento de control de constitucionalidad promovido por los ciudadanos y la creación de reglas que limiten los poderes políticos, económicos, sociales y culturales.²⁰

Es por eso que toda sociedad política, tiene su propia constitución, a través la cual, corporiza sus tradiciones, costumbres y prácticas, y también donde ordena los trámites del poder.²¹

Uprimny y Sánchez sostienen que:

A partir de los años 90, existen constituciones que tienen características nuevas, y enuncian algunos ejes comunes: el fortalecimiento de la independencia judicial, el reconocimiento de derechos sociales, la inclusión de nuevas formas de participación popular, la creación de órganos de control y lucha contra la corrupción, el reequilibrio entre los poderes del Ejecutivo y Legislativo, la apertura al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y del derecho internacional de los derechos humanos; de igual modo, se adoptan reglas electorales

¹⁷ FREITAS, Raquel Coelho de; OLIVEIRA MORALES, Germana. O Novo Latino-americano constitucionalismo e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os direitos de Pachamama e o bem viver (Sumak Kawayay). In: Constitucionalismo Latino-americano tendências contemporâneas. JURUÁ Editora. Curitiba, Brasil. 2013. p.105.

¹⁸ Este movimiento se inició con la Constitución de Colombia en 1991, posteriormente la Constitución de Venezuela en 1999, siguiendo la Constitución de Ecuador en 2008 y la Constitución de Bolivia en 2009.

¹⁹ BENGUA, José. La emergencia indígena en América Latina. Chile: Fondo de la Cultura Económica, 2000. p. 23.

²⁰ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Quito: Corte Constitucional del Ecuador. 2010. p. 19.

²¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETERS MELO, Milena. Constitucionalismo Latino-Americano tendências contemporâneas. Juruá Editora. Curitiba. Brasil. 2013. p. 20.

más incluyentes, más facultades presidenciales, el reconocimiento de la diversidad en múltiples campos, unido a un fuerte compromiso con la igualdad; la superación de ciertos rasgos confesionales; la adopción de la fórmula del estado social de derecho; la adhesión a los principios de integración latinoamericana; la adopción de una organización electoral autónoma y especializada, y el fortalecimiento de los procesos de descentralización.²²

En los años 90, al mismo tiempo que se tienen estas constituciones renovadas, están constitucionalizados en muchos casos, las disciplinas presupuestarias, la liberación financiera y del comercio, la privatización de los servicios públicos, la flexibilización laboral, la protección a la propiedad privada. Esto, para autores como Ávila Santamaría, significó un retroceso en el constitucionalismo latinoamericano²³, debido a que se causó malestar, desequilibrios institucionales y crisis políticas.²⁴

Pero, por encima de esto, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano de los 90, se preocupó más, por la fundamentación legítima de las constituciones y como consecuencia de ello, por la efectividad de las mismas, toda vez que solo los ciudadanos eran quienes debían aprobarlas o no.²⁵

Tal preocupación se vio reflejada en que los textos constitucionales teóricamente, debían emerger de procesos constituyentes lo más participativos posibles y, como consecuencia de ello, sus reformas debían acudir al poder constituyente originario.²⁶

En definitiva, los procesos constitucionales de América latina ocurridos en la década de los 90, cuya filiación es el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, comparten muchas características, entre otras, una comprensión doctrinal común, la cual, surgió de modo coetáneo con los procesos sociales de la época y que en cierta forma, lograron articular las demandas donde se reclama mayor participación política y que eran pedidas por parte de las

²² UPRIMNY, Rodrigo; SÁNCHEZ, Luz María. 3 décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balance y perspectivas. (Documento inédito.). 2012. Véase: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El constitucionalismo latinoamericano del constitucionalismo liberal al constitucionalismo andino. Quito, Ecuador. 2016. p. 24.

²³ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino. In: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. **El neoconstitucionalismo andino**. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. 2016. p. 25.

²⁴ Por mencionar algunos ejemplos de la situación planteada por el autor: Collor de Mello (Brasil, 1992), Andrés Pérez (Venezuela, 1993), Cubas Grau y Mahuad (Paraguay y Ecuador, 1999, respectivamente), De la Rúa (Argentina, 2001). Cabe mencionar que, quizá Instituciones paradigmáticas en este sentido son la chilena, peruana y colombiana.

²⁵ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Quito: Corte Constitucional del Ecuador. 2010. p. 21.

²⁶ BENAVIDEZ ORDOÑEZ, Jorge. Neoconstitucionalismo, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y procesos constituyentes en la región Andina. p. 5. Disponible en: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5771477.pdf>>. Acceso en: 27 de sep. de 2019.

minorías en los Estados; el caso de los pueblos indígenas no fue la excepción de tal acontecimiento.

Con respecto de este punto en específico, en muchas constituciones latinoamericanas, se vieron reflejadas claramente las alteraciones referentes al reconocimiento del carácter pluricultural del Estado y la Nación, así como también el respectivo reconocimiento de los pueblos originarios.²⁷ A partir de esto, definitivamente los paradigmas constitucionales y jurídicos de los Estados presentaron mudanzas definitivas en sus institucionalidades y como se pretende estudiar en este trabajo de investigación, en la manera de cómo se comenzaron a ejercer sus justicias, y claro, sus justicias indígenas.

2.2 El cambio de paradigma indígena en Colombia y los derechos de los pueblos indígenas a partir de la Constitución Política de 1991

En la historia política colombiana se encuentran camuflados los procesos de los pueblos indígenas que para permanecer culturalmente y pervivir físicamente, debieron atravesar un camino adverso acompañado por la lucha constante de la defensa y recuperación de sus territorios.²⁸ Respaldados por diversas leyes,²⁹ donde se encuentra incluida la ley 89 de 1890, en la cual, los indígenas se abrieron espacio para su participación en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Esta perspectiva coyuntural de la constituyente de 1991, resulta relevante en el armazón de los procesos adelantados por los diferentes sujetos del pacto político, en especial por los pueblos indígenas, quienes de algún u otro modo e históricamente en Colombia, han recorrido algunos caminos para la construcción de los logros obtenidos hasta la actualidad. En el caso indígena, las décadas de los 80 y los 90, fueron decisivas para la formulación de su proyecto político, es por ello que, a diferencia de otras comunidades como las negras y afros, los indígenas lograron la participación de tres curules en el experimento constitucional del 91.

Pero este acontecimiento, en cuanto a participación indígena con injerencia

²⁷ RAMÍREZ, Os. Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas são capazes de garantir os Direitos dos Povos Indígenas. In: GRIJALVA, Agustín. Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos. 2009. 35.

²⁸ Ver: QUINTIN LAME, Manuel. Luz Indígena en Colombia. In: SÁNCHEZ, Enrique; MOLINA, Hernán. (comps). **Documentos para la historia del movimiento indígena contemporáneo**. Bogotá: Ministerio de Cultura, 2010. p. 36-45.

²⁹ Leyes como: la Ley de Origen, la Ley Natural, el Derecho Mayor y el Derecho Propio, así como también las cédulas y los títulos republicanos de aquel entonces.

política se refiere, no fue igual a los anteriores, su trascendencia fue mayor. Por lo menos, así lo quiere mostrar Hernando Valencia Villa cuando afirma que se trata de la reivindicación de una reforma constitucional nueva y distinta que otorga legitimidad y eficacia al régimen político colombiano.³⁰ Para Valencia Villa,³¹ esta acción de participación política, de los pueblos indígenas en la constituyente de 1991, puede ser descrita como un *holocausto bíblico* en Colombia, que abrió las puertas a nuevos sectores sociales y trajo como resultado una política más heterogénea en el país que representó la convergencia de distintas ideologías.

El panorama de la Constituyente, parecería indicar que un nuevo camino histórico político estaba construyéndose en Colombia. El debate que se desarrollará de mejor manera en el capítulo cuarto de este trabajo que consiste en considerar si los grupos que por décadas fueron dominados, pudieron en este proceso constitucional, a partir de sus puntos de vista y participación política, incluir en la Carta Magna lo que para ellos es lo propio y apropiado o si, por el contrario, fueron los grupos dominantes quienes construyeron imaginarios y discursos alrededor de *los otros*. Es como si en Colombia, a través de este nuevo proceso político se abriera y propusiera la posibilidad de lo que Spivak llama como un contra conocimiento, una historia subalterna.³²

Anterior a la Constitución Política de 1991, ya se encontraba presente la ley 89 de 1890, herramienta jurídica que regulaba algunos los asuntos indígenas, con presupuestos como el siguiente: *por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*³³, por ejemplo.

Así también,

Antes de la Constitución de 1991, Colombia se presumía homogéneamente cultural y expedía directrices de carácter nacional bajo el concepto de “oficiales”, dos de las más importantes eran el idioma y la religión; por su parte, la construcción jurídica se hacía bajo tendencias “seudo liberales” que regían y ordenaban la nación mono cultural, sin espacio alguno a las singularidades culturales, religiosas, sexuales, étnicas, entre otras muchas. La consolidación del Estado–Nación colombiano fue más de corte autoritario y radical, desatendiendo por muchos años a quienes no

³⁰ VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010.

³¹ La frase del presente parágrafo fue acuñada al Taita Lorenzo Muelas en el desarrollo de la Asamblea Nacional constituyente de 1991. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional no. 24. **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 84 de Lorenzo Muelas**. 24 de marzo de 1991. p. 210-211.

³² SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Can the subaltern speak? In: WILLIAMS, Patrick; CHRISMAN, Laura, (comps). **Colonial discourse and post-colonial theory**. Nueva York, NY: Columbia University Press. 1992. p.66-111.

³³ La mentada ley luego de más de un siglo, aún continúa vigente en algunos de sus apartes, tanto así que en el nuevo proyecto político y constitucional de aquel entonces se siguieron líneas, similares a las de la ley: (art. 5); derecho al gobierno propio (art. 4, 6); inalienabilidad, imprescriptibilidad y inembargabilidad del resguardo indígena (art. 6); entre otras.

formaran parte de la homogeneidad consignada en la Constitución de 1886, que bajo la denominación y puesta en práctica del concepto de minorías se les trató como a tales, con sentido exclusionista, por fuera de toda agenda de gobierno.³⁴

Sin embargo, tal y como se mencionó anteriormente, el campo de acción y participación política de los pueblos indígenas en Colombia, jamás había sido tan incluyente en la historia de Colombia, por lo menos, no para esta población.

Así, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue imaginada como un escenario abierto para que los pueblos indígenas cuenten al occidente, sus historias milenarias y cómo deberían ser las relaciones entre el hombre y la naturaleza y su entorno social.³⁵

Tal integración buscó vías de comunicación entre el derecho indígena y el derecho oficial, lo que no significó la subordinación de uno a otro, sino por el contrario, la coexistencia armónica de múltiples sistemas jurídicos en un mismo ámbito.

De igual forma, es importante tener en cuenta en esta mudanza de paradigma al Convenio 196 de la OIT que comenzó a regir en Colombia a partir del 6 de marzo de 1991, fecha en la cual entró en vigencia la ley 21 de 1991³⁶, que lo ratificó.

Como consecuencia de este instrumento internacional, se trajeron a colación en la construcción de la nueva Carta Política nuevas propuestas constitucionales, cuyos fundamentos se encontraban en tal Convenio, pero más allá de su simple mención en las intervenciones, lo que realmente importó, fue la influencia del mismo en la construcción y presentación de sus propuestas.

Ahora, la apuesta de la Constitución Política de 1991, fue la de lograr un reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos, el cual tenía que ser tan material como sus existencia física en el mundo de hoy.³⁷

³⁴ BLANCO BLANCO, Jacqueline. **Administración de justicia en la Jurisdicción Especial Indígena**. Revista Diálogos y saberes. 2007. p. 13. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2693609.pdf>>. Acceso en 07 de oct. de 2019.

³⁵ GREEN STOCCEL, Abadio. El aporte de los pueblos indígenas a un país diverso. In: SÁNCHEZ, Enrique; MOLINA, Hernán. comps. **Documentos para la historia del movimiento indígena contemporáneo**. Bogotá: Ministerio de Cultura, 2010. p. 303.

³⁶ Congreso de la República. Ley 21 (4 de marzo de 1991). **Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes**. Adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. Diario Oficial N° 39720. (6 de marzo de 1991) Bogotá: El Congreso. 1991.

³⁷ La frase del presente párrafo fue acuñada al Taita Lorenzo Muelas en el desarrollo de la Asamblea Nacional constituyente de 1991. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional no. 24. **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 84 de Lorenzo Muelas**. 24 de marzo de 1991.. p.58.

Las palabras, citadas por el Taita³⁸ anteriormente mencionado, quien a propósito fue designado para ocupar el cargo de vicepresidente de la Comisión segunda que trataba lo correspondiente a la división política del territorio y autonomía regional y local en la época, ensalzaban la importancia de enmarcar los derechos colectivos en el respeto a la diversidad étnica y cultural en esta nueva etapa para la nación colombiana.

Para tal efecto, se condensaron los siguientes premisas, propuestas también por Lorenzo Muelas, “[...] ‘pensamos distinto y sentimos distinto’ y, ‘cuando se piensa, se habla y se siente distinto, es inevitable que se actúe distinto’”.³⁹

De esa forma, como mecanismo de desarrollo de tales derechos, se implementa en Colombia, una jurisdicción especial indígena, la cual debía se encuentra articulada al sistema judicial del Estado y se reglamenta a través de ley orgánica especial. En este concepto suscitado, se da garantía a la vigencia de las normas y procedimientos de justicia propia, así como de las facultades jurisdiccionales de las autoridades en sus territorios, siempre y cuando no se menoscaben los derechos humanos.⁴⁰ Veamos.

2.3. La creación de la jurisdicción especial indígena después de la Gran Minga

La tarea de proposición de una jurisdicción especial en las gacetas constitucionales fue interesante. Uno de los principales propulsores de esta idea, al interior de la Constituyente fue la ONIC⁴¹ a través de las objeciones que le formuló a la propuesta hecha por Lorenzo Muelas. El cual, propuso crear una jurisdicción indígena articulada al sistema judicial nacional con dos vertientes específicas, la primera, depende de la vigencia o no de los sistemas de justicia propios de cada pueblo y la segunda, del ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas supeditado al respeto de los derechos humanos, tal y como se comentó anteriormente.

Gracias a este tipo de propuestas, era inevitable el surgimiento de otras variables constitucionales visibilizadas en el Estado colombiano. Una de ellas fue la declaratoria tácita de un Estado multicultural, que ni en la Asamblea Nacional Constituyente, ni en los proyectos

³⁸ Expresión utilizada para referirse a Lorenzo Muelas.

³⁹ La frase del presente párrafo fue acuñada al Taita Lorenzo Muelas en el desarrollo de la Asamblea Nacional constituyente de 1991. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional no. 24. **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 84 de Lorenzo Muelas.** 24 de marzo de 1991. p. 59.

⁴⁰ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (24 de marzo de 1991) Gaceta Constitucional no. 24. **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 84 de Lorenzo Muelas.** Bogotá: El Abedul. p. 11.

⁴¹ ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. **Constituyente Indígena.** Suplemento Unidad Indígena. Bogotá D.C., segunda quincena de mayo de 1991, No. 5. p. 7.

indígenas de entonces había sido propuesta. A su vez, el reconocimiento de una nación de diversidad étnica y cultural. Factor de vital importancia, pues, la sujeción de la jurisdicción especial indígena a la Constitución y a las leyes, sin la mediación de un diálogo intercultural, subordina los derechos colectivos a los principios del modelo liberal de Estado que, en definitiva, posee un amplio grado de intervencionismo quizá encubierto en su discurso de reconocimiento de minorías.⁴²

Evidentemente, en este escenario, por primera vez, los pueblos indígenas lograron posicionarse como sujetos políticos en la Asamblea Nacional Constituyente. No solo porque se logró para esta Asamblea, la elección popular de sus representantes, que históricamente, a pesar de ser minoría, consiguieron posicionarse por encima de otros personajes de la vida política y pública, sino que también se consiguió que su participación política no estuviera limitada a la circunscripción indígena, promoviendo de esa forma, la inclusión de nuevas estructuras interculturales e interinstitucionales dentro del Estado.

Este acaecimiento, permitió a los pueblos indígenas y sus representantes originar un proceso con autonomía y liderazgo dentro de la Asamblea Nacional Constituyente, aún, cuando eran considerados como salvajes por la ley 89 de 1890. Se procede además en este proceso, a declarar a la nación colombiana como diversa étnica y culturalmente, además de posicionar a los pueblos indígenas como titulares de derechos específicos.

El panorama constitucional se ajusta de alguna manera más próxima al contexto nacional de aquel entonces. Igualmente, no se puede desconocer que en este proyecto confluyeron factores externos que incentivaron la participación indígena en el escenario constitucional, que si bien en su mayoría fueron positivos, también pudieron en algún momento, haber significado la pérdida del control integral sobre el proyecto político, produciendo como resultado postulados constitucionales persuasivos que dependen de otros mecanismos, como por ejemplo el desarrollo legal y judicial para su efectivización.

Sin embargo, no cabe duda que el reconocimiento a los pueblos indígenas como parte integral de la nación colombiana, con sus derechos específicos y sus particularidades culturales y étnicas, superando el *status* de salvajismo que los identificaba⁴³, se consolida a partir de esta Constituyente, que ahora, enfrenta otros nuevos retos y desafíos para afirmar su

⁴² SORIANO, Ramón; MORA, Juan Jesús. Will Kymlicka: Una apuesta por un liberalismo abierto. In: KYMLICKA, Will. **Estados, naciones y culturas**. Córdoba: Almuzara, 2004. p. 24-25.

⁴³ COLOMBIA. Ley 89 de 1890. **Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada**. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4920>>. Acceso en 14 de nov. de 2019.

nuevo desarrollo jurídico en el país.

Para Soriano y Mora,⁴⁴ esta victoria multicultural en la Carta Política, puede ser leída en concomitancia con la aparición del neoliberalismo, sugiriendo aún la entrada del multiculturalismo como aval para la justificación ideológica del modelo neoliberal en los Estados de la región.

En todo caso como se plantea, el objeto de la apuesta por las minorías es “asegurar su supervivencia como sociedades distintas”, a través de la transformación cultural de las instituciones estatales.⁴⁵

Entre los representantes indígenas se gestaron diversas discusiones alrededor de los mejores mecanismos para reconocer los derechos colectivos a nivel constitucional, de lo que se infiere que la propuesta indígena ante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue heterogénea y entre sus instituciones o figuras más destacadas fueron la autonomía, la participación política y la jurisdicción especial indígena.

Inicialmente se considera que la posibilidad de una jurisdicción especial indígena en Colombia se fundamenta en el entendimiento que el proyecto constitucional de 91 se asienta sobre la base de un modelo de Estado multicultural tal y como se habló anteriormente. Para tal efecto, Bonilla Maldonado⁴⁶, considera que la Constitución Política de 1991, es una constitución eminentemente constitucional, que tiene como propósito la generación de mecanismos de diálogo entre la sociedad moderna y las culturas diferentes.

Efectivamente, el movimiento indígena colombiano logró a través de este proyecto propositivo, posicionarse como un sujeto político ante la Asamblea nacional Constituyente, tanto que lograron a partir de su cuota, que se contemplara después de una gran Minga⁴⁷, la promoción de una estructura intercultural e interinstitucional dentro del Estado,

⁴⁴SORIANO, Ramón; MORA, Juan Jesús. Will Kymlicka: Una apuesta por un liberalismo abierto. In: KYMLICKA, Will. **Estados, naciones y culturas**. Córdoba: Almuzara, 2004. p. 144.

⁴⁵ La frase del presente párrafo fue acuñada al Taita Lorenzo Muelas en el desarrollo de la Asamblea Nacional constituyente de 1991. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional no. 24. **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 84 de Lorenzo Muelas**. 24 de marzo de 1991. p. 25.

⁴⁶ BONILLA MALDONADO, Daniel. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre editores. 2006. p. 35-36.

⁴⁷ La palabra Minga podría tener muchas explicaciones o más bien uno con distintas interpretaciones. En el contexto colombiano, específicamente para el pueblo nasa, es el “pi”txya o pi”txyuwe” que es la invitación que hace una comunidad o persona, a otras personas a colaborar un día en el desarrollo de diferentes labores. Es una práctica que al final se convierte en un estilo de vida, despierta en las personas un bien físico y espiritual, además de generar una empatía con cada uno de sus participantes y un arraigo a los territorios donde se realiza, esto por medio de todo el compartir que implica el participar de una *Minga*, dado que en ellas se realizan otras actividades anexas, que permiten el intercambio espiritual, de saberes y el despertar de muchos de los sentidos y sentimientos del ser humano. QUIÑONEZ, Alejandro. **La Minga, una herramienta que une comunidades**.

como lo es la jurisdicción especial indígena.

De esta manera, la Constituyente reconoció como parte integral de la nación colombiana a los pueblos indígenas, incluyendo sus derechos específicos y sus particularidades culturales y étnicas y superando el salvajismo que les antecedió, a través de la construcción de un nuevo sistema de justicia que vendrá a ser parte de su sistema de justicia nacional y que es parte de la respuesta constituyente al “reto del multiculturalismo”.⁴⁸

Para Kymlica,⁴⁹ la manera en la cual se incorporan las minorías nacionales a la sociedad, determina la naturaleza de la relación entre estas. Por consecuencia, plantea, que el objeto de la apuesta por las minorías, es en todo caso asegurar su supervivencia como sociedades distintas, mediante la transformación cultural de las instituciones estatales.

Con todo, la proposición que terminó en el establecimiento de una jurisdicción especial indígena, después de esta Constituyente, propuesta en gran medida por el movimiento indígena, sin lugar a dubitaciones, fortaleció la lucha de las minorías y en especial la del movimiento indígena en términos de autonomías, territorio, unidad, cultura y justicia.

Por ello, vale decir que en el Estado la experiencia de la constituyente en cuanto a la creación de la jurisdicción especial indígena, representa un importante paso para que los pueblos indígenas, como sujetos subalternizados por años, logren rescatar su voz y promuevan escenarios de diálogo y consenso, a partir de los cuales emerja un pacto político democrático.

2.3.1. El fundamento constitucional de la jurisdicción especial indígena y sus cuatro elementos constitutivos de acuerdo al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional

La Constitución Política de 1991 viene a establecer alrededor de 211⁵⁰ disposiciones que enmarcan el modelo de diversidad étnica y cultural en el Estado colombiano. Artículos como el 246 y 330, determinan el derecho a la libre determinación, por

Disponible en: <<https://caritascolombiana.org/la-minga-una-herramienta-que-une-comunidades/>>. Acceso en: 14 de nov. de 2019.

⁴⁸ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996. p. 25.

⁴⁹ Ibídem. p. 25.

⁵⁰ Entre ellas los artículos 7, 8, 10, 13, 63, 68, 70, 71, 72, 96, 171, 176, 246, 386, 310, 321, 329, 330 y 356, así como los transitorios 55 y 56.

mencionar un ejemplo, y así muchos otros, que sustentan constitucionalmente a la jurisdicción especial indígena dentro del ámbito de los derechos colectivos.

De esta manera el Estado colombiano, se ratifica por medio de su articulado constitucional como un Estado reconocedor de su diversidad y demuestra su respaldo constitucional a una jurisdicción especial que en definitiva, se proyecta como un mecanismo para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

Con el propósito de comprender la idea de jurisdicción especial indígena, este apartado del trabajo se concentra en estudiar, los cuatro elementos consecutivos con los que la Constitución Política de 1991 estableció tal jurisdicción, pero que a su vez en medio de este proceso dejó su funcionamiento y desarrollo en mano de otras instituciones.

A partir del contenido del artículo 246 de la Carta Política de 1991, la Corte Constitucional de Colombia haciendo uso de su función jurisdiccional, ha establecido cuatro elementos constitutivos de la jurisdicción especial indígena:

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.⁵¹

Siguiendo el orden de las ideas, la Corte, determinó los elementos consecutivos de la jurisdicción especial; así: 1) la existencia de unas autoridades propias de los pueblos indígenas; 2) La potestad de estas autoridades para establecer normas y procedimientos propios a los miembros de su colectividad en sus territorios; 3) La sujeción de dicha jurisdicción y normas a los principios de la Constitución y las leyes; y 4) La coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Con respecto, el Alto Tribunal ha precisado sobre los dos primeros elementos, que estos, constituyen el núcleo de la autonomía otorgada a las comunidades indígenas, y que los mismos, tienen un alcance no solo jurisdiccional sino también legislativo por cuanto prevén la posibilidad de normas y procedimientos; y con respecto a los otros dos elementos ha dicho que conforman los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas en el

⁵¹ COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia**. 4 de julio de 1991. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acceso en 30 de abril de. 2019.

contexto del ordenamiento jurídico nacional.⁵²

Ante la existencia y reconocimiento de unas determinadas autoridades indígenas, Sánchez Botero,⁵³ ha dicho que son individuos que representan aquellos distinguidos de cada sociedad particular, los cuales son reconocidos socialmente para el cumplimiento de las funciones de mando, orientación, conocimiento y guía, dentro de los órganos públicos definidos para tal fin.

Frente a tal definición, es importante mencionar que tal revisión conceptual no debe hacerse desde la perspectiva occidental, asimilando o equiparando a las autoridades indígenas a las autoridades del ordenamiento judicial ordinario, pues ello negaría la diversidad cultural protegida por el artículo 7 constitucional.⁵⁴

Una característica importante a resaltar, según Sánchez Botero, es la forma de denotar por parte de la autoridades indígenas el conocimiento específico y, posteriormente, tomar los correctivos estimados necesarios; ya que ese conocer no necesariamente significa saber de oídas, o por haber visto un hecho, sino que también, incluye sueños o mensajes de seres superiores que revelan las desviaciones de un sujeto o de un grupo, las cuales provienen de coca, tabaco, y yahé, (dependiendo del pueblo en específico), para así, entrar en estado de trance y de esta manera acceder a estados de conciencia profundos.⁵⁵

De lo anterior se evidencia la fuerza jurídica del artículo 246, que reafirma el principio constitucional de diversidad cultural en Colombia, reconociendo claramente la existencia de diversas autoridades indígenas y su diverso actuar, según las costumbres de cada pueblo en particular y de acuerdo con su cosmovisión específica.

De hecho, al ser las autoridades indígenas reconocidas como organizaciones sujetos de derechos y obligaciones⁵⁶, se encuentran plenamente facultadas para que por medio de sus autoridades, puedan ejercer poder sobre los miembros que las integran, hasta el punto de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social.

⁵² COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia No. C- 139 de 1996**. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., 09 de abril de 1996. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>>. Acceso en: 30 de mayo de 2019.

⁵³ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. **La jurisdicción especial indígena en Colombia**. IEMP, Bogotá, 2007. p. 50.

⁵⁴ Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia**. 4 de julio de 1991. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20C>>. Acceso en 18 de nov. de 2019.

⁵⁵ SÁNCHEZ BOTERO, Esther, op. cit., 51.

⁵⁶ Corte Constitucional. **Sentencia T-254/94 de 1994**. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., de 30 de mayo de 1994. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>>. Acceso en 06 de jun. 2019.

Asimismo, las comunidades indígenas cuentan con el derecho de conformar sus organizaciones políticas, incluyendo sus autoridades indígenas. Estas deben ser reconocidas por las autoridades nacionales, sin necesidad de mayor formalismo o procedimiento alguno, esto será determinado de manera autónoma por el pueblo como tal, así lo determinó la Corte Constitucional al expresar:

[...] de esta manera, *persona distinta a las comunidades Embera-Katío*, no puede decidir cuáles son las autoridades de ese pueblo. La Alcaldía y el Ministerio del Interior sólo están habilitados por la ley para llevar el registro de las decisiones que esas comunidades adopten, y *para certificar lo que ellas quieran que figure en sus archivos*.⁵⁷ (Cursiva fuera del texto)

Con respecto al segundo elemento, el factor territorio cobra vital importancia, de conformidad con su cosmovisión y manera de percibir el mundo:

El territorio para los indígenas constituye una base espiritual y una base material complementarias. Además de constituir el espacio que liga a numerosas generaciones con los antepasados, donde se origina su propia historia ligada a la identidad, la tierra es considerada como pariente que da origen a la vida o espacio madre a quien, por ende, se debe cuidar y proteger, interpretar sus manifestaciones para ayudarla a conservarse como vital para las generaciones venideras. Por todo ello, se considera que el territorio vincula a los indígenas con el pasado y también con el futuro; les otorga sentido de unión y de supervivencia en un proceso encadenado de arraigo, de identidad y pertenencia.⁵⁸

Sin embargo, y con el fin de comprender el alcance de la palabra “territorio”, la jurisprudencia ha traído claridad en el siguiente sentido: en primer lugar, la posición de la Corte, ha sido que la restricción de territorial refiere al lugar de la ocurrencia de los hechos que generaron el conflicto. Lo anterior, al determinar que uno de los elementos que configuran el fuero indígena es de carácter geográfico, lo cual permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que sucedan dentro de su territorio.⁵⁹

Por otra parte, otro fallo de la Corte Constitucional⁶⁰, estableció que en el

⁵⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-652/98 de 1998**. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

⁵⁸ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. **Los pueblos indígenas en Colombia, derechos, políticas y desafíos**. UNICEF, Oficina de Área para Bogotá y Venezuela. Bogotá D.C., 2003. Disponible en: <<https://www.unicef.org/colombia/pdf/pueblos-indigenas.pdf>>. Acceso en 06 de jun. 2019.

⁵⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-496/96 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., de 26 de septiembre de 1996. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-349/96 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá

ejercicio de las facultades jurisdiccionales otorgadas a las autoridades de las comunidades indígenas, hace procedente la tutela contra decisiones indígenas, lo que significa que dichas decisiones, al ser susceptibles de la acción de tutela, tienen efectos en todo el territorio nacional.

Ahora, frente al tema de normas y procedimientos propios se destaca que en Colombia actualmente existen 102⁶¹ pueblos indígenas y que cada uno de ellos maneja una cosmovisión diferente acorde con sus usos y costumbres, las cuales han desarrolladas a lo largo de los años un derecho propio y apropiado de conformidad con su forma de percibir el mundo.⁶²

En tercer lugar y con referencia a la sujeción de la jurisdicción especial indígena a los principios de la Constitución y las leyes, pues, la Corte Constitucional ha sido clara en ratificar, que no cualquier norma constitucional o legal prima sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas⁶³, dado que: “...para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural...”⁶⁴

Al mismo tiempo, la Corte establece unos mínimos fundamentales de respeto que son: El derecho a la vida, el derecho a la integridad del cuerpo, el derecho a no ser esclavizado y el derecho a un debido proceso.⁶⁵

El artículo 246 de la Constitución Nacional dispuso que las atribuciones conferidas a las autoridades de los pueblos indígenas deben estar ajustadas a la Constitución y

D.C., de 8 de agosto de 1996. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

⁶¹ Este corresponde a las estadísticas de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), el cual representa un destacado organismo que agrupa y representa a los pueblos indígenas colombianos. Para tal efecto, el organismo agrupó los datos estadísticos con la ayuda de instituciones como la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Defensa y el Departamento Nacional de Estadísticas. Cabe señalar que en este momento no existe un acuerdo a ningún nivel sobre el número de pueblos indígenas que honran la diversidad étnica del país. ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE COLOMBIA (ONIC). **Centro de documentación indígena nacional**. 2006. Disponible en: <<https://www.onic.org.co/noticias/2-sin-categoria/1038-pueblos-indigenas>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

⁶² Esta porción del trabajo, no busca definir todos y cada una de las normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas colombianos, más si, destacar la libertad con la que cuenta cada comunidad indígena, para establecer sus propias reglas que se acoplan a lo propio y apropiado de cada pueblo y que al mismo tiempo considera las especificidades y particularidades de cada uno de ellos. La línea de pensamiento de la que trata este apartado será desarrollada de mejor manera en otros fragmentos de esta disertación.

⁶³ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. **Derechos propios**. IEMP, 2007. p. 313.

⁶⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia No. C- 139 de 1996**. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., 09 de abril de 1996. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>>. Acceso en: 30 de mayo de 2019.

⁶⁵ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. **Derechos propios**. IEMP, 2007. p. 313-314.

las leyes: sin embargo, la jurisprudencia de la Corte no ha tenido uniformidad.⁶⁶

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia SU 510 de 1998⁶⁷, unifica las otras dos sentencias enunciadas anteriormente recopilando los aspectos más relevantes de las providencias emitidas.

Por último, pero no menos importante y en referencia a la coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional se encargará de hablar el apartado final de este capítulo, no sin mencionar que esta coordinación tampoco fue desarrollada directamente por el articulado constitucional, no obstante, ello no significa que la jurisdicción indígena no podía ser ejercida de manera inmediata, ya que las normas constitucionales tienen aplicación y efectos directos, como ha sido esclarecido y reiterado por la Corte:

La jurisprudencia ha señalado, sin embargo, que la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación.⁶⁸

2.3.2. Límites a la jurisdicción especial indígena

Los límites de esta potestad de administrar justicia se encuentran determinados por los principios y derechos de carácter superior, los cuales emanan del conjunto de normas que integran y hacen parte del sistema legal vigente del Estado colombiano.

Dicho lo anterior, se infiere que no solo es la Constitución Política de 1991 quien establece los diferentes criterios que definen la extensión o no del derecho colectivo a la diversidad cultural y sus implicancias o límites en sí. Pues en Colombia, el mayor desarrollo al tema ha sido hecho por la Corte Constitucional, la cual a través de precedente jurídico o jurisprudencia, ha expresado sus pareceres y ha pautado el desarrollo de esta jurisdicción especial, siguiendo la línea de pensamiento propia de un Estado Social de Derecho.

⁶⁶ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. **La jurisdicción especial indígena en Colombia**. op. cit., p. 103. Al respecto también verse dos líneas de precedentes, en: 1). Corte Constitucional, Sentencia T-254/1994 de 30 de mayo de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-30116. 2). Corte Constitucional, Sentencia T-349/1996 de 8 de agosto de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente T-83456.

⁶⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-510 de 1998**. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., de 18 de septiembre de 1998. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

⁶⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-552 de 2003**. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C. 10 de julio de 2003. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm>>. Acceso en: 30 de mayo de 2019.

En un comienzo la Corte estableció de manera tajante que los derechos humanos, el principio de legalidad como garantía del debido proceso, los derechos fundamentales y unos mínimos de convivencia, constituían límite para jurisdicción especial indígena, de esta manera lo señala la sentencia T-903 de 2009, cuando dice:

Los límites están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado. Para la Sala, es posible ilustrar adecuadamente el sentido de la jurisprudencia reiterada, al diferenciar entre la forma en que los límites se aplican a los distintos ámbitos autonómicos de las comunidades. En ese plano, el “núcleo duro” es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos. Los (demás) derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud al principio de “maximización de la autonomía”.⁶⁹

Como se observó anteriormente, uno de los principales limitantes para el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena en el sistema jurídico colombiano, son los derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional y considerados como código universal de convivencia y diálogo entre las cultura y naciones, así como también los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, incluyendo figuras de garantías como el debido proceso como presupuesto para la paz, justicia libertad y prosperidad de los pueblos.

Para tal efecto, la sentencia T-254 de 1994, afirma:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogida en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la

⁶⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-903 de 2009**. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., de 04 de diciembre de 2009. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-903-09.htm>>. Acceso en: 06 de jun. de 2019.

prosperidad de todos los pueblos.⁷⁰

En ese orden de ideas, y según la jurisprudencia señalada, la Corporación, ha aceptado que se produzcan limitaciones en la autonomía de las autoridades indígenas, siempre que este tipo de limitaciones, tengan como fin el impedimento de o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana y que afecten el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de determinada comunidad.

Al mismo tiempo, la Corte se ha ocupado de fijar “factores o subreglas” que determinen la competencia de la jurisdicción y sus limitaciones frente a casos específicos.

Es por esto que, para que las autoridades indígenas, en ejercicio de su autonomía, reclamen el derecho a juzgar las conductas socialmente nocivas de sus integrantes conforme sus propias normas, usos y costumbres, es necesario tomar en consideración ciertos factores⁷¹. De lo contrario, las autoridades indígenas, no podrían juzgar a un individuo en el marco de tal jurisdicción.

A través de la sentencia T-617 de 2010, reiterada entre otras, en la sentencia T-975 de 2014, dichos elementos o factores fueron desarrollados así: 1) personal, 2) territorial, 3) institucional u orgánico y 3) objetivo.⁷²

En el **elemento personal**, se hace necesario que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo, haga parte de una comunidad indígena. Además se determinan dos supuestos de hecho: En primer lugar, si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional en principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso; y en segundo lugar, si el indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, el intérprete deberá tomar en cuenta, la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Esto, con el fin de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad

⁷⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-254 de 1994**. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., de 30 de mayo de 1994. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>>. Acceso en 06 de jun. 2019.

⁷¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T- 397 de 2016**. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C., de 29 de julio de 2016. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-397-16.htm>>. Acceso en 06 de jun. 2019.

⁷² COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-617 de 2010**. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., de 05 de agosto de 2010. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos.⁷³

El **elemento territorial**, es el que permite a la comunidad la aplicación de sus propios usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, y de este se derivan dos criterios interpretativos, el primero es que en la noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura, y en segundo lugar, el territorio, abarca incluso el aspecto cultural, lo que le otorga un efecto expansivo, es decir, que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales.⁷⁴

El **elemento institucional u orgánico**, en el que se hace necesaria una institucionalidad dentro de la comunidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales y por los procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. La institucionalidad es presupuesto indispensable para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado y la conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales.⁷⁵

El **elemento objetivo**, es el elemento a través del cual se puede analizar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria⁷⁶.

A pesar de estos elementos y con el fin de resaltar, las intenciones de la Corte, cabe decir que para el órgano, es imperante sostener un alto grado de autonomía donde se garantice una supervivencia cultural.⁷⁷ De esta manera y de acuerdo con el articulado constitucional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, frente a la materia, puede traducirse que en Colombia este principio de diversidad étnica y cultural, en cuanto a la aplicación de la jurisdicción especial indígena, encuentra sus límites, de manera principal,

⁷³ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-617 de 2010**. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., de 05 de agosto de 2010. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

⁷⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. *passim*.

⁷⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-617 de 2010**. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., de 05 de agosto de 2010. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

⁷⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional. *passim*.

⁷⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Principio de diversidad étnica y cultural-Protección sobre influencias de sociedad mayoritaria. **Sentencia SU-510 de 1998**. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., 18 de septiembre de 1998. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

cuando su ejercicio, desconozca normas de rangos y valores jurídicos superiores, y que a su vez, tengan como fin el impedimento o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana y que afecten el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de determinada comunidad.

2.4. La jurisdicción especial indígena y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional

La coordinación de las jurisdicciones parte por supuesto de la Constitución Política de 1991. En esta, se fundamenta la existencia de la jurisdicción especial indígena y además se ordena al Estado coordinar los sistemas jurídicos indígenas y ordinario, así: “[...] La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.⁷⁸

El modelo de Estado Social de Derecho que imprime la Constituyente de 1991 a Colombia, sin duda, implica una nueva idea de aplicación a la justicia, concibiendo una actividad jurisdiccional más eficaz, confiable y transparente en las estructuras y por parte de los administradores de justicia de las diferentes jurisdicciones.⁷⁹

En estas innovaciones, la estructura del Estado también se modificó parcialmente al incluir instituciones en los tres recintos del poder público: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Un evento fundamental y objeto de este apartado del trabajo, es el reconocimiento a las autoridades de los pueblos indígenas que vienen a ser parte de la rama judicial en calidad de jueces de la República.⁸⁰

Este modelo de sistema de justicia, obliga al Estado la construcción y configuración de una cultura pluralista, que pueda operar según las diferencias en cada sociedad, pero sin desconocer que se comparte estructuralmente con el derecho oficial. Pa-ra

⁷⁸ Artículo 246. **Constitución Política de Colombia**. 4 de julio de 1991. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

⁷⁹ ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía. **La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los Mecanismos de Coordinación con el Sistema Judicial Nacional**. Guatemala. 2004. Disponible en: <<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/21LucaArbelaez.pdf>>. Acceso en: 06 de jun. de 2019.

⁸⁰ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. **La realización del Pluralismo Jurídico de tipo igualitario en Colombia**. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM p. 34. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/na/v22n71/v22n71a3.pdf>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

Wolkmer,⁸¹ esta cultura se edifica a par--tir de un sujeto histórico que se encuentra en relación, en correspondencia y dependencia. Para eso, se establecen reglas que obligan a uno y otro sistema a determinados asuntos en concordancia o reciprocidad, lo que implica una nueva forma de ver el mundo de los valores.

Con el fin de comprender esta coordinación, es importante anotar que la Constitución de 1991, reproduce un sistema jurídico monista, sólo que bajo una modalidad distinta, que incluye en el aparato unificado otros derechos indígenas diferentes al ordinario, sin que se dé la exclusión de alguno de ellos, lo que garantiza al Estado la unidad y la aplicabilidad del principio de legalidad en pro de la coexistencia de ambos sistemas en el marco del pluralismo jurídico. En consecuencia, para dar respuesta a este nuevo paradigma el Estado utiliza un nuevo mecanismo para reconocer que esos otros derechos, cuyos principios y procedimientos son distintos, compartan igual dignidad.

En contraste, no se puede desconocer que el desafío de la coordinación es grande, ya que, los sistemas occidentales con el propósito de proveer una administración de justicia consistente para la sociedad, registran por escrito y crea sus debidos precedentes. Sin embargo, los sistemas indígenas, poseen otro tipo de dinamismos proveniente de su forma de percibir el mundo. Generalmente para estos sistemas es más importante proporcionar resolución apropiada en un caso específico, que mejor restaure la armonía en su comunidad que proporcionar un “producto” de justicia que sea consistente en el espacio tiempo.⁸²

Lo que también puede significar una competencia de sistemas, ya que los sistemas de justicia indígenas y occidentales están basados en distintos conjuntos de significados y valores culturales.⁸³ Hay transgresiones en la ley indígena que no son consideradas como delitos en la ley occidental, tales como el chisme, la brujería y el disenso religioso, todos los cuales son sancionados porque pueden quebrar el orden social. La ley indígena tiende a dar prioridad a la armonía de la comunidad sobre los derechos de los individuos. En la ley estatal, la religión juega un rol muy limitado como jurar ante la Biblia como testigo. En los sistemas indígenas, las creencias religiosas pueden jugar un papel central en el juzgamiento,

⁸¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho.** São Paulo, Alfa Omega. 2001. p. 41.

⁸² SIEDER, Rachel. **Rethinking Democratisation and Citizenship: Legal Pluralism and Institutional Reform in Guatemala.** *Citizenship Studies* 3, 1. 1999. p. 105-110. Disponible en: <<http://rachelsieder.com/wp-content/uploads/2012/08/Sieder-rethinking-democratisation-and-Citizenship-Studies-1999.pdf>>. Acceso en 07 de jun. de 2019.

⁸³ STAVENHAGEN, Rodolfo. **Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina.** México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México. 1988. p. 300. Disponible en: <<file:///home/sala17/Downloads/derecho-indigena-y-derechos-humanos-en-america-latina-924449.pdf>>. Acceso en 07 de jun. de 2019.

investigación y castigo de transgresiones, dado que no hay distinción entre las autoridades religiosas y político-jurídicas.⁸⁴

Lo que bien es cierto, es que los indígenas, recurren tanto a las normas y costumbres tradicionales como a la ley ordinaria, según su conveniencia y las ventajas comparativas que piensan obtener a través de cada uno de los sistemas, en ese momento se produce lo que Tamayo Flores denomina como una “simbiosis jurídica”.⁸⁵

Las opciones para los pueblos indígenas son variables, para una opción u otra, sin embargo, no siempre sus expectativas son satisfechas y los beneficios son logrados, más bien el común denominador son las múltiples desventajas que sufren los grupos e individuos indígenas frente al aparato jurídico administrativo, desventajas que incluyen la subordinación lingüística.⁸⁶

Lastimosamente, América Latina cuenta con sistemas judiciales deficientes, donde los derechos humanos especialmente los penales son violados constantemente, para toda la población sin excepción, de allí que resulta muy dificultoso, que todos los operadores del derecho respeten las costumbres básicas y prácticas jurídicas indígenas, cuando ni siquiera se cumplen derechos y principios básicos procesales. La confianza en el sistema es baja y hoy en día se considera que cuanto más débil es una persona o un sector social, más irrazonable es que confíe en la ley y los tribunales, para la consecución de sus intereses o la satisfacción de sus necesidades.⁸⁷

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991, la jurisdicción especial indígena empieza a ser visibilizada y reconocida en contextos diferentes a los indígenas, así como también en los que son propios a los de sus comunidades. La Ley 270 de 1996, por ejemplo, en su artículo 11, enmarca a la jurisdicción especial indígena como perteneciente a la rama judicial del poder público y de acuerdo con el artículo 12 de dicha ley, las autoridades

⁸⁴ STAVENHAGEN, Rodolfo. **Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina**. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México. 1988. p. 216. Disponible en: <file:///home/sala17/Downloads/derecho-indigena-y-derechos-humanos-en-america-latina-924449.pdf>. Acceso en 07 de jun. de 2019.

⁸⁵ TAMAYO FLORES, Ana María. **Derecho en los Andes. Un estudio de antropología jurídica**. Centro de Estudio País y Región. Lima. 1992. p. 128-129.

⁸⁶ HAMEL Rainer Enrique. Lenguaje y conflicto en el derecho consuetudinario y positivo. In: STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego. **Entre la ley y la Costumbre, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. México. 1990. p. 205-230.

⁸⁷ BINDER, Alberto. **Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual**. Alertanet en Derecho y Sociedad. 2001. p. 42. Disponible en: <file:///home/sala17/Downloads/Dialnet-EntreLaDemocraciaYLaExclusion-3823152.pdf>. Acceso en 07 de jun. de 2019.

indígenas están facultadas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales⁸⁸.

Con respecto a esta relación jurisdiccional y de competencias establecidas, cabe indicar que en Colombia no existe una única y exclusiva ley o experiencia de coordinación. Tal hecho ha traído en Colombia una serie de circunstancias especiales, derivando en varias ocasiones a falencias normativas en el área de coordinación.

Con todo, en la práctica jurisdiccional y en el desarrollo de la coordinación entre estas dos jurisdicciones, se han desenvuelto multiplicidad de situaciones jurídicas donde la jurisprudencia y la doctrina nacional, ha sido la resolutora e interpretadora del alcance de los elementos configurativos de la jurisdicción especial indígena funcionando concomitantemente con el sistema judicial nacional como se vio en el subtítulo anterior de este capítulo.

En ese sentido la Constitución Política de 1991, la Ley 270 de 1996, ya citada, Estatutaria de la Administración de Justicia, incorpora a los jueces de paz y la jurisdicción de las comunidades indígenas en la estructura general de la Administración de Justicia, como integrantes de la Rama Judicial Nacional. Lo hace de la siguiente manera. Veamos.

Ilustración 1 – Estructura del Poder Judicial en Colombia



Fuente: ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía. **La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los Mecanismos de Coordinación con el Sistema Judicial Nacional**. Guatemala. 2004. p. 3. il. color.

⁸⁸ De hecho, es la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el ente encargado de dirimir y resolver los conflictos entre las dos jurisdicciones, es decir jurisdicción ordinaria y la especial indígena. COLOMBIA. Ley 270 del 17 de marzo de 1976. Estatutaria de la Administración de justicia. **Congreso de la República**. Santafé de Bogotá, D.C., a 7 de marzo de 1996. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf>. Acceso en 09 abril de 2019.

3 EL EJERCICIO DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN BRASIL: LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988

Sin lugar a dudas para el constitucionalismo latinoamericano, la Constitución Federal de 1988 constituyó referencia en la historia de los derechos de los pueblos indígenas por ser una de las primeras reformas constitucionales con enfoques pluralistas en la región, refundando al Estado con el rompimiento de la postura de los gobiernos anteriores que consideraban al indígena incapaz e inferior y con la voluntad de integrarlo a la sociedad brasileña. Esta refundación de Estado será abordada desde cuatro ideas preliminares.

En primer lugar se estudiará el estado constitucional de los derechos de los pueblos indígenas a partir de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, principalmente, desde la perspectiva de los nuevos caminos introducidos por el constituyente, el cual, por primera referencia derechos de los pueblos indígenas propiamente dichos, los cuales fueron en gran medida el resultado de los movimientos indígenas del país en la época.

En un segundo momento, se retratarán los elementos que configuran a la legislación indígena dentro del sistema de justicia común en Brasil. Esto es, su *status* constitucional, las principales leyes que lo regulan, los tratados internacionales ratificados en el país, las políticas públicas e instituciones jurídicas que integran la posibilidad del ejercicio del sistema de justicia indígena en el país.

En la tercera parte, se propone un dilema conflictual donde se cuestiona, la facultad constitucional dada a los jueces federales, para procesar y juzgar la disputa sobre los derechos indígenas, toda vez que estos juzgan sobre una población poseedora de cosmovisiones diferentes a las de la sociedad en general, la cual, haya su respaldo jurídico en el derecho internacional, que ha determinado que estos deben ser juzgados y procesados de conformidad a sus propias normas y autoridades.

Por fin, y con el objeto de comenzar con el cruce de experiencias que este trabajo se propone, se plantea la perspectiva de una jurisdicción indígena en Brasil, bajo el hecho de que a pesar de que esta figura jurídica sea inexistente en el país, ya se ha evidenciado por parte de los jueces federales un reconocimiento al derecho propio de los pueblos indígenas en la toma de sus decisiones judiciales y/o sentencias.⁸⁹

⁸⁹ Con el fin de ilustrar este hecho, se propone en el cuarto capítulo de este trabajo, el avistamiento de un caso, dónde autoridad judicial brasileña, reconoce el derecho propio de una determinada comunidad indígena, en la

3.1. El estado constitucional y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a partir de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988

El Estado brasileño, así como los otros Estados Latinoamericanos, contiene como parte de su historia, la culturización al indio por parte de colonizadores, lo que ha mostrado en innumerables veces la imposición de una cultura dominante.

Cabe resaltar entonces, que como acto histórico y con inspiración en valores pluralistas y multiculturales la Constitución Federal de 1988, introdujo en el país una importante revolución dentro de la historia brasileña de protección al indígena, la cual, inicia sustituyendo el paradigma de asimilación social de la anterior legislación y orienta hacia una aparente y sólida protección a la singularidad étnica y cultural de la nación.

Este hecho, trae por lo menos dos innovaciones importantes, con relación a las constituciones anteriores y al llamado Estatuto del Indio. La primera innovación es el abandono de una perspectiva asimilacionista, que entendía a los indios como categoría social transitoria, destinada a desaparecer. La segunda es que los derechos de los indios sobre sus tierras se definen en esta ocasión como derechos originarios, es decir, anteriores a la creación del propio Estado. Esto proviene del reconocimiento del hecho histórico de que los indios fueron los primeros ocupantes del Brasil. Por ende, la nueva Constitución, vienen a establecer nuevos marcos para las relaciones entre el Estado, la sociedad brasileña y los pueblos indígenas.⁹⁰

De esta forma, la Constitución Federal de 1988, es la primera en destinar un capítulo exclusivamente dirigido al área de los derechos indígenas, el cual, en definitiva es fundamento para la construcción del sistema de justicia indígena en Brasil.⁹¹ Se comienza entonces diciendo, respecto de la condición del indio, que es poseedor de un estatus jurídico diferenciado y se promueve la protección de su identidad cultural de sus autóctonos.

emisión de su decisión judicial.

⁹⁰ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Programa de Capacitação em Proteção Territorial: Noções Gerais de Legislação Indigenista e Ambiental**. Brasília: FUNAI/GIZ, 2013. p. 34. Disponible en: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cgmt/pdf/Nocoos_Gerais_de_Legislacao_Indigenista_e_Ambiental.pdf>. Acceso en 02 de jul. de 2019.

⁹¹ COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição brasileira de 1988. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-americano tendências contemporâneas**. JURUÁ Editora. Curitiba, Brasil, 2013. p. 197.

A modo de ejemplificación y con el fin de aperturar de este tópico, obsérvese el artículo 231 y parágrafos de la Constitución Federal, donde se estipulan una serie de derechos y garantías en pro de la conservación de la singularidad cultural indígena en Brasil, perfilándose el derecho de los indios de mantener su organización social, sus costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, además, de resguardar sus derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, asegurándoles el usufructo exclusivo de las riquezas que en ellas existen; así:

Art. 231. “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (...).⁹²

En efecto, el nacimiento de la Constitución Federal de 1988, representa un evento de menester importancia para los derechos de los pueblos indígenas brasileños. A través de ella, se da seguimiento a la tendencia surgida a partir de los inicios del siglo pasado, momento en el cual, se eleva la categoría de los derechos culturales hacia un estatus constitucional.⁹³

Como una de las consecuencias más relevantes de la Carta, es que ésta, eleva categóricamente, por así decirlo, la preservación de la diversidad cultural del país, reconociéndolo como un país con una nación multicultural y pluriétnica, poseedor de modos de vida particulares y propios. Nótese entonces, que el más grande derecho establecido por la Carta Federal, es el de, ser indio propiamente dicho.⁹⁴ Lo que implicó en la atribución de un *status* diferenciado a quien es indio.⁹⁵

⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponible en: <<https://www.senado.leg.br/atividade/const/constituicao-federal.asp>>. Acceso en 26 de jun. de 2019.

⁹³ Las evidencias de esta tendencia se empiezan a producir en América Latina, a partir de la constitución mexicana de 1917, donde los derechos culturales, aún, resumían en la protección a los derechos autorales y de libertad de expresión, así como a los moldes liberales de libertades individuales. SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 39.

⁹⁴ MONTE, Marcos Antônio Lorencette. **O pluralismo jurídico e os povos indígenas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: Centro de ciências jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1999. p. 58.

⁹⁵ Se dice en este sentido, que los indios dejan de ser titulares de derechos especiales provisorios, y pasan a ser titulares de derechos permanentes y definitivos con referencia a la condición de indio. COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição brasileira de 1988. In: **Constitucionalismo Latino-americano**

En vista de esto, la Constitución de 1988, puede ser considerada una conquista en la garantía de los derechos para los indígenas en Brasil. Fue solo a partir de su promulgación que se comenzó a operar una transformación radical del paradigma conceptual y jurídico de la política indigenista brasileña, extinguiéndose la figura de tutela que se tenía y garantizando el reconocimiento de la autonomía y los demás derechos decurrentes de las especificidades culturales de los pueblos indígenas.⁹⁶

El proceso constituyente significó para los propios indios la más notable oportunidad de participación política en toda la historia de sus relaciones post-contacto y su resultado fue saldado como ejemplar por los demás interlocutores de la sociedad civil brasileña.⁹⁷

De este modo, los derechos indígenas de la Constitución de 1988 vinieron a clasificarse, en derechos territoriales, derechos culturales y en el derechos a la auto organización. Delante de la pasada política integracionista y del principio de la soberanía nacional predicados por los gobiernos anteriores, lo que se puede considerar como inéditos, ya que son los derechos que hacen referencia a la diversidad étnico-cultural y a la auto organización, o sea, donde se destaca el derecho a la diferencia.

En ese sentido, el Estado pasa a garantizar el derecho a la igualdad, el cual implica el derecho a la diferencia. Los derechos de los pueblos indígenas, no son opuestos a los derechos individuales en Brasil: el ciudadano es sujeto de derechos individuales, independientemente de las diferencias sociales o culturales; la autonomía de los pueblos, al contrario, establece derechos diferenciados. Los derechos comunes de ciudadanía, promulgados por el Estado, incluyen el derecho a la diferencia de culturas que lo componen.⁹⁸

Dentro de las reformas e inclusiones de la Constitución Federal de 1988, se establece la competencia privativa de la Unión para legislar sobre los indígenas (art. 22, XIV); a los jueces federales, se les da la potestad para procesar y juzgar la disputa sobre los derechos indígenas (art. 109, XI); al Ministerio Público, la competencia para defender judicialmente los derechos e intereses de los pueblos indígenas (art. 129, V).

tendências contemporâneas. JURUÁ Editora. Curitiba, Brasil. 2013. p. 197. (Traducción propia).

⁹⁶ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Política indigenista no Brasil: Avanços e desafios.** p. 2. Disponible en: <<http://www.funai.gov.br/index.php/todos-presidencia/2901-politica-indigenista-no-brasil-avancos-e-desafios?start=1#>>. Acceso en 03 de jul. de 2019.

⁹⁷ SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição.** Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris, 1993. p.7.

⁹⁸ VILLORO, Luis. **Estado plural, pluralidad de culturas.** México: Paidós, 1998. p. 99-101, 102.

Para efecto de tales reconocimientos y delegación de potestades la Unión, dota al Ministerio Público Federal de una red eficiente de profesionales calificados, procuradores federales, para que atiendan a las demandas jurídicas de los indígenas y la defensa de sus intereses, además de otros asesores técnicos como antropólogos e ingenieros forestales, ubicados en las capitales donde se albergan ramas de la Justicia Federal.⁹⁹

Dentro de este nuevo modelo, fue el propio Sistema Judicial quien comenzó a actuar en acciones referentes a los derechos de los indígenas, ya que anteriormente, esto, era un asunto poco común. Así, el funcionamiento del Sistema Judicial, era desconocido por los pueblos indígenas, quienes por necesidad de actuar en causa propia y defensa de sus derechos se vieron obligados a entenderlo.¹⁰⁰

Además de otros derechos reconocidos en esta reforma constitucional de 1988, no se puede dejar de lado la cuestión de la tierra, ya que, incluso hoy en día, la importancia del territorio para las comunidades trasciende del valor económico y de ser un simple medio de subsistencia, y por el contrario, representa el soporte de su vida social y se encuentra directamente ligado al sistema de creencias y de conocimiento tradicional. Su significado hasta hoy, va mucho más allá de ser un recurso natural, representando también un recurso sociocultural.¹⁰¹

Según el entendimiento antropológico, el concepto de territorio es muy amplio y representa “el espacio a la reproducción física y cultural de cada pueblo tradicional [...] ocupación colectiva del espacio, donde predomina el uso a la gestión compartida de los recursos naturales”.¹⁰²

De esta forma, a pesar de que en la Constitución Federal de 1988 no se adoptó el término “*territorio indígena*” para caracterizar el asunto referente a la demarcación de las tierras por ellos tradicionalmente ocupadas, ésta, “hace hincapié en los actos de territorialización practicados inicialmente por las comunidades indígenas y posteriormente ratificados por la Unión”.¹⁰³

⁹⁹ ARAÚJO, Ana Valério. **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença**. Brasília: Ministerio da Educacao, 2006. p. 36.

ARAÚJO, Ana Valério. **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença**. Brasília: Ministério da Educação, 2006. p. 39-40.

¹⁰¹ RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades indígenas**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1988. p. 22.

¹⁰² SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Petrópolis, 2005. p. 138-182. (Traducción propia).

¹⁰³ BEZERRA, Josinaldo Barbosa; COSTA, Lucio Augusto Villela da. **Território/Territorialidade e terras indígenas em Roraima à luz da Constituição Brasileira de 1988**. Trabalho apresentado no XIX Congresso

Es decir, se constituyeron bienes de la Unión, con competencia de esta demarcarlas, protegerlas y hacer respetar todos sus bienes, así lo establece el (artículo 20, XI), pero la posesión es privada, sin embargo, “colectiva, no identificable individualmente”.¹⁰⁴

Con el objetivo de asegurar a los pueblos indígenas el derecho originario de posesión permanente, el dominio de la Unión produce una “propiedad vinculada a reserva”. Así “esas tierras son inalienables, indisponibles y el derecho que sobre ellas recae e imprescriptible, es decir, no se sujetan al usucapión, así como a gravámenes de cualquier especie.”¹⁰⁵

Entonces, se dice que la Unión tiene una posesión indirecta y los indios tienen la posesión directa, ya que son usufructuarios, teniendo estos, facultades inherentes al dominio, tales como: uso, goce y disfrute (reivindicación). Se trata de una posesión plena y perpetua, que no se extingue y que no admite co-usufructo, la cual no puede ser transferida bajo ningún título, a no ser en la propia herencia indígena y observándose las reglas internas de cada comunidad indígena y no las reglas civiles relativas a la sucesión.¹⁰⁶

En ese camino, y como visto, la Constitución Federal de 1988, se encargó de establecer una serie de prerrogativas para la protección del derecho originario de los pueblos indígenas en Brasil. Para la Constitución, el derecho originario se refiere a aquel derecho que es anterior a la ley, preexistente al derecho mismo.¹⁰⁷

3.2 La legislación indígena en el sistema de justicia común brasileño

El presente apartado pretende reunir y presentar aspectos esenciales de la legislación indigenista en Brasil, con el objeto de ubicarla en el ámbito del sistema de justicia

Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - COMPENDI. Florianópolis. out. 2010.

¹⁰⁴ SOUZA FILHO. Carlos Frederico Mares de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá. 1999. p. 121.

¹⁰⁵ Artículo 231 § 4. “As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acceso en 17 de agosto de 2019.

¹⁰⁶ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris, 1993.

¹⁰⁷ COLAÇO, Thais Luzia. **O direito indígena a partir da Constituição brasileira de 1988**. In: **Constitucionalismo Latino-americano tendências contemporâneas**. JURUÁ Editora. Curitiba, Brasil. 2013. p. 201. (Traducción propia).

común brasileño.

Por el camino recorrido en derecho tal y como se mostró en el pasaje anterior de este capítulo, se puede observar que en Brasil, los derechos de los pueblos indígenas encuentran gran parte de su fundamentación en la Constitución Federal de 1988, sin embargo, no se puede dejar de observar otro tipo de normas que en algunos casos, inclusive, son anteriores a la Carta Política y que conforman el sistema de justicia indígena ejercido por el país.

En este sentido, cabe realizar una precisión inicial. A pesar de que las diversas formas de organización social de los pueblos indígenas sean reconocidas por el Estado brasileño, el derecho indígena no funciona paralelamente con el ordenamiento jurídico del país.¹⁰⁸ De ese modo, en el Estado, se crea una tensión interna entre el poder central que tenía que imponer unidad y los pueblos diversos que componen una unidad heterogénea.

En el año de 1973, en Brasil se crea la Ley 6.001/73, llamada el Estatuto del Indio, la cual, fue elaborada durante el periodo del gobierno autoritario que existía en el país. En un principio esta ley, fue creada con la intención de responder ante la comunidad internacional por las innumerables denuncias de exterminio en las poblaciones indígenas en el territorio nacional.¹⁰⁹

La mentada Ley, a pesar de ya ser muy antigua, de haber sido cuestionada y de que muchos de sus artículos son incompatibles con la Constitución actual, todavía se encuentra en vigor, por tal motivo, debe ser considerada y aplicada, empero con mucho cuidado.

En el año 1991, fue propuesto el proyecto de Ley 2.057, que procuraba la ejecución de la Constitución frente a los derechos de los pueblos indígenas y sugirió la revisión del Estatuto del Indio, sustituyendo su nombre por Estatuto de las sociedades Brasileñas. No obstante, el referido proyecto no fue aprobado por el Congreso Nacional. El referido texto trataría de asuntos controversiales en la materia como derechos y obligaciones, imputabilidad penal, demarcación de tierras indígenas, uso de recursos naturales, protección

¹⁰⁸ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Programa de Capacitação em Proteção Territorial: Noções Gerais de Legislação Indigenista e Ambiental**. Brasília: FUNAI/GIZ, 2013. p. 16. Disponible en: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cgmt/pdf/Nocoes_Gerais_de_Legislacao_Indigenista_e_Ambiental.pdf>. Acceso en 27 de jun. de 2019.

¹⁰⁹ COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição brasileira de 1988. In: **Constitucionalismo Latino-americano tendências contemporâneas**. JURUÁ Editora. Curitiba, Brasil. 2013. p. 195.

ambiental, uso sustentable de los recursos naturales, actividades económicas, salud y educación diferenciada. Por fin, en esta nueva propuesta se dejaría de diferenciar a los indígenas como integrados, no integrados o en vías de integración como lo hacía el Estatuto del Indio anteriormente referenciado.

Hay que mencionar, además, aquellas normas que sí se hicieron realidad en el sistema de justicia indígena en Brasil, tales como, el Decreto 1.141/94 que regula las acciones de protección ambiental, salud y apoyo a las actividades productivas para la comunidades indígenas, en competencia de la Unión.

Asimismo, el Decreto 1.775/96, que dispone sobre el procedimiento administrativo de demarcación de tierras indígenas, sobre la orientación del órgano federal de asistencia al indio y con ciertas características establecidas en el mismo. Entre esas, se puede observar, la obligatoriedad de participación por parte de un equipo técnico multidisciplinar, y coordinado por un antropólogo de calificación reconocida. En este Decreto, se determinan los plazos y procedimientos de las etapas de demarcación. Tal procedimiento, es lento y hasta llegar a la etapa final, dependiendo del caso, puede llegar a tomar algunos años.

Por otra parte, las políticas públicas, juegan un papel determinante en la ejecución del sistema de justicia indígena en el país, y a pesar de que la institucionalización de las mismas y sea bastante antigua, en la actualidad, se ha venido presentando un intenso fenómeno de desconcentración y descentralización de acciones referentes a la pauta, lo que presupone el compartimiento, entre Ministerios y órganos federales, de las responsabilidades por la ejecución y monitoramiento de las políticas de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas; y descentralización lo que significa la repartición de las competencias entre Unión, Estados, Municipios y Distrito Federal.¹¹⁰

El punto a resaltar es que esa desconcentración y descentralización no fue incorporada de forma amplia por los órganos públicos, por la opinión pública y por los propios ejecutores de la política brasileña, produciendo que instituciones como FUNAI, sean incitadas a manifestarse acerca de determinada parcela de la política indigenista cuya ejecución no es competencia de la autarquía, pues ésta es, encargada solamente de su coordinación.¹¹¹ Fenómeno que podría representar una confusión y a su vez un atraso en el

¹¹⁰ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Política indigenista no Brasil: Avanços e desafios**. p. 3. Disponible en: <<http://www.funai.gov.br/index.php/todos-presidencia/2901-politica-indigenista-no-brasil-avancos-e-desafios?start=2#>>. Acceso en 08 de jul. de 2019.

¹¹¹ Para dar mayor concreción a la estructura institucional indígena en Brasil y considerando que están envueltos en el proceso diversos Ministerios y órganos del Poder Ejecutivo Federal, así como también instituciones y

avance de los derechos constitucionales y legales de los pueblos indígenas en Brasil.

Con respecto de esto, se evidencia que en el Estado brasileño, se adoptan múltiples términos de “cooperación” con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas, sin embargo, aquellos instrumentos jurídicos contienen ciertos plazos de vigencia, además de depender del eventuales intereses políticos, lo que produce discontinuidad a medio y largo plazo impidiendo el respeto de los derechos específicos de este grupo en Brasil.

Avanzando en la línea de este apartado, en 2001 fue editada la medida provisoria 2.186, que regula el acceso al patrimonio genético, protege el conocimiento tradicional asociado, información o práctica individual o colectiva de comunidad indígena, incentiva el etno-desarrollo, su sobrevivencia cultural conforme a su relación de dependencia con la naturaleza, y que garantiza la repartición de los beneficios.

Así también, el Decreto 6.040 de 2007 viene a instituir la política nacional de desarrollo sostenible de los pueblos y comunidades tradicionales, fortaleciendo sus derechos territoriales, sociales, ambientales, económicos y culturales, con respeto y valorización a sus identidades, sus formas de organización y sus instituciones.¹¹²

Ahora, en la esfera del derecho internacional, el Estado brasileño, adoptó también, el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo sobre Pueblos Indígenas Tribales en Países independientes en el año 2004, siendo uno de los últimos países de América en ratificarlo.¹¹³ Este es ratificado a través del Decreto 5.051/2004.

Según Araujo,¹¹⁴ en Brasil no todos los dispositivos del Convenio 169 han sido adoptados. Un ejemplo de eso es el no cumplimiento por parte del gobierno en la consulta a los pueblos indígenas cada vez que se toma una medida administrativa o legislativa que pueda

secretarías de Estados y municipios, Funai viene promoviendo cooperaciones con esos múltiples actores de la política indígena. Los Términos de Cooperación o Acuerdos de Cooperación pactados visan a garantizar el cumplimiento y la efectivización de la política indígena brasileña, asumiendo efectivamente la Fundación Nacional del Índio su misión de coordinarla. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Política indigenista no Brasil: Avanços e desafios**. p. 4. Disponible en: <<http://www.funai.gov.br/index.php/todos-presidencia/2901-politica-indigenista-no-brasil-avancos-e-desafios?start=2#>>. Acceso en 08 de jul. de 2019.

¹¹² Art. 2. Compete à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - CNPCT, criada pelo Decreto de 13 de julho de 2006, coordenar a implementação da Política Nacional para o Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. BRASIL. **Decreto 6.040 de 2007**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acceso en 26 de agos. de 2019.

¹¹³ ARAÚJO, Ana Valério. **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença**. Brasilia: Ministerio da Educacao, 2006. 2006, p. 60.

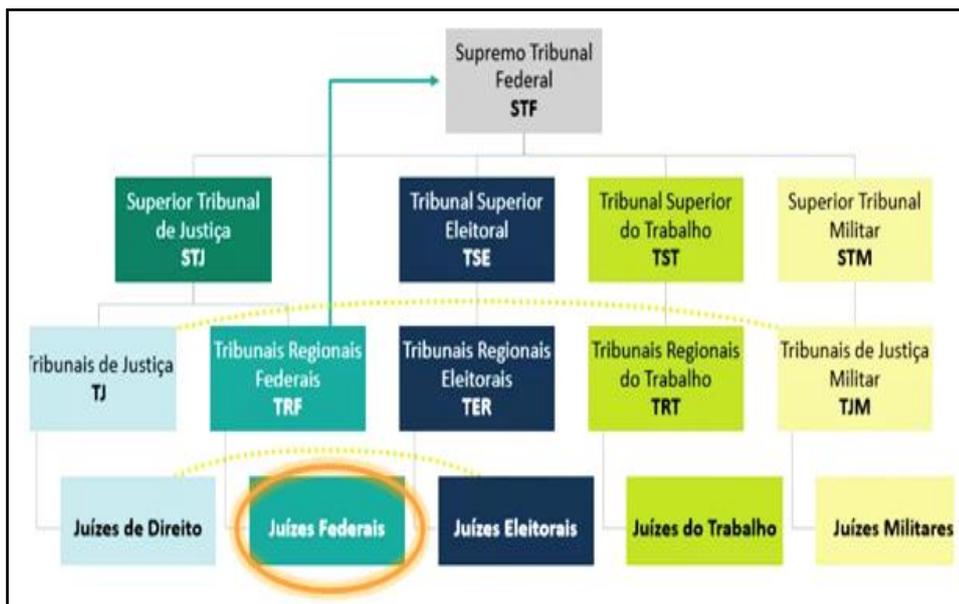
¹¹⁴ Idem, p. 60-61.

afectarlos cotidianamente, con la implementación de obras de infraestructura que genere graves impactos ambientales en su hábitat o con reformas en la legislación indigenista. De la misma manera, un choque a esos derechos reconocidos por el Convenio, es el no reconocimiento del derecho que tienen los pueblos indígenas de auto identificación.

Como consecuencia y considerando que en el ámbito internacional ya existen movimientos jurídicos políticos latinoamericanos sobre plurinacionalidad, que trajeron a la configuración de los Estados nuevos elementos que favorecen a sus pueblos indígenas, en este caso, se visualiza una realidad constitucional que se ubica en una posición un poco atrasada delante de sus vecinos latinoamericanos.

A continuación se presenta un flujograma que indica cómo funciona el poder judicial en el Estado Brasileño y en qué lugar podrían ubicarse las justicias indígenas.

Ilustración 2 – Organograma da Estrutura do Poder Judiciário Brasileiro



Fuente: COELHO, Daniela. **Breve resumo do Poder Judiciário Brasileiro e Jurisdição. 2017.** Disponible en: <<https://danicoelho1987.jusbrasil.com.br/artigos/586188207/breve-resumo-do-poder-judiciario-brasileiro-e-jurisdicao>>. Acceso en: 22 de dic. de 2019. Il. color.

3.3 Los conflictos sobre derechos indígenas son competencia de jueces federales: El dilema con la visión indígena

Ante la realidad internacional contrastada anteriormente, es conveniente observar los algunos puntos con el objetivo de comprender el dilema que se quiere proponer en este

tópico del trabajo.

El sistema de justicia indígena nacional en Brasil, haya su fundamentación en la Constitución Federal de 1988 y en las leyes del sistema general nacional del país, como ya se estudió. De ahí que, resulta oportuno en un primer momento, observar como es la Carta Magna del Estado federado la que determina los destinos y la forma en cómo ha de administrarse esta justicia en particular.

Específicamente, los artículos (129. V) constitucionales, establecen que la responsabilidad de defender judicialmente los derechos de la población indígena es atribución del Ministerio Público Federal;¹¹⁵ la competencia de legislar sobre las poblaciones indígenas es exclusiva de la Unión (artículo 22. XIV);¹¹⁶ procesar y juzgar la disputa sobre derechos indígenas, a su vez, es competencia de los jueces federales, (artículo 109. XI).¹¹⁷

Sobre este último punto en particular, se quieren ofrecer algunas ideas que permitan contribuir a la introducción de las experiencias cruzadas que se proponen en este trabajo, a través del análisis del (artículo 109. XI) constitucional, frente a las perspectivas del Nuevo Constitucionalismo latinoamericano y los otros modelos de justicia indígena aquí propuestos.

Con el objeto de traer más claridad, ha de decirse que, el dilema versa específicamente sobre el precepto constitucional que establece que la competencia procesal y judicial sobre los asuntos indígenas (una población con características tan particulares y propias) recae en la potestad de los jueces federales (jueces del sistema judicial común).

En vista de esto, se quiere dejar de primer momento un interrogante a discrecionalidad. En particular, ¿En qué medida el juez federal imparte justicia, cuando el mismo, es ajeno a los contextos propios y específicos de los pueblos indígenas?

Dado lo anterior, en el marco del pluralismo jurídico brasileño, estos instrumentos jurídicos emanados del Estado, parecen estar subordinados declaraciones y decisiones donde la autonomía por parte de los pueblos indígenas está subordinada. Quizá, se refleje un panorama inquietante, toda vez que, ellos no participan en la definición de las decisiones judiciales que los afectan directamente.

¹¹⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] V. V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acceso en 03 de jul. de 2019.

¹¹⁶ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...], XIV - populações indígenas. BRASIL. Idem.

¹¹⁷ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...], XI - a disputa sobre direitos indígenas. Idem.

Este fenómeno puede corresponder a la idea de Sousa Santos¹¹⁸ cuando dice que en el estudio de las relaciones entre justicia indígena y justicia ordinaria, no acontece un estudio entre lo tradicional y lo moderno. Sino que más bien se trata de un estudio de dos modernidades rivales, una indocéntrica y otra eurocéntrica.

Lo interesante en este punto, es reconocer que la justicia indígena, al contrario de otros conceptos, como por ejemplo el de plurinacionalidad, no es un proyecto, no es algo por construir, no es una novedad. Es una realidad que, reconocida o no por el Estado, ha formado y forma parte de las comunidades, que es algo que ya existía inclusive antes de la concepción misma de Estado.¹¹⁹

Este campo de tensión generado entre la disputa de quien administra la justicia de los pueblos indígenas en Brasil, corresponde a un estudio mucho más profundo que atañe al reconocimiento de la justicia indígena y la tradición eurocéntrica plasmada en la arquitectura de la justicia común u ordinaria, en síntesis, en la cultura dominante.

Existen varios factores a ser analizados en este punto, por ahora será planteado el principio de soberanía como un elemento que supuestamente pone en tela de juicio las bases del derecho moderno eurocéntrico. Según Boaventura de Sousa¹²⁰ el principio de soberanía es hoy cuestionado por múltiples factores y la justicia indígena no es, ciertamente, el más serio. Al respecto el autor argumenta lo siguiente:

Este principio establece que el Estado tiene el monopolio de la producción y aplicación del derecho. Los procesos de integración regional y la transferencia de soberanía que a menudo implican, las condicionalidades impuestas por las agencias multilaterales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial del Comercio), los contratos económicos internacionales de las empresas multinacionales que operan en los países y las cláusulas generales que llevan aparejadas –lo que se conoce como nueva *lex mercatoria*–, son algunas de las actuales restricciones y limitaciones jurídicas que condicionan el monopolio del Estado sobre el derecho.

En el plano sociológico e incluso jurídico, la justicia indígena, como fuente de derecho, es más antigua que cualquiera de los factores arriba mencionados y este hecho se reconoció sin grandes sobresaltos en el periodo colonial. Esto para no argumentar que la justicia indígena comenzó formando parte de las estructuras políticas que ya existían en Abya Yala el momento de la conquista colonial. Solo con el positivismo jurídico del siglo XIX y su manera de concebir la consolidación del Estado de derecho moderno –el Estado para consolidarse requiere que haya una sola

¹¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen derechos: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. p. 49. Disponible en: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>>. Acceso en 15 de dici. de 2019.

¹¹⁹ *Idem*. P. 17.

¹²⁰ *Idem*. p. 16.

nación, una sola cultura, un único sistema educativo, un solo ejército, un único derecho— la justicia indígena se transformó en una violación del monopolio del Estado.¹²¹

Es de esa manera que en la comunidad latinoamericana, lo que en principio era considerado como desconocimiento legislativo y judicial, frente a las particularidades de los pueblos indígenas, se ha ido transformado paulatinamente en un derecho de debía ser reconocido por parte del Estado; es decir, el reconocimiento de su cultura como parte fundamental para el ejercicio de sus justicias.¹²² Lo cual es determinante para primero, garantizar sus prerrogativas, pero también para generar el debido respeto que merece su sistema de creencias, sus pautas culturales, su cosmovisión del mundo, etc.

Resultaría ambiguo entonces, reconocer un conjunto de características propias de los pueblos indígenas, sin considerar conjuntamente el reconocimiento de su propio sistema de justicia, que en el caso del Estado brasileño ya se dio, por lo menos de manera teórica.

Entonces, reconocer lo primero, también es admitir que existen otros modos de administrar justicia que se diferencian de la administración de justicia común del Estado, y que por ende requieren de un tratamiento diferenciado.¹²³

Así, las relaciones de justicia que se establecen entre los pueblos indígenas y el Estado deben estar asentadas en el paradigma de la interculturalidad y los derechos ya reconocidos y positivizados, generando intercambios de respeto y reconocimiento de creencias de cada uno de los extremos de esta relación.

Desafortunadamente, en Brasil, aún es preciso transitar un camino para cerrar la brecha que existe entre la realidad y todo el plexo normativo que da cabida a la diversidad, pues en el ejercicio judicial, no se generan espacios legales para que los pueblos indígenas ejerzan sus juicios conforme a su especificidad y muy por el contrario por mandato

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen derechos: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. p. 16-17. Disponible en: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>>. Acceso en 15 de dici. de 2019.

¹²² Tocante a esto, se ha evidenciado en diferentes apartes de este trabajo de investigación, la diferente normatividad, tanto internacional como nacional, que respalda, las prerrogativas de los pueblos indígenas latinoamericanos y de manera especial la de pueblos indígenas colombianos y brasileños.

¹²³ RAMÍREZ, Silvina. Justicia Penal y Pueblos indígenas: Una agenda pendiente. In: **Sistemas Judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia**. Ediciones del Instituto. Argentina. 2007. p. 7. Disponible en: <<https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/08/revista12.pdf>>. Acceso en 17 de sep. de 2019.

constitucional, son los jueces federales quienes dirimen las controversias jurídicas con las leyes generales del sistema de justicia nacional.

Por tal razón, el derecho indígena, en los territorios y en la convivencia de la comunidad, es apenas una fuente secundaria del derecho estatal, tolerada cuando la ley fuere omisa o innecesaria.¹²⁴

Al referir tales presupuestos, es inevitable traer a colación, el principio de igualdad –igualdad frente la ley– indiscutible pilar de los Estados modernos, el cual, se respeta cabalmente si se aplica de manera paradójica, esto es, de modo diferenciado. En el caso de los indígenas, hacer valer el principio de aplicación de la ley de la misma manera para todos los habitantes, podría estar resultando en un trato discriminatorio y racista.¹²⁵

La comprensión del párrafo anterior puede resultar no tan sencilla. Existe en su práctica inconsistencia pero al mismo tiempo puede presentarse un desconocimiento o una ignorancia de las diferencias. El Estado, fiel a las bases que lo nutren, debe hacer prevalecer en el juego democrático el principio de igualdad, principio que es aplicable a todos los ciudadanos y que debe ser entendido como aquel que respeta el ejercicio de todos los derechos, consecuentemente también los derechos de los pueblos indígenas.

En la comprensión de esas bases de un Estado, pues, han de sobresalir sus ejes democratizantes toda vez que en este tipo de Estado, se debe prestar especial atención a instituciones y figuras jurídicas que proporcionen al indígena un procedimiento judicial que sea acorde con su cosmovisión.¹²⁶

3.4 Perspectivas de una jurisdicción indígena en Brasil

¹²⁴ MARÉS DE SOUSA FILHO. Carlos Frederico. **O direito envergonhado (O direito dos índios no Brasil)**. "Encuentro-Taller sobre la Administración de la Justicia Penal y los Pueblos Indígenas en América. San José, Costa Rica. 1990. p. 150. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06852-5.pdf>>. Acceso en: 17 de dic. de 2019.

¹²⁵ RAMÍREZ, Silvina. Justicia Penal y Pueblos indígenas: Una agenda pendiente. In: **Sistemas Judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia**. Ediciones del Instituto. Argentina. 2007. p. 7. Disponible en: <<https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/08/revista12.pdf>>. Acceso en 17 de sep. de 2019. 10.

¹²⁶ Afortunadamente en los países latinoamericanos, han venido ocurriendo tendencias de cambio, sobre todo impulsada por los movimientos sociales, por los movimientos indígenas y por una mayor demanda de participación de la ciudadanía. Quizá este análisis puede estar revestido de cierta ingenuidad, toda vez que posee un criterio ambivalente, al sostener que la fuerza de los movimientos sociales han logrado algunos objetivos, que permitan reflexionar sobre la necesidad que tiene el Estado de dar cabida a la multiculturalidad como un modo de auto legitimación.

En este punto en particular ha de decirse, que el Estado brasileño, a pesar de no poseer una jurisdicción indígena propiamente dicha, como ocurre en otros Estados latinoamericanos, ya ha reconocido dentro de su sistema de justicia común, el ejercicio del derecho consuetudinario, es decir, aunque en el Estado, son los jueces federales, quienes procesan y juzgan sobre los asuntos concernientes a los derechos de los pueblos indígenas,¹²⁷ ya se ha evidenciado por parte de los mismos, el reconocimiento al derecho propio de estos pueblos en la toma de sus decisiones judiciales y/o sentencias.

Tal acontecimiento, refleja vértices del contexto del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, específicamente en relación a los pueblos indígenas, toda vez que, en estos movimientos constitucionales se han garantizado derechos como el de autodeterminación, el cual presupone a su vez, el derecho de poseer un sistema normativo propio y por ende una jurisdicción especial que lo regule.

Por lo tanto, en el presente apartado, se propone la idea de lo que sería una jurisdicción indígena en Brasil que camine de la mano con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y que atienda a los desafíos actuales del país.

En vista de lo anterior, conviene comenzar definiendo “jurisdicción” en el contexto de este trabajo de investigación. Por lo cual, de manera específica, se dirá que, ejercer jurisdicción es equivalente a decir el derecho.¹²⁸ Pero como es claro, se trata de decirlo de manera específica, dado que esta función de la jurisdicción tiene por objeto el restablecimiento de la normalidad jurídica. En esta línea, la jurisdicción indígena, decidirá sobre situaciones específicas y conflictivas o no, de los pueblos indígenas de determinado lugar, que en el caso sería, el Estado brasileño.

La especificidad, jurisdiccionalmente hablando, es un término que ha permanecido distante del sistema de justicia indígena en Brasil, pues la adopción de un sistema jurídico siendo aplicado indistintamente a todos, es herencia del colonialismo y su proyecto de dominación en el país, lo cual ha generado históricamente, incongruencias y

¹²⁷ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...], XI - a disputa sobre direitos indígenas. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acceso en 03 de agosto. de 2019.

¹²⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Cultura Constitucional de la Jurisdicción**. Siglo del Hombre editores. Universidad EAFIT. Bogotá. 2011. p. 18. Disponible en: <<https://books.google.com.br/books?id=vSAsDwAAQBAJ&pg=PT80&dq=que+es+una+jurisdicci%C3%B3n&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiD7ZyG-9XkAhUTJrkGHRoRAGlQ6AEIYzAJ#v=onepage&q&f=false>>. Acceso en 16 de sep. 2019.

contradicciones en el interior de la sociedad brasileña.¹²⁹ Con efecto, se dice que el declive del imperialismo no necesariamente, originó Estados totalmente libres o sólidos.

La dependencia económica y cultural, persiste en muchos casos, donde, la cultura nativa tan fragmentada por el colonizador, muchas veces no fue suficiente para la formación de una cultura nacional, o mejor, de unas culturas nacionales.¹³⁰ En Brasil, la idea de una sociedad homogénea fue contundente, y por consiguiente, el modelo de jurisdicción de ella decorrente, fue la del monismo jurídico, el cual no admite, la existencia de sistemas jurídicos diversos, reflejando una realidad contraria a la Latinoamericana.¹³¹

Con respecto de esto, es claro que no ha sido precisamente una relación armoniosa la que ha regido entre los pueblos indígenas y el Estado, el cual fue conformado luego de largos procesos que culminaron con la independencia del dominio de los colonizadores.

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que los movimientos indígenas empiezan lentamente un recorrido que culmina con la demanda clara de reconocimiento de sus derechos, y junto con esta necesidad y requerimiento de ser visualizados como interlocutores del Estado, se plantea la necesidad de articular sus propios modos de administrar justicia con la justicia oficial.¹³²

El respeto por la administración de justicia propia, entre otros derechos, ha sido reconocido e incorporado, por instrumentos internacionales y por las legislaciones nacionales, tal y como se vio en otros fragmentos de este trabajo, sin embargo, muchas veces, estos no han sido instrumentalizados y mucho menos respetados en la práctica.

Se observa en Brasil, que las normas jurídicas se han fallado con base a las políticas estatales integracionistas y asimilacionistas, siendo el indígena tratado como una traba a la comunión nacional.¹³³ A pesar de ello y en virtud a la intensa movilización en torno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1987/1988, principalmente del propio movimiento

¹²⁹ HALL, Stuart. **Da diáspora: Identidades e mediações culturais**. Trad. Adelaide La Guardia Resende et al. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003. p. 56.

¹³⁰ Idem. p. 57.

¹³¹ BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 81.

¹³² GREY POSTERO, Nancy. Movimientos indígenas bolivianos: articulaciones y fragmentaciones en búsqueda del multiculturalismo. In: LÓPEZ, Luis Enrique; REGALSKY, Pablo. **Movimientos indígenas y Estado en Bolivia**. Proeib Andes Ediciones. La Paz. 2005. p. 64. Disponible en: <http://bvirtual.proeiband.es.org/bvirtual/docs/movimientos_indigenas.pdf>. Acceso en 16 de sep. de 2019.

¹³³ OLIVEIRA, João Pacheco de. Sem a tutela, uma nova moldura de nação. In: OLIVEM, Ruben G.; BRANDÃO, Gildo M.; RIDENTI, m (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: ANPOCS, 2008. p. 4-5.

indígena, la Constitución Federal de 1988, inauguró el paradigma de la integración, fundado en el derecho a la diferencia, concibiendo a la sociedad brasileña como pluriétnica y multicultural.¹³⁴ Destacándose, el derecho a la autodeterminación consagrado en el artículo 231 de la Carta.

Son precisamente derechos como el citado, los que han habilitado a requerir que los modos de resolución de conflictos y la administración de justicia indígena, fuera reconocida por los organismos de justicia común. Con todo, el debate alrededor de este punto en específico y sobre todo, ante la secesión estatal, se ha insistido en que el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas sea un conflicto permanente con el Estado. Y aunque esta discusión con el paso del tiempo se ha vuelto redundante, se sigue persistiendo en su vigencia, más, realmente el punto en la discusión no es acerca de la secesión del Estado, pero sí, de la concreción de los derechos de este grupo en particular.

Como dicho anteriormente, en Brasil, se reconoce constitucionalmente a los indígenas en su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones (art. 231). De tal dispositivo se desprende el derecho a la diferencia, expresión del principio constitucional de igualdad, lo que significa que a los pueblos indígenas se les debe asegurar el derecho de vivir de acuerdo con sus especificidades socioculturales, así como el derecho de auto determinarse, entendido este, como la prerrogativa que cada pueblo tiene para decidir sobre “su vida comunitaria, sus leyes y sus reglas, sus símbolos, así como también su destino político”.¹³⁵

Sobre el derecho de autodeterminación, debe resaltarse que, éste, fundamenta y prevé el establecimiento de un sistema jurídico propio, que rija la vida del grupo. Este sistema jurídico indígena está basado en una especie de derecho consuetudinario, albergado por el Convenio de la OIT (art. 8). En tal derecho las costumbres y valores denotan una estructura social y sobretodo, la identidad de un determinado grupo indígena.¹³⁶

Se debe mencionar, entonces, que si bien los instrumentos normativos

¹³⁴ LEITÃO, Ana Valeria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas - aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os Direitos indígenas e a Consituição**. Porto Alegre: SAFE, 1993. p. 228.

¹³⁵ BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 82.

¹³⁶ MATIAS SILVEIRA, Brunna Grisella. Perspectivas do reconhecimento de uma jurisdição indígena no Brasil. In: **Direito das Minorias no Novo ciclo de resistências na América Latina**. Editora CVR. Curitiba, Brasil. 2017. p. 156.

internacionales y nacionales¹³⁷ reconocen la forma de administración de justicia llevada adelante por las propias autoridades indígenas, no se ha podido avanzar en la concretización de este conjunto normativo.

Para autores como Gallardo Castillo,¹³⁸ ese derecho consuetudinario, debe ser adaptado a los nuevos contextos, donde se articulen costumbres, valores y normas, ya que es en esa capacidad de reinención donde se garantiza la sobrevivencia de los pueblos indígenas, en cuanto comunidades armónicas con sentido y significado para sus miembros.

Consecuentemente, al considerar la existencia de un sistema normativo indígena propio, ha de admitirse la idea de una jurisdicción que le garantice eficacia, ejercida por instituciones propias para la administración de justicia y que combine con lo que es propio y apropiado de los pueblos indígenas brasileños.¹³⁹

Para concluir, ha de decirse que, derechos indígenas son prerrogativas, ya sea basadas en intereses, necesidades o conquistas, que le son propias a los indígenas, no por concesión por parte del Estado, sino porque constituyen reivindicaciones legítimas que han sido adquiridas a través de décadas de luchas, por ende, razones variadas justifican en el país, el avance en la implementación de mecanismos que garanticen respeto de tales prerrogativas, en ese caso, la implementación de una jurisdicción indígena que respete sus especificidades, destrabará el proceso hacia el avance en la efectividad de sus derechos, tal y como ha acontecido en la comunidad de países Latinoamericanos.

4 ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA EJERCIDOS POR COLOMBIA Y BRASIL: EXPERIENCIAS CRUZADAS

El objetivo de este capítulo es analizar el sistema de justicia indígena ejercido en Colombia y Brasil. Para tal efecto, se realiza un cruce de experiencias y “situaciones” jurídicas evidenciadas respectivamente en los dos primeros capítulos de este trabajo

¹³⁷ Entre los instrumentos internacionales a destacar, se encuentran: el Convenio 169 de la OIT, los Pactos Internacionales (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

¹³⁸ GALLARDO. Mayarí Castillo. **Pueblos indígenas y derecho consuetudinario: un debate sobre las teorías del multiculturalismo. Nueva antropología.** México, v. 22, n. 71. p. 13-29, jul./dic. 2009. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-06362009000200002>. Acceso en 17 de sep. de 2019.

¹³⁹ Sobre este aspecto se profundiza en el tópico 4.4.2 del capítulo cuarto de este trabajo de investigación.

investigativo. No se pretende, determinar héroes o villanos como en una novela fantástica, pero sí, identificar similitudes y disimilitudes existentes en el ejercicio de tales sistemas, que indiquen una lectura alternativa que permita comprender que la ingeniería constitucional latinoamericana no es absoluta y en esa línea, se generen propuestas de pertinencia que aperturen el diálogo de nuevas posibilidades en la justicia indígena latinoamericana.

Para tal cometido, este capítulo aborda dos momentos en especial, en el primero, se indican los intersticios existentes entre los sistemas de justicia indígena de ambos países, así también, se hace una revisión sobre lo común y lo diferente de los tales.

A partir de ello, se presentan dos casos con el ánimo de mostrar el alcance, desarrollo y estado de la relación entre la justicia indígena y el sistema de justicia común de los Estados. Con esto, se confluyen y conectan propuestas, que faciliten la comprensión de ambos sistemas de justicia y que además permitan transitar entre el universo formal de las leyes y algunas reflexiones propias de la emergencia indígena contextualizada.

En un segundo momento, con base en la conexión de propuestas, se plantean reflexiones epistémicas, que promuevan nuevos diálogos al respecto de la justicia indígena latinoamericana y que coadyuven al ejercicio de las mismas.

4.1. Los intersticios. Una mirada a partir de lo común y lo diferente

Estimado lector de esta disertación, hasta este punto del trabajo, se ha planteado un panorama que intenta reunir los aspectos más importantes y básicos en cuanto a la conformación de los sistemas de justicia indígena de Colombia y Brasil. Este recorrido ha dado su punto de partida en las bases que el Nuevo Constitucionalismo imprimió en el continente en torno de la década de los 90. La continuación, trata de sintetizar ese panorama y llevarlo a la práctica.

En ese sentido se dirá que, se encontraron muchas semejanzas y aproximaciones, pero al mismo tiempo, surgieron en la esfera, algunas diferencias que pueden estar significando avances y/o retrocesos en el ejercicio de las justicias indígenas para un u otro país frente al contexto continental.

De igual manera, se aclara desde ya que, el cruce de experiencias dará su continuación en el tópico inmediatamente siguiente, el cual refiere al estudio de los casos, pues es ahí donde se pondrán constatar los elementos comunes y diferenciados de mejor

manera.

Por tal razón, se comenzará hablando de los “común denominadores”, así:

a) Las Constituciones

No se trata realmente de “re-citar” artículo por artículo de la Constitución Política de 1991 de Colombia y de la Constitución Federal de 1988 de Brasil, donde se establecen los derechos a favor de los pueblos indígenas, pero sí, destacar el enorme avance en materia de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en los países, como ya se advirtió.

Sin dudar, uno de los primeros elementos fundamentales para esta nueva etapa en el ejercicio de las justicias indígenas es el reconocimiento del carácter pluralista de las sociedades americanas. Así, ambas Constituciones, se encargaron de incluir desde un primer momento al pluralismo en sus modelos de Estado.¹⁴⁰ De primer momento, se infiere entonces, la expresa aceptación de la existencia de diversas formas de comportamiento social correspondiente a cada una de las sociedades que conforman el país. Este pluralismo jurídico, dio paso en el marco constitucional de los Estados, al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco de los principios de igualdad y no discriminación, autodeterminación, maximización de la autonomía, acceso a la justicia en consideración de las especificaciones culturales, protección a sus territorios y recursos, entre otros.

De hecho, autores como Santilli,¹⁴¹ afirman que el constitucionalismo representado por la Constitución de Brasil de 1988, inspiró las Cartas de otros países del Continente, como la de Colombia y Paraguay. Además de mejorar la mala imagen internacional de Brasil en el campo de los derechos humanos y específicamente, de los derechos indígenas.

Por primera vez en Brasil, una Constitución determina un capítulo entero con nuevos elementos jurídicos para fundamentar las relaciones entre los indígenas y los no indígenas y garantizar la manutención de sus derechos delante de la sociedad nacional.¹⁴²

Así también, el proceso constitucional de 1991 en Colombia, culminó con el

¹⁴⁰ Preámbulo de la Constitución Federal de Brasil de 1988 y artículo primero de la Constitución Política de Colombia 1991.

¹⁴¹ SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Petrópolis, 2005. p. 138-182.

¹⁴² COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição brasileira de 1988. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-americano tendências contemporâneas**. JURUÁ Editora. Curitiba, Brasil, 2013. p. 197.

reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, que suponen la corrección de los errores históricos en la ordenación del Estado colombiano, que anterior a 1991, mantuvo al margen de la sociedad a vastos sectores, que aunque integrantes de la nacionalidad colombiana, no gozaban de instrumentos adecuados para participar en su construcción.¹⁴³

b) Los tratados internacionales

Continuando con los elementos normativos comunes que componen a los sistemas de justicia indígena de ambos países, se encuentran los tratados internacionales referentes a la temática indígena suscritos por los Estados. Así como se vio anteriormente, en este trabajo se destaca el convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, por otorgar éste, un reconocimiento de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas como la autonomía, el territorio, la consulta previa, salud, educación, trabajo.

El Convenio propuso en el plano internacional derechos realmente relevantes para los Estados en favor de los pueblos indígenas, entre los cuales se destaca el artículo 8¹⁴⁴ donde se consagra la obligación de los Estados de considerar y favorecer la conservación de sus costumbres o su derecho consuetudinario y sus instituciones propias. En el artículo 9¹⁴⁵ se establece la obligación de respetar los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. A su vez, el artículo 10¹⁴⁶ obliga a los Estados a que, cuando se impongan sanciones penales a los indígenas, sean tomados en cuenta sus aspectos sociales y culturales.

En el ordenamiento jurídico colombiano este instrumento fue aprobado mediante la Ley 21 de 1991, en el año 1991. El Estado brasileño, viene a adoptar el Convenio en el año 2004, siendo uno de los últimos países de América en ratificarlo.¹⁴⁷ Este es ratificado a través del Decreto 5.051/2004.

¹⁴³ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. **Justicia y pueblos indígenas, jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos.** 2017. p. 15. Disponible en: <<https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20y%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20jurisprudencia,%20ritos,%20pr%C3%A1cticas%20y%20procedimientos.pdf>>. Acceso en: 08 de oct. de 2019.

¹⁴⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). **Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.** p. 30 - 31. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf>. Acceso en 26 de dic. de 2019.

¹⁴⁵ *Idem.* p. 32.

¹⁴⁶ *Idem.* 32-33.

¹⁴⁷ ARAÚJO, Ana Valério. Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença. Brasília: Ministerio da Educacao, 2006. 2006, p. 60.

c) Las leyes

Frente al panorama anterior, en los países se reclamó un cambio institucional que se adecue a los cauces jurídicos, políticos y sociales propios al contexto. Por tal motivo en los Estados se comenzaron a promulgar normas de carácter nacional que atiendan a los desafíos planteados.

Como se pudo observar en los capítulos 2 y 3 de este trabajo, existe en Colombia y Brasil, un amplio desarrollo Constitucional y legal, en relación con a los pueblos indígenas, sin que pueda afirmarse que en este documento se haya abarcado la totalidad normativa del mismo.

Sobre este punto, cabe mencionar que en los ordenamientos jurídicos de ambos países, existen normas con relación a los pueblos indígena, que a pesar de ser anteriores a las Constituciones actuales, y de ser muy antiguas, aún mantienen su vigencia.¹⁴⁸

d) Las políticas públicas

Si bien las Constituciones vigente de Colombia y Brasil, son altamente garantistas con relación a los derechos de los pueblos indígena y la normatividad del Estado se ha ido construyendo alrededor de tales garantías, también se debe reconocer, que los Constituyentes de los dos procesos dejaron en mano de otras institucionalidades la regulación de los aspectos específicos correspondientes a esta materia.

En Colombia, ocurre que el modelo de diversidad étnica y cultural introducido por la carta magna, no se promueve un enfoque político bien definido, esto debido a que se deja a merced de la voluntad política del legislador su materialización.¹⁴⁹ Reconociéndose la necesidad de implementar políticas públicas que suplan los vacíos. De la misma manera en el Estado brasileño, que después de romper con la tradición asimilacionista que prevalecía anterior a su vigente Constitución , requirió, que esas victorias constitucionales, entretanto, sean reguladas y consolidadas políticamente.

Los antecedentes jurídicos que se han citado podrían mostrar en una visión

¹⁴⁸ Para contextualizar lo anteriormente mencionado se quiere traer a colación dos normas anteriormente citadas como lo son: La ley 89 de 1890. Mediante la cual, se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada en Colombia; y la ley y 6.001/73, llamada el Estatuto del Indio y creada en el año 1973 en Brasil.

¹⁴⁹ CARRILLO GONZALEZ, Diana Maria. **Jurisdicción Especial Indígena: ¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?** Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C.. 2013. p. 97. Disponible en: <<http://bdigital.unal.edu.co/40047/1/6699796.2014.pdf>>. Acceso en: 27 de dic. de 2019.

general sobre los sistemas de justicia indígena, grande cercanías, especialmente, por pertenecer a movimientos constitucionales con gran semejanza. Pero es precisamente a partir de allí de donde nace una de las mayores diferencias en los modelos de sistemas propuestos.

Es decir, las Constituciones vigentes de ambos Estados, marcan el rumbo del ejercicio jurisdiccional que rige a los pueblos indígenas de los países. Así:

Como se vio anteriormente el artículo 246 de la Constitución Política de 1991 del Estado colombiano, implementa en su modelo de justicia indígena una jurisdicción especial indígena como un mecanismo procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional.

Posterior al reconocimiento de la importancia de la implementación de una jurisdicción especial, es fundamental observar cómo se consagró expresamente dicha institución en Colombia. El artículo citado anteriormente, en su redacción, lleva a determinar la existencia de un derecho a ejercer la jurisdicción indígena por parte de los pueblos indígenas, lo que supone el otorgamiento de una facultad, y por ende el reconocimiento de una autonomía.

Por su vez, la Constitución Federal de 1988, a pesar de reconocer amplios y garantes derechos para los pueblos indígenas igual que la Carta Política Colombiana, no implementa en su modelo jurisdiccional una especialidad exclusiva para la rama indígena. Pues como se vio antes,¹⁵⁰ y por mandato constitucional esta función está específicamente definida.

Específicamente, los artículos (129. V) constitucionales, establecen que la responsabilidad de defender judicialmente los derechos de la población indígena es atribución del Ministerio Público Federal;¹⁵¹ la competencia de legislar sobre las poblaciones indígenas es exclusiva de la Unión (artículo 22. XIV);¹⁵² procesar y juzgar la disputa sobre derechos indígenas, a su vez, es competencia de los jueces federales, (artículo 109. XI).¹⁵³

¹⁵⁰ Véase figura número 2 (dos) de este trabajo. p. 53.

¹⁵¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] V. V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acceso en 03 de jul. de 2019.

¹⁵² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...], XIV - populações indígenas. BRASIL. *Idem*.

¹⁵³ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...], XI - a disputa sobre direitos indígenas. *Idem*.

Sobre este punto radica, la principal diferencia de estos modelos justicia en el contexto de los sistemas de justicia estatales y es donde toma sentido el modelo de investigación empleado en este trabajo, cuando en la palabras de Dixon,¹⁵⁴ se están identificando las funciones y formas de varios arreglos constitucionales y a la vez, se están considerando cómo son diferentes los sistemas constitucionales en el mundo que pueden alcanzar esas funciones.

Al final, el propósito es el de tomar prestado o transferir los arreglos que pueden “mejorar la forma” en que algunas funciones constitucionales son desempeñadas nacionalmente.¹⁵⁵

4.2 Los casos: El alcance, el desarrollo y el estado.

A continuación se presentan dos casos que reflejan “un poco” de la práctica y el ejercicio de los sistemas de justicia indígena del Estado colombiano y brasileño; y que al mismo tiempo, permiten identificar en cierta medida, cuál es el alcance, desarrollo y el estado de la justicia indígena aconteciendo en el contexto de los modelos estatales de ambos países. Para lo cual, es conveniente anotar ciertas observaciones.

En caso de Brasil, tal y como se mencionó antes, a pesar de no existir una jurisdicción indígena propiamente dicha, existen evidencias que reflejan que en su sistema de justicia común, se está reconociendo en algunos casos, el ejercicio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en la toma de sus decisiones y/o sentencias judiciales.

La presencia de la jurisdicción especial indígena en el sistema de justicia indígena de Colombia, infiere la autonomía para que los pueblos indígenas del país, creen¹⁵⁶ sus propias normas y por ende el respectivo registro de sus casos, que muchas veces ni siquiera corresponden u obedecen a los registros de propios de la modernidad; es decir, cada pueblo indígena colombiano tiene o no, un registro propio de su casuística. Tal registro pertenece a los archivos propios y privados de cada pueblo en particular, haciendo que su

¹⁵⁴ DIXON, Rosalind. **Cómo comparar constitucionalmente**. Latin American Law Review n.º 03 (2019): 1-28. p. 6. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434579>. Acceso en: 26 de dic. de 2019.

¹⁵⁵ TUSHNET, Mark. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. In: LEVINSON, Sanford. **When Interpreting the US Constitution: Some Reflections**. Texas International Law Review n.º 39 (2004). p. 1228.

¹⁵⁶ Entiéndase hasta este punto del trabajo, esa creación normativa como obediente a los parámetros señalados para la jurisdicción especial indígena colombiana, y ya mencionados en el capítulo segundo.

conocimiento sea de la reserva de su justicia propia.

Sin embargo, existen casos, donde la jurisdicción especial indígena funciona concomitante y coordinadamente con la jurisdicción ordinaria del país, donde puede constatarse su contenido, como en el caso que se indicará después.

En este punto, cabe recalcar la aclaración ya hecha en la parte introductoria, donde se menciona que los casos propuestos, corresponden a situaciones jurídicas diferentes para cada Estado. Con respecto a Brasil, se presenta un conflicto propio de la justicia penal; y con respecto de Colombia, al asunto será volcado al área laboral. Se considera que aunque se trate de conflictos jurídicos diferentes, los casos cumplen con el objetivo para el cual son propuestos y revelan la relación de ambos sistemas en concomitancia, pero sobre todo permiten visibilizar, aun siendo *Litis* diferentes cual es el grado de reconocimiento autonomía y coordinación de la justicia indígena y la justicia común, cuando esta es observada como un todo desde la óptica del sistema de justicia indígena en general.

4.2.1 Colombia: El caso en que se despide una funcionaria de una IPS indígena por dejar de asistir a su trabajo durante trece días hábiles

Se trata de la Sentencia T-098/14 emitida por la Corte Constitucional Colombiana en fecha de veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014) en el Distrito Capital y cuyo Magistrado Ponente es el Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.¹⁵⁷

El asunto jurídico, recae sobre una Acción de tutela instaurada por Ibeth Izquierdo Pabón en contra de la Institución Prestadora de Salud Indígena (IPS-I) Wintukwa, institución de salud del pueblo Arhuaco de la Sierra ubicada en Valledupar departamento del Cesar, entidad en la cual la accionante desempeñaba el cargo de Coordinadora Administrativa y Financiera.

La *litis* se desencadena cuando en fecha de 05 de agosto de 2011, la gerente de la IPS-I Wintukwa, inició un proceso en contra de la señora Ibeth Izquierdo Pabón por dejar de asistir de manera injustificada a su trabajo durante 13 días hábiles. En los descargos, la gerente menciona que la señora Izquierdo solicita permiso para ausentarse de su trabajo

¹⁵⁷ Véase el contenido íntegro de la sentencia en: COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-098/2014**. Autonomía de las comunidades indígenas y derechos individuales de sus miembros. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., 20 de feb. 2014. Disponible en: <<https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdiccion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/sentencias-corte-constitucional>>. Acceso en 11 de Nov. de 2019.

debido a una cirugía programada para una determinada fecha, para lo cual se convino un periodo de vacaciones comprendido entre el 22 de junio al 12 de julio. Posteriormente, la señora Izquierdo manifiesta que tal procedimiento médico sería aplazado toda vez que las autoridades del resguardo Arhauaco de la comunidad de Gun awurun le pidieron adelantar un trabajo de saneamiento tradicional (*murunzuma*)¹⁵⁸. Ella afirma que este trabajo, fue exigido porque la accionante tuvo una relación sentimental con el señor Edinson Izquierdo, éste, fue cumplido a cabalidad. La señora Izquierdo fue intervenida quirúrgicamente sólo hasta fecha de 09 de julio de 2011, informando telefónicamente a la IPS-I y aportando su incapacidad solo al retornar a su trabajo el primero de agosto del mismo año, es decir varios días después de finalizado su periodo de vacaciones.

De esa manera, la gerente de la IPS-I, suspendió a la señora Izquierdo de su cargo por el lapso de 15 y por causa de unos altercados de la señora Izquierdo con otra trabajadora de la entidad al retornar, la gerente, opta por ordenar la suspensión total de la actora en el cargo hasta que se realice una reunión con las personas involucradas y un miembro de la Directiva Central y otra autoridad tradicional del Resguardo.

En fecha de 28 y 31 de agosto, se realiza tal reunión, en la cual, se exige por parte de los mamos¹⁵⁹ la presencia de Edinson Izquierdo y Alcira Izquierdo. Según la accionante, este constituyó un factor inesperado, pues otra autoridad indígena había manifestado que bastaba con su sola presencia. Con todo, la accionante manifiesta haber informado a estas dos personas sobre la exigencia del saneamiento sin haber obtenido respuesta alguna.

En fecha de 22 de noviembre de 2011, dos mamos, el comisario y un representante del cabildo del Centro Simunurwa manifestaron que las conductas imputadas a la señora Ibeth Izquierdo Pabón constituían una falta grave, por lo que afirmaron que se requiere un saneamiento tradicional de la personas implicadas en el asunto. Por esta razón, decidieron dar facultad a la gerente de Wintukwa, tomar la determinación (sic) y dar nombramiento a nuevos funcionarios que cumplan los requisitos que la empresa exige. Atendiendo a ello, la Gerente de la IPS-I, mediante resolución, da por terminado el contrato de la señora Izquierdo.

En fecha de 13 de enero de 2012, el Juzgado Tercero Penal Municipal de

¹⁵⁸ El procedimiento trata de una especie de limpieza espiritual. Uno de los fines de este procedimiento fue la purificación de la señora Izquierdo antes de la realización de su procedimiento quirúrgico.

¹⁵⁹ Nombre asignado a las autoridades indígenas en cuestión.

Garantías de Valledupar, en primera instancia, decidió negar por improcedente el amparo, porque consideró que las pretensiones de la accionante estaban relacionadas con la solicitud de un reintegro laboral y la decisión de una situación litigiosa que escapa al ámbito de análisis del juez constitucional.

Con la correspondiente impugnación, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, en sentencia del 22 de febrero de 2012, revocó la decisión de la primera instancia. En su lugar, tuteló el derecho al mínimo vital de la accionante y, en consecuencia, ordenó a la gerente de la IPS-I que reintegrara a la accionante al cargo que desempeñaba, y le pagara los salarios dejados de percibir. De igual forma, le advirtió a la actora que esto no la exoneraba de la medida correctiva impuesta por las autoridades tradicionales de la comunidad, la cual debía cumplir en cuanto fuera posible.

En respuesta eso, las autoridades del Resguardo Indígena Arhuaco de la Sierra, manifestaron su desacuerdo con el fallo en segunda instancia pues consideraron que la decisión desconoce y viola las decisiones tomadas por las autoridades del pueblo arhuaco.

En tal sentido, esta decisión llega ante la Corte Constitucional Colombiana, la cual por mandato constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela en referencia. En su decisión ampara la petición de la señora Izquierdo y confirma parcialmente la decisión de segunda instancia. En ese sentido solicita a la Directiva Central del Pueblo Arhuaco que, en el término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la providencia, revisen el proceso adelantado por la IPS-I Wintukwa contra Ibeth Izquierdo Pabón y se tome una decisión final en lo relacionado con la ausencia injustificada del trabajo.

Asimismo la Corte, ordena que en relación a los trabajos de saneamiento espiritual se manifieste a la accionante, primero, quienes deben acudir a las sesiones programadas con anticipación, y como segundo, se informen las consecuencias que pueden tener el cumplimiento o incumplimiento de los trabajos exigidos en su desempeño como miembro de la comunidad, esto es: si cambiará su rol como miembro dentro de la comunidad.

Finalmente, este Órgano, invita al Resguardo Arhuaco de la Sierra y a la Directiva Central Arhuaca para que examinen la posibilidad de que sean ellas quienes, haciendo uso de su autoridad, exijan la comparecencia de las personas que se resistan al cumplimiento del saneamiento espiritual junto con Ibeth Izquierdo Pabón, de modo que esta carga no resida únicamente en la accionante y el saneamiento pueda llevarse a cabo efectivamente.

El caso anteriormente señalado, refleja en cómo se garantizan los derechos de la señora Ibeth Izquierdo Pabón, al mismo tiempo, que respeta la autonomía jurisdiccional del Resguardo Arhuaco de la Sierra y la autonomía en el manejo y administración de su propio sistema de salud, concretado en este caso en la IPS-I Wintukwa.

En ningún momento se desconoce la investidura de las autoridades indígenas, toda vez que son ellas quienes deben tomar una decisión definitiva en torno al procedimiento adelantado en contra de Ibeth Izquierdo Pabón. En ese sentido se ratifica el fuero indígena de las autoridades indígenas incluyendo sus usos y procedimientos y el poder coercitivo de sus autoridades. Además, su pronunciamiento definitivo debe considerarse en principio más apropiado, pues maximiza la autonomía jurisdiccional de la comunidad y la autonomía en la organización de los servicios de salud.

4.2.2 Brasil: El caso de los líderes de la Tierra Indígena (TI) Manoá-Pium de la Reserva Raposa Serra de la Luna de Roraima¹⁶⁰

En fecha de 20 de junio del año 2009, en territorio indígena (TI) Manoá-Pium, en la reserva Raposa Serra da Lua en Roraima, el indígena Denilson Trindade Douglas, cometió asesinato en contra de su hermano Alanderson. Por tal acontecimiento, el sujeto, fue penalizado por el Consejo de esta comunidad, el cual, impuso varias condenas para el mismo. Entre otras, lo obligó a construir una casa para la esposa de la víctima, y determinó, que el mismo, no podía ausentarse del territorio indígena sin permiso del Consejo.

Posteriormente, se realiza un nuevo juicio sobre el asunto. Esta vez se contó con la presencia de líderes Tuxauas de otras comunidades como también con la presencia de servidores de la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), esta vez, le fueron destinadas más restricciones.

Se le pidió al condenado, el traslado hacia otra región diferente a la comunidad, lugar donde prestaría servicio comunitario y donde cumpliría el conjunto de sanciones impuestas por el Consejo y las autoridades presentes.

¹⁶⁰ Para el presente caso, no fue posible la consecución de la sentencia íntegra que lo representa, pues en el *site* del Tribunal de Justicia del Estado de Roraima (2da Instancia), el proceso es reservado, indicando que se trata de un proceso de naturaleza criminal y su investigación no es permitida.

Desta forma, frente al juzgamiento del reo, hecho por su propia comunidad, la primera instancia del Poder Judicial del Estado de Roraima, y considerando la denuncia del *parquet*, decidió declarar, ausencia de *jus puniendi* estatal, decisión corroborada por el Tribunal de la siguiente forma:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIE PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADO. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.

- Se el crimen en mención fue punido de conformidad a los usos y costumbres de la comunidad indígena de Manoá, los cuales son protegidos por el art. 231 de la Constitución, y toda vez que observados los límites del art. 57 del Estatuto del Indio, que deba penas crueles, infames y la pena de muerte, se ha de considerar penalmente responsabilizada la conducta del apelado.
- La hipótesis de la jurisdicción penal estatal suceder a la punición impuesta por la comunidad indica clara situación de ofensa al principio non bis in idem.
- El debate pasa a ser de derechos humanos cuando se tiene en cuenta no solo derechos y garantías procesales penales del acusado, más también derecho a la autodeterminación de la comunidad indígena de componer sus conflictos internos, todos previstos en tratados internacionales de que Brasil hace parte.
- Aunque todavía esté abierto el debate en el derecho brasileño, existe fuerte inclinación, sobretodo en razón de la inspiración de su preámbulo, para considerar a al Convenio 169 de la OIT (incluyendo su art. 9) como un tratado de derechos humanos, por lo tanto con status suprallegal, en los términos de la jurisprudencia del STF.
- Si hasta países como Estados Unidos y Australia, que votaron en contra de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas de 2007, tienen precedentes reconociendo la autonomía del *jus puniendi* de sus pueblos autóctonos en relación al derecho de punir del Estado, razonablemente se concluye que ese reconocimiento también se impone al Brasil.
- Declaración de ausencia del derecho de punir del Estado mantenida.
- Sin apelaciones.¹⁶¹

En la decisión anteriormente citada, es claro observar como en relación con el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, debidamente reconocido en Brasil, hay un juicio paradigmático en el sistema de justicia brasileño protagonizado por el Tribunal de Justicia del Estado de Roraima, toda vez, que el órgano judicial, declara en primera instancia la ausencia de *jus puniendi* estatal, por causa de que el autor del homicidio ya había sido juzgado por su propia comunidad indígena, justificado por lo previsto en el art. 57 de la

¹⁶¹ TJRR- ACr 0090.10.000302-0, Rel.Des.Mauro Campello, Câmara Única, julg.: 18/12/2015. Dje 17/02/2016.

Ley n. 6.001/73, que autoriza la aplicación de sanciones penales o disciplinarias en frente de sus miembros, ejecutadas penas crueles o infames y la pena de muerte.¹⁶²

También en el art. 9 del Convenio 169 de la OIT:

En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.¹⁶³

En el proceso, hubo recurso por parte del Ministerio Público, alegando la transgresión al monopolio de la acción penal pública incondicionada y violación al principio de incapacidad de la jurisdicción, solicitado en esa vía, reforma de la sentencia. En yuxtaposición, la Abogacía General de la Unión, enfatizando en la necesidad del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, requirió el mantenimiento de la sentencia. Por lo que al final el Tribunal citado, mantuvo la sentencia, en razón de que la punición estatal impuesta, por encima de la pena establecida por la comunidad, significa ofensa al principio del non bis in ídem.

4.3. Confluyendo y conectando propuestas

La Rama judicial en Colombia está Constituida funcionalmente por cuatro jurisdicciones: la Ordinaria, Contenciosa Administrativa, Constitucional, Disciplinaria y especiales. Dentro de las jurisdicciones especiales se encuentra la Jurisdicción especial indígena.¹⁶⁴ En ese sentido, se considera a la misma como administradora de justicia en el Estado colombiano.¹⁶⁵

¹⁶² Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. BRASIL. **Lei n. 6.001/73. Estatuto do Índio.** Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm>. Acceso en 09 de oct. de 2019.

¹⁶³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). **Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.** p. 28. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf>. Acceso en 09 de oct. de 2019.

¹⁶⁴ Véase también figura número 1. p. 43.

¹⁶⁵ Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia**, de 4 de julio de 1991. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acceso en 30

Del caso anterior se quieren destacar ciertas características. En primer lugar, la litis, se origina por un acto administrativo en sede de una entidad de carácter indígena, donde se toma una decisión que envuelve a una indígena ciudadana de Colombia, por ende el conflicto se inicia dentro de la jurisdicción especial indígena. La involucrada, al no estar de acuerdo con la resolución de dicha jurisdicción, acude a la jurisdicción Constitucional del Estado donde el asunto llega en tercera instancia al máximo Órgano de esta jurisdicción, el cual toma una decisión definitiva, no dejando en ningún momento de reconocer a la jurisdicción especial indígena, tal y como se vio anteriormente.

Por otro lado, en el referido caso del Estado brasileño no se puede dejar de reconocer que lo que ocurrió en la comunidad Manoá-Pium de la Reserva Raposa Sierra de la Luna de Roraima, en figuras como las del “Consejo”, donde se tomó una decisión previa, sin el involucramiento de la justicia común estatal, el derecho propio de las comunidades indígenas está aconteciendo y su derecho fue realmente considerado.

Tampoco, es posible desconocer la participación de entidades como FUNAI en el asunto y en esa vía desconocer también, la participación del Estado.

Obsérvese, que el actuar del juez de primera instancia y del Tribunal Superior como administradores de justicia y aún de las justicias indígenas en el Estado,¹⁶⁶ representan un hito en el ejercicio de las justicias indígenas en Brasil, y que sin duda, la decisión tomada es procedente en este modelo de justicia, de conformidad con el aparato estatal y jurídico brasileño. El punto en cuestión radica en que, este tipo de casos requieren dentro del sistema de justicia como un todo una formalización general, es decir, la realidad brasileña demanda hoy en día, una armonización entre el derecho estatal y el pluralismo jurídico predicado en la constitución. Se sugiere para tal cometido, no sólo la observación de otros modelos implementados en el continente, sino también, una previsión de instrumentos normativos que viabilicen esa comunicación entre las diversas fuentes,¹⁶⁷ también recomienda Wolkmer¹⁶⁸ en estos procesos, reformulaciones de la cultura política desde la democracia y la praxis social

de dic. 2019.

¹⁶⁶ Véase figura número 2. p. 53.

¹⁶⁷ MATIAS SILVEIRA, Brunna Grisella. Perspectivas do reconhecimento de uma jurisdição indígena no Brasil. In: **Direito das Minorias no Novo ciclo de resistências na América Latina**. Editora CVR. Curitiba, Brasil. 2017. p. 161.

¹⁶⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.). **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS; Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

generada desde varios espacios.

Si bien, el paso es grandemente significativo, se reconoce que en el Estado brasileño, no existe un reconocimiento total, sino apenas parcial, del ejercicio de las justicias indígenas paralelamente aconteciendo con el Estado, como ocurre en el caso de Colombia, toda vez que se observa que la figura del juez federal no conversa directamente con la figura de autoridades indígenas, sino que utiliza otras figuras para la ocurrencia de tal diálogo. Por tanto, no existió un diálogo entre autoridades y jurisdicción sin que se reconozcan derechos de igualdad y autonomía los cuales son de resguardo constitucional.

Se identifica a la jurisdicción especial indígena colombiana como un mecanismo de fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas, donde se permite, la fluencia de un diálogo y de coordinación entre las justicias indígenas y la justicia común estatal, pudiendo significar autonomía e igualdad entre ambas justicias. Tal mecanismo, se reconoce inexistente en el sistema brasileño, fenómeno que puede ser identificado como un reconocimiento de autonomía e igualdad apenas parcial de las justicias indígenas en el Estado.

Ahora, la propuesta está encaminada a construir puentes que conecten el estudio de los sistemas analizados en los capítulos anteriores con las reflexiones epistémicas, escenarios y deliberaciones que se plantean a continuación. En ese sentido, debe comprenderse que es a partir del estudio de las institucionalidades que rigen hoy en día a los pueblos indígenas, de donde se pueden generar comprensiones que reconozcan la existencia de múltiples caminos, que albergan muchas voces y formas de interrelación social, política y cultural, que quizá difieren de su mera interpretación jurídica, por ser esta insuficiente para el contexto que cobija a los pueblos indígenas.

Frente a lo anterior, habrá que proponer ciertas premisas que cumplan con el objetivo de este tópico y generen conexiones que permitan transitar entre el universo formal de las leyes instituidas por los Estados involucrados y la organización social propia de los pueblos indígenas concomitantemente.

La primera conexión que se quiere proponer esta basada en la idea de que una de las características más sobresalientes de la propuesta indígena es su carácter dialógico,¹⁶⁹ lo que significa que:

¹⁶⁹ CARRILLO GONZALEZ, Diana Maria. Jurisdicción Especial Indígena: **¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?** Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C.. 2013. p. 210. Disponible en: <<http://bdigital.unal.edu.co/40047/1/6699796.2014.pdf>>. Acceso en: 14 de dic. de 2019.

A pesar de los siglos de colonización, exterminio, exclusión, integracionismo y, ahora, multiculturalismo, los pueblos indígenas siguen «caminando la palabra», esperando que su marcha convoque varias voces. Así, su resistencia no es sinónimo de secesión y confrontación, sino de pervivencia, resistencia y articulación desde el respeto, el reconocimiento y, por supuesto, la autodeterminación.¹⁷⁰

Así, se observa que el discurso indígena no es separatista, sino más bien, abierto al diálogo y facilitador de diversas formas de participación en el Estado. Al contrario de la esfera normativa estatal que generalmente se muestra restrictiva frente a las dinámicas de relacionamiento entre las justicias indígenas versus Estado.

El hecho anterior, inevitablemente recuerda un fenómeno persistente tanto por su constancia en el tiempo como por la variedad de formas en cómo se manifiesta, se trata del colonialismo.

Al reconocer la existencia de un derecho ordinario nacional y basado teóricamente en la igualdad, como el que compone a los sistemas de justicia indígena colombiano y brasileño, fácilmente puede crearse la ilusión de que el colonialismo ya no existe y que este derecho ordinario ha vencido sus barreras, que ahora el colonialismo es solo materia para los historiadores. No obstante, al observarse cuidadosamente la forma en que los indígenas como individuos se relacionan con la sociedad mestiza y el Estado, se observará exclusión, discriminación, racismo, y esas, son formas de colonialismo manifestándose activamente en las sociedades.

El puente a considerar, para la interlocución en estos contextos, será el reconocimiento de que los sistemas de justicia indígena en América Latina fueron construidos sobre la base del modelo colonial y eurocéntrico. Así que, mientras la opresión de clase, todavía forme parte del canon de ideas hegemónico en las izquierdas, la dominación étnica o racial aún no ha sido asimilada como uno de los ejes de análisis necesarios para entender las sociedades latinoamericanas, cuyo fundamento es hasta hoy día profundamente colonial.¹⁷¹

¹⁷⁰ CARRILLO GONZALEZ, Diana Maria. Jurisdicción Especial Indígena: **¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?** Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C.. 2013. p. 210. Disponible en: <<http://bdigital.unal.edu.co/40047/1/6699796.2014.pdf>>. Acceso en: 14 de dic. de 2019.

¹⁷¹ LANG, Miriam. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. p. 191. Disponible en: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>>. Acceso en 15 de dici. de 2019.

Este factor resulta eminentemente peligroso para el ejercicio de las justicias indígenas, y requiere perspectivas de observación nuevas. Para Boaventura de Sousa Santos, el proceso occidental de legitimación de un derecho único impone límites que tienden a invisibilizar o eliminar cualquier alternativa distinta a la hegemónica, que se encuentre del otro lado:

En cada uno de los dos grandes dominios –ciencia y derecho– las divisiones llevadas a cabo por las líneas globales son abismales hasta el extremo de que efectivamente eliminan cualquier realidad que esté al otro lado de la línea. Esta negación radical de la co-presencia fundamenta la afirmación de la diferencia radical que, en este lado de la línea, separa lo verdadero y lo falso, lo legal y lo ilegal. El otro lado de la línea comprende una vasta cantidad de experiencias desechadas, hechas invisibles tanto en las agencias como en los agentes, y sin una localización territorial fija realmente, como he sugerido, hubo originariamente una localización territorial e históricamente, está coincidió con un específico territorio social: la zona colonial.¹⁷²

Las características que son propias del colonialismo presente en los sistemas de justicias, sin duda constituyen un obstáculo que impide el ejercicio de una interrelación horizontal entre la justicia indígena y justicia ordinaria. Una de ellas es el racismo que no afecta únicamente a nivel individual a los indígenas que se ven inmiscuidos dentro del sistema de justicia ordinaria, sino que también tiene consecuencias para los indígenas como grupo. El racismo a nivel macro se vuelve un obstáculo que impide una coordinación y cooperación horizontal y dialógica entre justicia indígena y justicia ordinaria.¹⁷³ De manera que, es importante reconocer que la cultura latinoamericana fue construida sobre la base del colonialismo, en esa dirección, en sus sistemas están presentes fuertes raíces de racismo.

En ese racismo se dejó de considerar la presencia de los pueblos indígenas, se les suprimió e invisibilizó. Ese racismo supone al indio inferior y por ende considera a su justicia como inferior.¹⁷⁴

¹⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. In: CAICEDO, Danilo; PORRAS, Angélica. **Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad**. Ministerio de Justicia, Derecho Humanos y cultos. Quito, Ecuador. 2010. p. 37. Disponible en: <<http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1563136/5.-Igualdad+y+no+discriminaci%C3%B3n.pdf/93f766ea-3e92-4a85-ac52-d38966a690c3>>. Acceso en 15 de dic. de 2019.

¹⁷³ ENCALADA, Karla. Racismo en la justicia ordinaria. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. p. 191. Disponible en: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>>. Acceso en 15 de dici. de 2019.

¹⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín. **Justicia indígena,**

Como se indicó arriba, estos hechos, pueden ser considerados consecuencias directas del modelo colonial y eurocéntrico implantado en los sistemas de justicia indígena de Colombia y Brasil y que influyen directamente, en la aplicación, coordinación y cooperación entre justicia ordinaria y justicia indígena. Véase entonces, que cuando se trata de afrontar pugnas entre ambos sistemas de justicia o “situaciones de justicia indígena” versus común¹⁷⁵ la constante, es seguir los procesos por la vía de la justicia ordinaria.

Situación que genera ciertas incomodidades y dudas con respecto a la esfera de derechos propios, ganados por los pueblos indígenas de ambos países. A partir de estas descripciones, resulta fácil observar cómo a pesar de los avances alcanzados en los últimos años, en el derecho indigenista, aún sea dificultoso pensar a la justicia indígena como de igual jerarquía que la ordinaria o que sea capaz de generar su propio proceso judicial sin el respaldo de ésta.

De ahí que el colonialismo como componente de la administración de justicia impide que aún los mismos funcionarios de justicia traten de entender a fondo los procedimientos de la justicia indígena.

Lo dicho hasta aquí supone que, resulta emergente pensar en las formas de cómo superar los obstáculos existentes que impiden una eficiente coordinación y cooperación entre las justicias indígenas y la justicia común de los Estados. Esto, ya no solo desde una perspectiva sobre la lucha por la promulgación de legislación en favor de la justicia indígena, sino hacia la búsqueda de la comprensión del contexto histórico, político y social de los administradores de justicia. Lo importante es visibilizar en qué medida la interpretación y aplicación de las leyes es propia y apropiada en el ejercicio de las justicias indígenas y en el contexto de sociedades eminentemente jerarquizadas.

Lo que se propone entonces, es de generar un reconocimiento no sólo adecuado e inclusivo, sino que también busque atacar las asimetrías y logre promover relaciones equitativas. Por lo tanto, no es posible llegar a un estado de interculturalidad si se continúa desconsiderando la persistencia del racismo como característica del colonialismo y como

plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. p. 191. Disponible en: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>. Acceso en 15 de dici. de 2019.

¹⁷⁵ Se propone el término de “situaciones de justicia indígena”, solo bajo el entendido de que Brasil no contempla otro sistema especializado de justicia indígena, como en el caso de Colombia.

mecanismo histórico- estructural de dominación.¹⁷⁶

4.4 La posibilidad de nuevas reflexiones epistémicas coadyuvando en el ejercicio de las justicias indígenas

Para el abordaje de este pasaje del trabajo, es importante resaltar el punto de conexión que se planteó en el tópico inmediatamente anterior, recordando que lo que conocemos hoy como derecho y/o civilización social en Latinoamérica, es herencia de la historia que nos antecede. La llegada de extranjeros colonizadores a tierras suramericanas marcó sin duda en el continente un proceso de conquista y colonización que posteriormente fue reproducido por los nuevos Estados de América Latina. Derechos como el de la nacionalidad, para citar un ejemplo, fueron construidos sobre la base de violencia y sangre. La nacionalidad fue construida a partir de un imaginario y de una ficticia unidad. La idea fue sentir pertenencia a un Estado soberano.¹⁷⁷

Tal ganancia de derecho, en América latina, no fue fácil y tomó tiempo. Sin embargo esa nacionalidad se hizo a costa de desconocer la diversidad y, en muchos casos, hasta desaparecerla. En otras palabras, se construyó una cultura nacional a la medida de quienes gobernaban el Estado, a costa de desconocer otras culturas.¹⁷⁸

La implementación de un sistema jurídico estatal, también, fue uno de los mecanismos, de ese desconocimiento. Pero ¿Qué exactamente se desconoció? Ahora se sabe que existen decenas de culturas distintas en los países andinos y latinoamericanos, cada uno con su idioma y sus formas de entender el mundo. ¿Cuánto se perdió y cuánto se resistió? No se sabe exactamente todo lo que se perdió ni cuántas lenguas se dejaron de hablar. Lo que sí se sabe es lo que se ha resistido.¹⁷⁹

Lo dicho hasta aquí supone que en esa continuidad de resistir, cabe la posibilidad de descubrir y proponer nuevas formas de hacerlo, con potencialidad de

¹⁷⁶ WALSH, Catherine. Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. In: SALGADO, Judith. **Justicia indígena: aportes para el debate**. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. 2002. p. 25.

¹⁷⁷ BENEDICT, Anderson. **Imagined Communities**. Nueva York: Verso. 1991. p. 81.

¹⁷⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino. In: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. **El neoconstitucionalismo andino**. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. 2016. p. 27.

¹⁷⁹ *Idem*. P. 27-28.

emancipar y construir nuevas perspectivas que coadyuven al ejercicio de las justicias indígenas y que visibilicen la emergencia de saberes y de voces que no han sido conocidas ni tampoco escuchadas.¹⁸⁰ Y en ese camino, encontrar nuevas formas de convivencia, que esta vez no desconozcan las diferencias.

Este reto implica, si se ve desde lo científico, desarrollar metodologías que han desarrollado las ciencias sociales, como la antropología o la sociología, para aprender desde el saber occidental; o tal vez, simplemente aprender a escuchar y mirar libre de ataduras científicas al otro, siempre que exista una apertura cultural hacia lo que ha sido considerado marginal y subordinado.

4.4.1 El *¿Por qué?* y el *¿Para qué?*

La icónica frase de “quien no conoce su historia está condenado a repetirla”, atribuida a tantos autores, se encuadra en cierta medida en este fragmento del trabajo en el sentido en el cual, el presente jurídico, social y político del Estado colombiano como del brasileño, requieren al parecer de manera emergente, nuevas visiones que permitan la comprensión propositiva y regulatoria de sus comportamientos.

Como evidencia se tiene que los Estados Latinoamericanos han sufrido un proceso de transculturalidad, esto es, no como sinónimo de vaciamiento cultural o de “aculturalidad”, sino más bien, como sinónimo de renuncia de su propia identidad con el fin de integrarse estratégicamente a la cultura dominante.¹⁸¹ Lo estratégico significa entonces una que esta renuncia no ocurre en términos pacíficos ni sinceros, sino por una conveniencia social impuesta por el orden social y su jerarquía, pero sin que signifique un alejamiento real de su identidad indígena.¹⁸² Entonces, integrarse puede ser sinónimo de desaparecer, toda vez que en esa integración, se imponen situaciones ajenas a la realidad que desdibujan su bienestar e identidad propia.

¹⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen derechos: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín. **Cuando los excluidos tienen derechos: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad.** Editora Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador. Abya-Yala. Quito. 2012. p. 16.

¹⁸¹ ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. Disputas de poder y justicia: San Lucas (Saraguro). In: n: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador.** 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. p. 376. Disponible en: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>>. Acceso en 15 de dici. de 2019.

¹⁸² ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. *Loc. cit.*

Lo triste es que como consecuencia de lo anterior, inclusive en el siglo presente, los pueblos indígenas aún, continúan siendo objetos de ese tipo de vejámenes. Se dice que, tras siglos de exclusión y dominación; indígenas, afrolatinos y afrocaribeños presentan los peores indicadores económicos y sociales y tienen escaso reconocimiento cultural y acceso a instancias decisorias. Siendo estas poblaciones consideradas como las que más sufren xenofobia, debido a su alta discriminación étnica y racial en la región latinoamericana.¹⁸³

Lo que indica que, en estos procesos, los pueblos indígenas continúan siendo invisibilizados y su particularidad devengante de lo propio conjuntamente con sus especificidades, tienden inminentemente a menguar o simplemente desaparecer.

Es por eso que desde la academia, se quieren proponer, no solamente diálogos que aperturen nuevas formas de comprensión de las realidades de los pueblos indígenas, sino que también, se proponen a partir de esos diálogos, fórmulas de resistencia y avance de la aplicación para lo propio y apropiado¹⁸⁴ de los pueblos indígenas en concomitancia de los sistemas de justicia ya existentes.

El reclamo proveniente de los pueblos indígenas es persistente, y en esa persistencia, se procuran propuestas que constituyan un medio para oponerse al orden normativo que no reconoce la diversidad.

Por este motivo, la reivindicación o profundización en el estudio de sistemas de justicia indígena desde la academia, aparece como un desafío y como una posibilidad para “*re-configurar y re-proponer*” la arena de relación entre los pueblos y el Estado que ya existe y que tiene como base una amplia plataforma de demandas sustentadas en la constitución, la ley, ratificación de tratados, políticas públicas, jurisprudencia, medidas judiciales, medidas administrativas, existencia de instituciones, ejecución de programas y resultados, etc.

Y aunque la razón de este reclamo es muy antigua, la reivindicación es relativamente nueva. Ésta, puede ser encuadrada en el momento en el que las plataformas de lucha de los movimientos étnicos raciales comenzaron a ser mayormente visibilizados ubicándose por la década de 1980 hacia delante.¹⁸⁵

¹⁸³ HOPENHAYN, Martín; BELLO, Álvaro. **Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe**. División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y Caribe. Chile. 2001. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5987/1/S01050412_es.pdf>. Acceso en: 20 de sept. de 2019. p. 5.

¹⁸⁴ Sobre esta esa expresión de lo “propio y lo apropiado”, se desarrollará un tópico especial en este capítulo, donde se propone un entender andino coadyuvante del ejercicio de las justicias indígenas.

¹⁸⁵ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al

La realidad es que poco se sabe de las formas de administración de justicia no estatales, -o por lo menos no tanto como se debería- y lo que se sabe está marcado por el estigma, el drama y la demonización de lo indígena. O sea, la aproximación a las otras normas jurídicas no estatales, está perjudicada por el racismo que todavía sigue latente en la sociedad.

186

Por otra parte, la justicia estatal ha dado muestras de una sistemática recubierta de funcionalidad. Esta, tiene todos los defectos para ser considerada una administración de justicia aceptable: es cara, lenta, inaccesible, incomprensible, injusta.¹⁸⁷ Por tal motivo, urge la transformación del paradigma dominante.

En los países donde es ejercida la justicia indígena, existen evidencias que permiten de algún modo caracterizarla de manera positiva; la oralidad y comprensión del conflicto con la autoridad que lo resuelve, la inmediatez, la solución reparadora y creativa¹⁸⁸, son algunas de ellas.

Ahora, al revisar el constitucionalismo de América Latina, se observa que las Constituciones del siglo XIX todas son muy parecidas y no cambian sustancialmente.¹⁸⁹ Esto con el fin de mencionar, que para autores como Ávila Santamaría, no puede haber constituciones en el mundo moderno que no tengan un contenido utópico. Y en ese camino, con brechas entre lo que se quisiera conseguir con los derechos y lo que pasa en la realidad.

190

De eso se trata tal utopía, por la que hay que luchar y vivir. En este punto, preguntas como el ¿Por qué? y el ¿Para qué? cobran sentido. En la utopía, se critica pero también, se transforma y emancipa. Esta, representa el esfuerzo por reintroducir la imaginación transformadora en una realidad reacia al cambio. El discurso utópico ataca, así lo pretende, los procedimientos de reproducción del “*statu quo*”.¹⁹¹ Frente a transformación, la

neoconstitucionalismo andino. In: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. **El neoconstitucionalismo andino. Universidad Andina Simón Bolívar.** Quito, Ecuador. 2016. p.25.

¹⁸⁶ *Idem.* p. 31.

¹⁸⁷ PÁSARA, Luís. **El funcionamiento de la justicia del Estado.** Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2011. p. 32.

¹⁸⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino. In: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. **El neoconstitucionalismo andino. Universidad Andina Simón Bolívar.** Quito, Ecuador. 2016. p.31-32.

¹⁸⁹ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. **En defensa del neoconstitucionalismo transformador andino. Ecuador.** 2016. p. 21. Disponible en: <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>>. Acceso en 23 de sep. de 2019.

¹⁹⁰ *Idem.* p. 22.

¹⁹¹ CERUTTI GULDBERG, Horácio. La latinidad: ¿discurso utópico o discurso mítico? In: ROIG, Arturo

función emancipadora pretende un futuro en el que no exista dominación ni exclusión.

En palabras de Arturo Roig, la utopía de la que se resume todo el pensamiento utópico en general, la liberación del ser humano respecto de sus diversas formas de alienación, el nacimiento del “ser nuevo”, que cada época emergente exige, se irá expresando con los andamiajes propios de cada cultura, de cada grupo humano, de cada tiempo.¹⁹²

De ahí, que los derechos expresan su significado en los sistemas jurídicos en los que se los establece, pues estos, son una herramienta en contra del poder al que se está sometido, en términos de Ferrajoli, al poder que están sometidos los más débiles. Desde la lógica del poder, los derechos subvierten el *status quo* y se convierten en un arma para eliminar privilegios fundados en inequitativas relaciones de poder.¹⁹³

Por tal razón, los derechos que sustentan las constituciones, la doctrina neo constitucional y que ya existen en los Estados de América latina, no solo son falsas promesas a cumplir, muy por el contrario, se constituyen en instrumentos de lucha para los mundos en los que se desea vivir.

Por otro lado, no sobra señalar que, es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él. Pero que el derecho como las garantías jurídicas no son suficientes. Estas, son nutridas de las luchas y de los movimientos sociales. También los grandes cambios se nutren y requieren “esfuerzos audaces y mentes abiertas”.¹⁹⁴

Esfuerzos audaces y mentes abiertas, son factores realmente necesarios para el reconocimiento de las diferencias, y en esa vía, de la apertura a nuevos o por lo menos, “otras” visiones y perspectivas colaboradoras en el ejercicio de las justicias indígenas.

Como se verá más adelante, el carácter dialógico de los pueblos indígenas, es facilitador para el proceso de proposición y enriquecimiento de nuevas reflexiones en el ejercicio de las justicias indígenas, toda vez que éste considere intercambios simétricos y respete los modos y temporalidades adecuadas a cada caso en específico. Precisamente ese, es el desafío de los Estados en el siglo XXI: pensar y proponer relaciones entre Estado y pueblos

Andrés. **El discurso utópico y sus formas en la historia intelectual ecuatoriana**. Banco Central del Ecuador y Corporación editora Nacional. 1987. p. 23.

¹⁹² *Idem*. 48.

¹⁹³ MELO, Mario. Los derechos de la naturaleza en la nueva constitución ecuatoriana. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora**. Abya Yala. Quito, Ecuador. 2009. p. 53.

¹⁹⁴ ACOSTA, Alberto. Los grandes cambios requieren esfuerzos audaces. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora**. Abya Yala. Quito, Ecuador. 2009. p. 15.

indígenas donde se consideren las especificidades y donde se demuestren diálogos francos, efectivos y enriquecedores.

4.4.2 Las justicias indígenas a partir de lo propio y lo apropiado

El reconocimiento jurídico de lo que es perteneciente a los pueblos indígenas, propone obligaciones poco comprendidas y asumidas y muchos retos. En este apartado del trabajo, se plantea la cuestión de lo que es, o debería ser, propio y apropiado de los pueblos indígenas en relación con el derecho internacional indígena, siendo aplicado en los contextos locales así como también, como propuesta convergente de diálogos que coadyuvan en el ejercicio de los sistemas de justicia indígena.

Para comenzar, resulta relevante recordar que el proceso de construcción de Estados cuyo signo distintivo sea el respeto a la diversidad y de lo propio y apropiado, resulta una tarea desafiante.¹⁹⁵ Más aún, cuando en la búsqueda de tal reconocimiento, se plantea la necesidad de articular los modos de administrar justicia de los pueblos indígenas, con la justicia oficial, lo que no debe ser considerado como fragmentación o separación del Estado, pero sí, respeto de su sistema de creencias, pautas y cosmovisión del mundo.

Como se mencionó en otros apartes de este trabajo,¹⁹⁶ resulta dificultoso, reconocer un conjunto de características específicas de los pueblos indígenas, sin involucrar el reconocimiento de un sistema de justicia propio y más aún, que sea apropiado para esta población característica. Reconocer lo uno, es admitir que existen otros modos de administrar justicia que difieren de la administración de justicia del Estado en el que se habita.

Ahora, llegados a este punto, puede resultar pretencioso tratar de acuñar los términos de “lo propio” y “lo apropiado” para sistemas de justicias, de países con riquezas culturales tan vastas y diversas como las de Brasil y Colombia. Sin embargo, no abrir la discusión de lo que podrían llegar a significar estos términos para los pueblos indígenas de ambos países suramericanos, podría llegar a ser un tanto irreflexivo considerando el contexto

¹⁹⁵ Realizar generalizaciones de este tipo en América Latina conduce necesariamente a provocar algunas distorsiones. Esto, debido a que en algunos países del continente, los movimientos indígenas se han posicionado ventajosamente y han accedido al poder en el Estado, destacándose el Estado Boliviano, por ejemplo. Así como también, se reconoce que en algunos de estos, los pueblos indígenas, todavía, no se han posicionado como interlocutores políticos del Estado.

¹⁹⁶ Véase, tópico 3.4 del tercer capítulo de este trabajo.

general aquí propuesto.

Ahora bien, para el derecho internacional el factor de conciencia indígena, cobra relevancia, especialmente en el escenario de la autodeterminación y la administración de justicia principalmente cuando se quiere hablar de las particularidades y especificidades de los pueblos indígenas. Es así que, el Convenio 169 de la OIT,¹⁹⁷ en su artículo 1° inciso 2, estableció que la conciencia de la identidad indígena o tribal, es criterio fundamental para la aplicación de las disposiciones indigenistas del mismo.

Así pues, este reconocimiento del derecho propio de los pueblos indígenas, halla su génesis a partir de disposiciones de carácter internacional.

En el Convenio y sus considerandos, los indígenas con conciencia de su identidad¹⁹⁸ pueden aspirar a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico así como de mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

Para conseguir este propósito, el artículo 7° del instrumento jurídico mencionado, dispone que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, toda vez que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.¹⁹⁹

Ahora, para autores como Ariza Santamaría, el concepto del reconocimiento de un sistema jurídico de justicia indígena, realmente acuña, a la existencia misma de este sistema²⁰⁰, es decir, lo que en realidad se reconoce no es la potestad de impartir justicia, sino la existencia de los sistemas jurídicos propios y específicos de los pueblos indígenas y la potestad que ellos mismos les confieren a algunas personas de su comunidad para impartir justicia.²⁰¹

Dicho lo anterior, se aduce de manera relativa que los pueblos indígenas poseen la capacidad de auto determinarse a través de filosofías jurídicas propias, órdenes privativos

¹⁹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). **Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales**. p. 19. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf>. Acceso en 24 de set. de 2019.

¹⁹⁸ *Idem*. p. 19.

¹⁹⁹ *Idem*. p. 28.

²⁰⁰ ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. **Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2010. p. 94. Disponible en: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=fe52ffee-62d2-b65f-0952-20d52f23e4dd&groupId=271408>. Acceso en 24 de sep. de 2019.

²⁰¹ ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. Loc. cit

propios, instituciones y jueces propios y apropiados, competentes, independientes y autónomos en sus procedimientos y decisiones. Esto en el caso del reconocimiento de una jurisdicción propia y especializada, pues de esta manera, lo que se acepta es la existencia real y jurídica de una autonomía diferenciada de un sistema jurídico propio de los pueblos indígenas respecto de un sistema jurídico nacional que lo reconozca, con base en sus características propias.

Se dice también, que un sistema que reconozca tales características propias, es un sistema que reconoce su cultura, su trayectoria histórica, su formación jurídica y política; y claro, su sentido de espiritualidad, resistencia, justicia y autonomía propia.²⁰²

Entonces, este término de lo propio y lo apropiado en el marco de aplicación de las justicias indígenas, encuentra su fundamento en la necesidad misma de los pueblos indígenas para que su derecho no sea vulnerado y más aún, sea reconocido.

Su trayectoria por el pasaje normativo internacional se ve ampliamente reflejado por el Tratado 169 de la OIT, el cual fue debidamente ratificado por el Estado Colombiano y brasileño en los años de 1991 y 2001 respectivamente.²⁰³

Al respecto del reconocimiento de las características propias, como nota complementaria Sánchez Botero, aclara:

El concepto de autonomía, en el marco de un Estado-Nación, no significa “independencia”, “soberanía”, “ni entidad aislada”. Es el reconocimiento a la diferencia respecto a la ocupación de un territorio regido por principios especiales. [...] El concepto de autonomía se extiende a la posibilidad de realizar la diferencia en valores, en visiones de mundo, en formas propias para definir y alcanzar horizontes de bienestar para regularse y autogobernarse con igualdad de reconocimiento y estatus que otras sociedades.²⁰⁴

De esta manera, el derecho indígena propio y apropiado, no solo responde a un concepto jurídico que enmarca disposiciones y procedimientos, creados a partir de unos usos y costumbres específicos usados por los pueblos indígenas para regular sus asuntos internos, como sistema de control social. El concepto va más allá. Lo propio y apropiado, según lo referenciado extiende posibilidades para que los pueblos indígenas determinen sus valores,

²⁰² ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. **Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.** 2010. p. 95. Disponible en: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=fe52ffee-62d2-b65f-0952-20d52f23e4dd&groupId=271408>. Acceso en 24 de sep. de 2019.

²⁰³ En el ordenamiento jurídico colombiano este instrumento fue aprobado mediante la Ley 21 de 1991, en el año 1991. El Estado brasileño, viene a adoptar el Convenio en el año 2004, siendo uno de los últimos países de América en ratificarlo. Este es ratificado a través del Decreto 5.051/2004.

²⁰⁴ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia.* Segunda Edición. Universidad Nacional de Colombia-Unidad de Investigación Jurídico-Sociales y Políticas “Gerardo Molina” (UNIJUS). Bogotá. 2004. p. 29.

ahí sí, a partir de sus especificidades propias, donde se proporcionen estándares de bienestar desde sus cosmovisiones, que estas no se encuentren por fuera del límite de sus derechos y que al mismo tiempo, su derecho de autorregulación y autodeterminación les permita desenvolverse en igualdad de derechos con las otras sociedades.

Esta amplitud conceptual, acompaña la línea de pensamiento de Rodríguez, en el material titulado “Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas: (...)”, por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, quién referencia que el Derecho propio o el Derecho indígena no solo debe limitarse a referencias de tipo contencioso (solución de conflictos, aplicación de penas por violación de las reglas), sino que también debe incluir, regulaciones al manejo territorial (uso y acceso), civil, y por supuesto no debe dejar de lado, los asuntos espirituales, los cuales, en muchos de los casos difícilmente son susceptibles de separar de sus prácticas cotidianas.²⁰⁵

Quizá en la práctica de la función pública estatal sobre esta temática existe un problema, éste consiste en definir la relación entre sociedad y cultura que permita desarrollar los procesos, que ocurren cuando dos grupos con cultura diferente e identidades contrastivas, están vinculados por relaciones asimétricas de dominación y subordinación.²⁰⁶

Entonces, en primer lugar, sobre la línea de pensamiento de lo propio, se debe decir que sin una cultura propia no existe una determinada sociedad que pueda ser identificada como una unidad diferenciada de las otras, que es, si no en todas, en la gran mayoría, la realidad de los pueblos indígenas, quienes poseen características diferenciadas culturalmente que demuestran la continuidad histórica de sus realidades. Los pueblos indígenas poseen, lo que en el entender de Bonfil Batalla es: “un núcleo de cultura propia, en torno al cual se garantiza y se reinterpreta el universo de la cultura ajena impuesta o enajenada”.²⁰⁷

En ese orden de ideas y en el marco de lo étnico, la cultura autónoma y propia desempeña un papel de importancia preponderante porque sin ella ni siquiera sería posible el proceso de apropiación. Dicho en otras palabras, la cultura propia y autónoma es el factor fundamento, el reducto, el germen del asunto, cuando se quiere visibilizar un derecho propio.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ, Javier. Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas: Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R, 2006. p. 28. Disponible en: <<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2014/acceso-a-la-justicia-completo-2006.pdf>>. Acceso en 06 de mayo de 2019.

²⁰⁶ BONFIL BATALLA, Guillermo. **Lo propio y lo ajeno. Una aproximación al problema del control cultural. Pensar Nuestra Cultura.** Editorial Patria, S. A. de C. V. México, 1991. p. 1. Disponible en: <<http://www.mty.itesm.mx/dhcs/deptos/ri/ri-802/lecturas/lecvmx022.html>>. Acceso en 10 de jun. de 2019.

²⁰⁷ *Idem.* p. 4.

Además de que es en la diferencia, donde la cultura propia encuentra cabida, en sus componentes específicos y rasgos culturales propios, pero fundamentalmente en su organización, en esa matriz cultural que les da sentido y que es exclusiva de cada cultura sobre la cual se funda la identidad social propia y contrastante.²⁰⁸

La cultura propia será identificada en el ámbito de la iniciativa como esa capacidad de respuesta autónoma que tienen los pueblos indígenas y con la que han reaccionado como respuesta ante la agresión y dominación de la cual han sido víctima, pero también como respuesta a esa esperanza con la que se han levantado en las sociedad para demostrar que son poseedores de algo propio que empieza por su cultura.

De lo que se trata, en palabras de Santos, es de recurrir a una forma de conocimientos que no reduzca la realidad a aquello que existe. Realismo que incluya realidades suprimidas, silenciadas o marginalizadas, tanto como realidades emergentes o imaginadas.²⁰⁹

Dicho lo anterior, habrá que suscitar el tema del derecho internacional, que por una parte, ya estableció una serie de derechos para los pueblos indígenas en América Latina, pero que por otra, no garantizo la aplicación de los mismos, en los contextos estatales locales. Es así que se dice, que a pesar de la existencia de esos derechos, su práctica no es garantizada.

Es la carencia de procedimientos y mecanismos para la afirmación y goce de esos derechos, lo que precisamente evoca esta discusión. Entonces, reconocida la diversidad de culturas y establecida la necesidad de relaciones horizontales entre las culturas, el siguiente paso es, aplicar ese reconocimiento en los Estados soberanos.

Sousa Santos, propone una metodología de diálogo denominada, hermenéutica diatrópica, por la que propone una forma de conocimiento y enriquecimiento entre dos culturas. Ese encuentro de culturas debe ser “mirándose a la cara” y no un “estamos juntos pero de espaldas”, debe ser un auténtico diálogo entre culturas. Una interlocución entre pares.²¹⁰

El reconocimiento, atañe inclusión, y esa no es una propuesta simple y pacífica. Esta, implica profundas transformaciones en todo orden, tanto individual privado como

²⁰⁸ BONFIL BATALLA, Guillermo. loc. cit.

²⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social.** Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). 2003. p. 282.

²¹⁰ MACAS, Luís. Construyendo desde la historia: resistencia del movimiento indígena en el Ecuador. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **Plurinacionalidad: democracia en la diversidad.** Quito, Ecuador: Abya-Yala. 2009. p. 93.

político estatal.²¹¹ Lo que es claro, es que, esa gestión, requiere transformar todos esos espacios, discursos e instituciones que actualmente promueven una cultura hegemónica, una realidad, un modelo de vida. Pero, la transformación de esos espacios, no puede ser de nuevo, impuesta desde arriba, sino que debe ser un proceso dinámico y proyecto de creación y construcción desde la gente, que reconoce y enfrenta los legados coloniales aún vivos e incita al diálogo entre lógicas, racionalidades, saberes, seres, formas de vivir y mundos que tienen derecho a ser distintos.²¹²

Mirar a partir de lo propio y lo apropiado, es un imperativo internacional, toda vez que Estados como Colombia y Brasil han adoptado tales disposiciones en sus ordenamientos jurídicos, en ese sentido, están obligados a mirar y a aprender de otras formas de administrar justicia y más aún, cuando forman parte de la esencia del Estado como un todo.

4.4.3 Una reflexión epistémica sobre indignación en el contexto de los derechos indígenas

En la visión esencial de este capítulo, se plantea la posibilidad de reflexionar a través de visiones diferentes, las formas de interpretar y entender a las justicias indígenas. En consecuencia, este apartado, propone una lectura alternativa que permite verificar que la ingeniería constitucional latinoamericana, no es absoluta. Al mismo tiempo revela que el constitucionalismo de nuestro continente, posee diversas voces y formas de integración social, cultural y política que hacen parte del constante venir y devenir de nuestras sociedades. Pero más allá de eso, este tópico en especial, presenta una reflexión epistémica que proviene de indignación como sentimiento sociopolítico. Observemos.²¹³

En el artículo, *Direito das minorias: um conhecimento construído entre a*

²¹¹ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. La interculturalidad y el derecho: ¿Debe aprender el derecho estatal de la justicia indígena? In: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. **El neoconstitucionalismo andino**. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2016. p. 168.

²¹² WALSH, Catherine. **Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas (de) coloniales de nuestra época**. p. 55. Disponible: <https://reflexionesdecoloniales.files.wordpress.com/2012/08/catherine-walsh_interculturalidad-estado-sociedad-luchas-de-coloniales-de-nuestra-c3a9poca.pdf>. Acceso en: 24 de sept. de 2019.

²¹³ Soy consciente que hablar en primera persona es ajeno a las formalidades de la academia, pero sentí cierta inquietación por las algunas de las cuadrículas que el narrador omnipresente de la modernidad nos ha tatuado y que considero inapropiadas cuando me siento parte de la indignación en el contexto de la reflexión epistémica que se presentó en este trabajo.. Siento que hacerlo de otra forma, sería negar mi mismidad, pues, pretendo desde mi limitada conciencia, aportar zumbidos en la quiebra de las lógicas discriminatorias de nuestras institucionalidades, así como también, expresar de manera visceral como el derecho y las políticas parecen permanecer aún distantes de las realidades indígenas de nuestros pueblos. Deseo sinceramente que a partir de este trabajo de disertación como un todo, podamos iniciar desde la academia otro tipo de diálogos como el aquí planteado.

indignação política e a indignação epistémica,²¹⁴ Freitas Coelho de., manifiesta que el sentimiento sociopolítico de indignación como sentimiento movilizador de las sociedades,²¹⁵ además de estar presente en los ambientes públicos de las luchas políticas, también se manifiesta, con sus mismas características en la universidad, en la academia. Al respecto dice:

Além de se manifestar no ambiente público de lutas políticas, a indignação também é encontrada na universidade, na esfera dos sujeitos que produzem conhecimentos em suas atividades acadêmicas sobre o direito de grupos com cidadanias mais fragilizadas, ou minoritários, dos quais se reconhece o lugar de fragilidade socioeconômica, subalternidade histórica e sub-representação política, inseridas em vulnerabilidades propícias às muitas modalidades de violências, inclusive epistêmicas, as quais nem sempre são observadas pelas epistemologias dominantes, positivistas ou neopositivistas, ainda atuantes nas ciências jurídicas, ou mesmo em outras ciências afins.²¹⁶

En esa línea de pensamiento, la autora reflexiona al respecto del lugar en el que se encuentran los sujetos indignados con relación a las injusticias sociales, la negación de los derechos, las discriminaciones, las diferentes formas de opresión de seres humanos y como, tanto la ciencia jurídica positivista como la neopositivista parecen no ser suficientes para reflexionar sobre la clasificación y la protección de los derechos de las personas con ciudadanías fragilizadas.²¹⁷

Ahora bien, es claro que en el contexto anteriormente señalado, en el continente latinoamericano, existe una latente emergencia surgida a partir de la indignación sobre la situación actual de los pueblos indígenas. Ésta, se debe a diversos factores y se presenta de distintas maneras según los países de que se trate.

Específicamente en este trabajo, se corrobora que existe desde la academia una inevitable indignación, proveniente de la complejización de la relación entre el sistema de justicia Estatal frente al reconocimiento o no de un sistema jurídico propio de los pueblos

²¹⁴ En el artículo anteriormente mencionado, la autora, desenvuelve su reflexión epistémica considerando algunos trabajos publicados frente a la temática. Entre los más destacados se encuentran el del autor Boaventura de Sousa Santos, el cual desarrolla el concepto de indignación como una emoción ampliamente asociada a un “estado de cosas” que somete a las personas a situaciones de violación de su dignidad. Además de esto, considera a la indignación como una emoción de rabia que se expresa en la personas siempre que son confrontadas con algo equivocado, no legítimo; considerándola como una emoción política en un contexto de pasiones y razones en contra de situaciones de injusticia. SANTOS, Boaventura de Sousa. Towards a socio-legal theory of indignation. In: **Law’s ethical, global, and theoretical contexts: essays in honor of William Twining**. Edit: UPENDRA BAXI, Christopher McCrudden: ABDUL PALIWALA. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. p. 122.

²¹⁵ FREITAS, Raquel Coelho de. **Direito das minorias: um conhecimento construído entre a indignação política e a indignação epistémica**. Revista Inclusiones Vol: 7 num 1. 2020. p. 209.

²¹⁶ FREITAS, Raquel Coelho de. **Direito das minorias: um conhecimento construído entre a indignação política e a indignação epistémica**. Revista Inclusiones Vol: 7 num 1. 2020. p. 210.

²¹⁷ FREITAS, Raquel Coelho de. *loc. cit.*

indígenas. El cual ha sido llamado de manera alternativa como derecho indígena, costumbre jurídica, derecho consuetudinario, entre otras.²¹⁸

Más ¿Por qué resultaría importante esta indignación? ¿Cuál es la relevancia de la indignación que nace en la academia? y ¿Cuáles son sus impactos? Así pues, se dirá en un primero momento que la indignación es producto de factores injustos en los grupos subalternizados. Por tal razón, sobre tal precepto, la indignación será comprendida como el motor que produce motivación como posibilidad de reinterpretación y transformación del conocimiento sobre los sujetos en el contexto latinoamericano, el cual, durante dos siglos, fue construido por medio de pensamientos, percepciones y conceptos colonizadores, que condicionaron el modo de ser, pensar y vivir de los grupos minoritarios.²¹⁹

Así, se torna totalmente interesante esta reflexión epistémica sobre indignación, pues para la autora citada, la indignación que un inicio se trata de una mera “emoción”, puede transformarse en el camino en un “compromiso” gestor y deliberativo de la razón, que haya su fundamento en la valorización de la diversidad cognitiva, como elemento ético a ser construido por medio de diálogos e interacciones de conocimientos contrahegemónicos, sean ellos científicos o sistematizados en las luchas sociales.²²⁰

Puede que ese conocimiento, comience en las luchas y prácticas sociales, pero en virtud de ello, éste, puede ser llevado hasta la academia con el fin de ser aprimorado por los investigadores indignados. Pero no sólo eso, no se trata de un simple aprimoramiento teórico o metodológico, pues, para la autora, la mayor motivación de los investigadores académicos se encuentra en la propia posibilidad de dar un sentido más profundo al conocimiento sobre la realidad de los sujetos y eso incluye, su pensamiento, su actuar y su existir. Es entonces cómo nace a partir de la indignación, la oportunidad de crear posibilidades concretas de reinterpretación y transformación de las realidades surgidas a partir de los resultados de los investigadores académicos.²²¹

De la misma manera, se entiende a la emoción de la indignación como la base para repensar el conocimiento y expandirlo para nuevas posibilidades teóricas y metodológicas de validación en que la emoción tenga su relevancia y participación en los diversos actos del conocer científico. Es por eso que en ese contexto, recibe el tratamiento de

²¹⁸ ITURRALDE, Diego A. Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas. Revista IIDH, Volumen 41, 2005. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-1.pdf>>. Acceso en: 05 de nov. de 2019. p. 19.

²¹⁹ FREITAS, Raquel Coelho de. *op. Cit.* 2020. p. 211.

²²⁰ FREITAS, Raquel Coelho de. **Direito das minorias: um conhecimento construído entre a indignação política e a indignação epistémica.** Revista Inclusiones Vol: 7 num 1. 2020. p. 211.

²²¹ *Idem.* p. 211-212.

indignación epistémica.²²²

Con todo, la indignación puede ser relacionada a campos teóricos abiertos, decoloniales, antes prohibidos por las epistemologías occidentales dominantes, como las teorías que trabajan con la emoción, con la ética, con el compromiso deliberativo político, así como también con las teorías críticas del Derecho.²²³

Dicho todo esto y considerando las realidades de los pueblos indígenas de América latina, cabe reconocer el papel y la función que conlleva esta indignación epistémica, toda vez que se presenta como epistemología que contribuye a la realización de nuevos horizontes diferenciados de los propuestos como únicos y unificadores a los que por décadas los pueblos indígenas parecen haber sido sometidos. Por tanto, resulta necesario atender a teorías modernas como estas que abren la posibilidad de otros imaginarios que no se limiten a repetir lo dado como completo y clausurado.²²⁴

Hay que mencionar además, que resulta necesario que las teorías ayuden a encontrar nuevas vías para la acción social, que posibiliten el descubrimiento de nuevos medios de lucha a quienes apuestan por procesos emancipadores.²²⁵ Al mismo tiempo Herrera Flores, insiste en decir que “la teoría nunca debe conformarse, adaptarse sin más a la tiranía de los hechos, sino, con palabras del gran poeta uruguayo Mario Benedetti, esforzarse por construir de nuevo utopías aún más intrépidas que las fracasadas”.²²⁶

Con respecto de la emoción de indignación en el contexto central de este trabajo, este tipo de reflexiones, indiscutiblemente procuran desde la academia una postura y una especial atención a la posición de investigador frente a las realidades y a los procesos sociales que lo rodean y en los que ineludiblemente participa, quiera él o no. Así se debe propender a que esta emoción genere en el investigador, una “constante vigilancia epistemológica y política sobre sí mismo, para evitar que su ayuda se vuelva vana o incluso

²²² Este término, hace referencia a un estudio realizado por la autora, la Doctora Raquel Coelho Freitas, en su práctica de Postdoctorado, en el Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, para el proyecto: “A indignação epistêmica: bases existenciais de validação do conhecimento”, el cual ha sido ramificado en varias vertientes.

²²³ FREITAS, Raquel Coelho de. *op. cit.* p. 214.

²²⁴ Apartes tomados del “E qué y el para qué de las teorías” de: CARBALLIDO, Manuel Gándara. **Los Derechos Humanos en el siglo XXI una mirada desde el pensamiento crítico**. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). p. 80. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20190830102123/Derechos_Humanos_sigloXXI.pdf>. Acceso en: 06 de Nov. de 2019.

²²⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. **De la rueda y el freno. El camino hacia la democracia en Georg Lukács y Rosa Luxemburg**. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho (Faculdades Do Brasil. No. 18. 2001. p. 259-281.

²²⁶ HERRERA FLORES, Joaquín. **¿Crisis de la ideología o ideología de la crisis? Respuestas neoconservadoras**. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Ciudad de México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas. N° 13. 1993. p. 129.

contraproducente”.²²⁷

De hecho, el papel del investigador llega a convertirse desde esta perspectiva, como fundamental en la búsqueda de caminos que permitan enfrentar algunas de las contradicciones de la ingeniería judicial con relación a las justicias indígenas. Con seguridad que los aportes realizados por el pensamiento decolonial en general, resultan de gran valor para el avance en los objetivos emancipadores.²²⁸ En especial porque los aportes provenientes del pensamiento decolonial operan a partir de las experiencias y las expectativas de contextos y sujetos colocados en ámbitos geográficos, dinámicas históricas y procesos socioculturales pertenecientes a distintas partes del mundo, sobre todo desde posiciones subalternas,²²⁹ como es el caso de los pueblos indígenas Latinoamericanos.

Sobre el punto anterior, Freitas, realiza una observación en el marco de la construcción del conocimiento sobre los derechos de los grupos con ciudadanía más fragilizadas o minorías, aclara que por tratarse de investigaciones sobre este tipo de poblaciones, el sesgo liberal de la ciencia del Derecho podría acabar siendo condicionante en el desarrollo del conocimiento jurídico, toda vez que hay la creencia de que las leyes pueden ser emancipadoras, a pesar de que la teoría y la práctica niegan vehementemente esa idea.²³⁰ Además puntúa:

Isso pode causar um bloqueio ou, até mesmo, um atraso no processo de conhecimento sobre direitos mais eficazes para os grupos investigados, condicionando a pesquisa a desenvolver-se sobre modelos metodológicos formais dominantes. É aqui onde se posiciona o pesquisador indignado, de modo sempre atento às brechas e possibilidades institucionais de desenvolvimento do pensamento crítico, ético, construtivo e interventivo, ainda que na fronteira do modelo de racionalidade liberal.²³¹

En este sentido, resulta relevante mencionar que aunque hoy en día pueda decirse que la perspectiva de análisis poscolonial sostiene que si bien el mundo ha ido logrando dejar atrás las distintas experiencias de colonialismo político, no puede afirmarse lo mismo del colonialismo social o cultural, y que es preciso reconocer que, de hecho, nos encontramos todavía en sociedades coloniales, por ende, un requisito para visibilizar y comprender que las

²²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social**. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá. 2003.

²²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO / Prometeo) Primera edición. 2010. p. 31-32.

²²⁹ *Idem*. p. 27-28.

²³⁰ FREITAS, Raquel Coelho de. **Direito das minorias: um conhecimento construído entre a indignação política e a indignação epistémica**. Revista Inclusiones Vol: 7 num 1. 2020. p. 216.

²³¹ FREITAS, Raquel Coelho de. *loc. cit.*

relaciones de dominación, explotación, subordinación y opresión que siguen azotando a nuestro mundo.²³²

Importante conclusión, la de la autora Freitas de Coelho, cuando dice que a pesar de que la ciencia dominante aún dude de todo conocimiento que no siga sus premisas teóricas y reglas metodológicas propias, o sea, que no sea construido apenas por la razón instrumental iluminista, en la contemporaneidad, con estudios más avanzados sobre emoción y conocimiento, ese modelo de ciencia, más que nunca, necesita ser repensado. Con eso, se puede también revelar otros conceptos importantes, como los de los sujetos epistémicos, emoción y lucha, que repercutan en las dimensiones sociales y posibilidades legales de los estudios sobre derechos de los grupos con ciudadanías fragilizadas o minorías.²³³

5 CONCLUSIÓN

La parte introductoria de este trabajo comienza proponiendo el cruce de experiencias políticas y sociales, pero sobre todo jurídicas de los sistemas de justicia de indígena de Colombia y Brasil. Tal cruce, es desarrollado sobre las bases que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano sentó en torno de la década de los 90.

En primera instancia se considera sobre ese punto en específico que, este movimiento constitucional, se expresó en los países de la región como consecuencia de las luchas y las reivindicaciones populares en pro de una nueva organización y modelo de Estado. Ciertamente, a través de él, se reforzó en el continente la idea de participación democrática y dicho carácter participativo produjo como resultado la creación de nuevos textos constitucionales en la región.

Sin duda, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, significa en gran medida para el Estado colombiano y brasileño un cambio de paradigmas en el derecho indígena, donde se confrontó el modelo colonial que les antecedió y se reconocieron una serie de derechos en respuesta de las dinámicas indígenas de la época en ambos países. Una evidencia de eso fue la generación de nuevas ingenierías constitucionales, diferentes a las anteriores, que por una parte acabaron con las perspectivas asimilacionistas e integracionistas, y que por otra, labraron un camino que dio paso a un momento histórico en el reconocimiento de los derechos indígenas para ambos Estados.

²³² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: Encuentros de Buenos Aires**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. CLACSO. 2006. p. 50.

²³³ FREITAS, Raquel Coelho de. **Direito das minorias: um conhecimento construído entre a indignação política e a indignação epistémica**. Revista Inclusiones Vol: 7 num 1. 2020. p. 226.

Como segunda instancia se reconoce sobre el estudio normativo de los sistemas de justicia indígena de Colombia y Brasil que, el movimiento y la reforma constitucional brasileña fue proceso inspirador para otros países en la región, como es el caso de Colombia. Por ende, existen grandes similitudes propias de procesos políticos y constitucionales similares o comunes en la construcción los sistemas de justicia indígena de los países. Sin embargo, existen también, ciertas diferencias definitivas que a la larga pueden significar ventajas y desventajas en el ejercicio de las justicias indígenas que el Nuevo Constitucionalismo quiso proponer.

A partir de los casos planteados y el análisis normativo de los sistemas de justicia indígena en ambos países se reconoce que, en el Estado brasileño, no existe un reconocimiento total, sino apenas parcial, del ejercicio de las justicias indígenas aconteciendo paralelamente con la justicia del Estado, como ocurre en el caso de Colombia, toda vez que se observa que la figura del juez federal no conversa directamente con la figura de autoridades indígenas en el país, sino que utiliza otras figuras para la ocurrencia de tal diálogo. Por tanto, no existe un diálogo entre autoridades y jurisdicción sin que se reconozcan derechos de igualdad y autonomía los cuales son de resguardo constitucional.

Se identifica a la jurisdicción especial indígena colombiana como un mecanismo de fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas, donde se permite, la fluencia de un diálogo y de coordinación entre las justicias indígenas y la justicia común estatal, pudiendo significar autonomía e igualdad entre ambas justicias. Tal mecanismo, se reconoce inexistente en el sistema brasileño, fenómeno que puede ser identificado como un reconocimiento de autonomía e igualdad apenas parcial de las justicias indígenas en el Estado. Por su parte, se sugiere no sólo la observación de otros modelos implementados en el continente, sino también, una previsión de instrumentos normativos que viabilicen esa comunicación entre las diversas fuentes, al mismo tiempo reformulaciones de la cultura política desde la democracia y la praxis social generada desde varios espacios.

En tercera instancia, se concluye que, a pesar de los avances y las innegables transformaciones que se han dado en el último medio siglo, sobre los temas relacionados a los pueblos indígenas, sobre todo en algunos países latinoamericanos, todavía existe una grande brecha entre los pueblos indígenas y el Estado. Las razones son múltiples, pero fundamentalmente se deben buscar en los procesos históricos de conformación de los Estados. El sistema de justicia no es ajeno a todo esto, pues, forma parte de una de las políticas del Estado y mantiene el equilibrio entre los conflictos que se suscitan en una sociedad, la cual

está conformada por indígenas y no indígenas.

Tristemente la falta de coordinación y armonía entre los sistemas de justicia indígena de Colombia y Brasil con respecto de la justicia común u ordinaria del Estado, significa que como miembros de países latinoamericanos, enfrentan grandes desafíos para el desarrollo efectivo de una entidad política y jurídica capaz de construir la unidad de la totalidad social, sin negar una buena parte de ella.

Este fenómeno resulta eminentemente peligroso para el ejercicio de las justicias indígenas y requiere de perspectivas de observación nuevas donde la tendencia no sea invisibilizar o eliminar la diferencia.

Como cuarta instancia y en consecuencia de lo anterior, se considera necesario esbozar y proponer la posibilidad de nuevas epistemologías coadyuvantes al ejercicio de las justicias y con efectos generadores de nuevos diálogos que permitan plantear reflexiones y lecturas ampliadas de los sistemas con los que los pueblos indígenas conviven.

La aproximación cruzada ha permitido develar que aún en el siglo presente, los pueblos indígenas continúan siendo objetos de diversos vejámenes, pues como grupo minoritario, su reconocimiento cultural y el ejercicio de sus justicias propias y apropiadas en los modelos estatales de justicia, siguen siendo insuficientes en la mayoría de los casos. Se identifica a la ingeniería constitucional como no absoluta e insuficiente, en el sentido que, en el continente, existen diversas voces y formas de integración social, cultural y política que hacen parte del constante venir y devenir de las sociedades y que no se pueden seguir desconociendo o invisibilizando.

Como quinta instancia, se quiere proponer a la academia, como parte del proceso de descolonización y emancipación, por ser ésta identificada como plataforma generadora de ambientes movilizados en la sociedad, desde donde se proponen fórmulas de resistencia y avance como medio para oponerse al orden normativo que no reconoce la diversidad al momento de regular la vida social indígena. En esa misma línea, se destaca que el estudio de los sistemas de justicia indígena desde la academia, es un desafío y al mismo tiempo una posibilidad para “re-configurar y re-proponer” la arena de relación que ya existe entre los pueblos y el Estado.

Por fin ha de decirse que, toda proposición de diálogos que revelen las realidades de los pueblos indígenas a través de lugares epistémicos, desde donde se exija la transformación de las mismas, son bienvenidos. De esta manera, la construcción de Estados en los cuales, la justicia indígena es una expresión y una posibilidad, debe llevar consigo una reformulación de sus institucionalidades estatales que por lo general actúan y se relacionan

bajo el modelo de un Estado homogéneo.

Es de menester importancia por tanto, redefinir desde “otros” ángulos, las relaciones entre la ingeniería constitucional e institucional estatal actual frente a las relaciones sociales de los protagonistas, que en este caso son: los pueblos indígenas.

REFERENCIAS

ACOSTA, Alberto. Los grandes cambios requieren esfuerzos audaces. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora**. Abya Yala. Quito, Ecuador. 2009.

ARAÚJO, Ana Valério. **Povos indígenas e a lei dos “brancos”: o direito à diferença**. Brasília: Ministerio da Educacao, 2006.

ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía. **La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los Mecanismos de Coordinación con el Sistema Judicial Nacional**. Guatemala. 2004.

Disponible en:

<<https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/21LucaArbelaez.pdf>>. Acceso en: 06 de jun. de 2019.

ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. **Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2010. Disponible en:

<https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=fe52ffee-62d2-b65f-0952-20d52f23e4dd&groupId=271408>. Acceso en 24 de septiembre de 2019.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El constitucionalismo latinoamericano: Del constitucionalismo liberal al neoconstitucionalismo andino. In: ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. **El neoconstitucionalismo andino**. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. 2016.

_____. Ramiro. **En defensa del neoconstitucionalismo transformador andino. Ecuador**. 2016. Disponible en:

<<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>>. Acceso en 23 de sep. de 2019.

BENAVIDEZ ORDOÑEZ, Jorge. **Neoconstitucionalismo, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y procesos constituyentes en la región Andina**. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5771477.pdf>>. Acceso en: 27 de sep. de 2019.

BENEDICT, Anderson. **Imagined Communities**. Nueva York: Verso. 1991

BENGOA, José. **La emergencia indígena en América Latina**. Chile: Fondo de la Cultura Económica, 2000.

BEZERRA, Josinaldo Barbosa; COSTA, Lucio Augusto Villela da.

Território/Territorialidade e terras indígenas em Roraima à luz da Constituição Brasileira de 1988. Trabalho apresentado no XIX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - COMPENDI. Florianópolis. out. 2010.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.

BINDER, Alberto. **Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual**. Alertanet en Derecho y Sociedad. 2001. Disponible en: <file:///home/sala17/Downloads/Dialnet-EntreLaDemocraciaYLaExclusion-3823152.pdf>. Acceso en 07 de jun. de 2019.

BLANCO BLANCO, Jacqueline. **Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial Indígena**. Diálogos de Saberes. No. 26. 2007. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2693609.pdf>. Acceso 07 de oct de 2019. .

BONFIL BATALLA, Guillermo. **Lo propio y lo ajeno, una Una aproximación al problema del control cultural**. Pensar Nuestra Cultura. Editorial Patria, S. A. de C. V. México, 1991. Disponible en: <http://www.mty.itesm.mx/dhcs/deptos/ri/ri-802/lecturas/lecvmx022.html>. Acceso en 10 de jun. de 2019.

BONILLA MALDONADO, Daniel. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre editores. 2006.

BRASIL. Lei n. 6.001/73. **Estatuto do Índio**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm>. Acceso en 09 de oct. de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acceso en 03 de jul. de 2019.

_____. **Decreto 6.040 de 2007**. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acceso en 26 de agos. de 2019.

CARBALLIDO, Manuel Gándara. **Los Derechos Humanos en el siglo XXI una mirada desde el pensamiento crítico**. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20190830102123/Derechos_Humanos_sigloXXI.pdf>. Acceso en: 06 de nov. de 2019.

CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. **El canon neoconstitucional**. Bogotá, Universidad el Externado de Colombia. 2010.

CARRILLO GONZALEZ, Diana Maria. **Jurisdicción Especial Indígena: ¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?** Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C.. 2013. p. 18. Disponible en: <http://bdigital.unal.edu.co/40047/1/6699796.2014.pdf>. Acceso en: 30 de oct. de 2019.

_____. Diana; GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro. **Castigo y pueblos indígenas**. Proyecto de Investigación para la Universidad Santo Tomás. Bogotá: 2013.

CERUTTI GULDBERG, Horacio. La latinidad: ¿discurso utópico o discurso mítico? In: ROIG, Arturo Andrés. **El discurso utópico y sus formas en la historia intelectual ecuatoriana**. Banco Central del Ecuador y Corporación editora Nacional. 1987.

COELHO, Daniela. **Breve resumo do Poder Judiciário Brasileiro e Jurisdição**. 2017. Disponible en: <<https://danicoelho1987.jusbrasil.com.br/artigos/586188207/breve-resumo-do-poder-judiciario-brasileiro-e-jurisdicao>>. Acceso en: 22 de dic. de 2019. Il. color.

COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição brasileira de 1988. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-americano tendências contemporâneas**. JURUÁ Editora. Curitiba, Brasil, 2013.

COLOMBIA. Ley 89 de 1890. **Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada**. Disponible en: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4920>>. Acceso en 14 de nov. de 2019.

_____. **Constitución Política de Colombia**, de 4 de julio de 1991. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acceso en 30 de dic. 2019.

_____. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional no. 24. **Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política No. 84 de Lorenzo Muelas**. 24 de marzo de 1991.

_____. **Congreso de la República**. Ley 270 del 17 de marzo de 1976. Estatutaria de la Administración de justicia. Santafé de Bogotá, D.C., a 7 de marzo de 1996. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf>. Acceso en 09 abril de 2019.

_____. **Congreso de la República**. Ley 21 (4 de marzo de 1991). Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. Diario Oficial N° 39720. (6 de marzo de 1991) Bogotá: El Congreso. 1991.

_____. **Corte Constitucional**. Sentencia T-254 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., de 30 de mayo de 1994. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>>. Acceso en 06 de jun. 2019.

_____. **Corte Constitucional**. Sentencia No. C- 139 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., 09 de abril de 1996. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>>. Acceso en: 30 de mayo de 2019.

_____. **Corte Constitucional**. Sentencia T-349 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., de 8 de agosto de 1996. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

_____. **Corte Constitucional**. Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., de 26 de septiembre de 1996. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

_____. **Corte Constitucional.** Principio de Diversidad Étnica y Cultural -Protección sobre influencias de sociedad mayoritaria, Sentencia SU-510 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., 18 de septiembre de 1998.

_____. **Corte Constitucional.** Sentencia T-652/98 de 1998. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

_____. **Corte Constitucional.** Sentencia T-552 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., 10 de julio de 2003. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm>>. Acceso en: 30 de mayo de 2019.

_____. **Corte Constitucional.** Sentencia T-617 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., de 05 de agosto de 2010. Disponible en:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

_____. **Corte Constitucional.** Derecho a la autonomía de comunidad indígena - Límites y ámbitos de aplicación, Sentencia T-903 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., 4 de diciembre de 2009.

_____. **Corte Constitucional.** Sentencia T-617 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., de 05 de agosto de 2010. Disponible en:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

_____. Corte Constitucional. Sentencia T-098/2014. Autonomía de las comunidades indígenas y derechos individuales de sus miembros. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., 20 de feb. 2014. Disponible en: <<https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdccion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/sentencias-corte-constitucional>>. Acceso en 11 de Nov. de 2019.

_____. **Corte Constitucional.** Sentencia T-397 de 2016. magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C., de 29 de julio de 2016. Disponible en:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-397-16.htm>>. Acceso en 06 de jun. 2019.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. **Justicia y pueblos indígenas, jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos.** 2017. Disponible en: <<https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20y%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20jurisprudencia,%20ritos,%20pr%C3%A1cticas%20y%20procedimientos.pdf>>. Acceso en: 08 de oct. de 2019.

CUNHA, Manuela. **Índios no Brasil.** História, direitos e cidadania. 2012. Disponible en: <<https://www.companhadasletras.com.br/trechos/35025.pdf>>. Acceso 03 de mayo de 2019.

DIXON, Rosalind. **Cómo comparar constitucionalmente**. Latin American Law Review n.º 03 (2019): 1-28. p. 6. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434579>. Acceso en: 26 de dic. de 2019.

EISENSTADT, Shmuel Noah. Social institutions: comparative study. In: SILES, David. **International Encyclopedia of the Social Sciences**. New York, Macmillan & Free Press. 1968. p 423.

ENCALADA, Karla. Racismo en la justicia ordinaria. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. Disponible en: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>>. Acceso en 15 de dici. de 2019.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Programa de Capacitação em Proteção Territorial: Noções Gerais de Legislação Indigenista e Ambiental**. Brasília: FUNAI/GIZ, 2013. Disponible en: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cgmt/pdf/Nocoos_Gerais_de_Legislacao_Indigenista_e_Ambiental.pdf>. Acceso en 27 de jun. de 2019.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). **Política indigenista no Brasil: Avanços e desafios**. Disponible en: <<http://www.funai.gov.br/index.php/todos-presidencia/2901-politica-indigenista-no-brasil-avancos-e-desafios?start=1#>>. Acceso en 03 de jul. de 2019.

FREITAS, Raquel Coelho de; OLIVEIRA MORALES, Germana. O Novo Latino-americano constitucionalismo e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os direitos de Pachamama e o bem viver (Sumak Kawayay). In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-americano tendências contemporâneas**. JURUÁ Editora. Curitiba, Brasil. 2013.

_____. A UNASUL e o processo de Integração Latino-Americano. In: OLIVEIRA MORALES, Germana; FREITAS COELHO, Raquel. **A construção jurídica da UNASUL**. Editora UFSC. Florianópolis. 2011.

_____. Minorias e Fortalecimento de Cidadanias na América Latina. In: FREITAS, Raquel Coelho de; OLIVEIRA MORALES, Germana. **Direito das Minorias no Novo ciclo de Resistências na América Latina**. Editora CRV, Curitiba, Brasil, 2017.

_____. **Direito das minorias: um conhecimento construído entre a indignação política e a indignação epistémica**. Revista Inclusiones Vol: 7 num 1. 2020.

GALLARDO. Mayarí Castillo. Pueblos indígenas y derecho consuetudinario: un debate sobre las teorías del multiculturalismo. **Nueva antropología**. México, v. 22, n. 71. p. 13-29, jul./dic. 2009. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-06362009000200002>. Acceso en 17 de sep de 2019.

GREEN STOCCEL, Abadio. El aporte de los pueblos indígenas a un país diverso. In: SÁNCHEZ, Enrique; MOLINA, Hernán. comps. **Documentos para la historia del movimiento indígena contemporáneo**. Bogotá: Ministerio de Cultura, 2010.

GREY POSTERO, Nancy. Movimientos indígenas bolivianos: articulaciones y fragmentaciones en búsqueda del multiculturalismo. In: LÓPEZ, Luis Enrique, REGALSKY, Pablo. **Movimientos indígenas y Estado en Bolivia**. Proeib Andes Ediciones. La Paz. 2005. Disponible en: <http://bvirtual.proeiband.es.org/bvirtual/docs/movimientos_indigenas.pdf>. Acceso en 16 de sep. de 2019.

HALL, Stuart. Da diáspora: Identidades e mediações culturais. Trad. Adelaide La Guardia Resende et al. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HAMEL, Rainer Enrique. Lenguaje y conflicto en el derecho consuetudinario y positivo. In: STAVENHAGEN, Rodolfo. e ITURRALDE, Diego. **Entre la ley y la Costumbre**. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México. 1990. p. 205-230.

HERRERA FLORES, Joaquín. **¿Crisis de la ideología o ideología de la crisis? Respuestas neoconservadoras**. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Ciudad de México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas. N° 13. 1993.

HERRERA FLORES, Joaquín. **De la rueda y el freno. El camino hacia la democracia en Georg Lukács y Rosa Luxemburg**. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho (Faculdades Do Brasil. No. 18. 2001.

HOEKEMA, André. **Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario**. ILSA, Bogotá D.C. 2002.

HOPENHAYN, Martín; BELLO, Álvaro. **Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe**. División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y Caribe. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5987/1/S01050412_es.pdf>. Acceso en: 09 de mayo de 2019.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Cultura Constitucional de la Jurisdicción. Siglo del Hombre editores. Universidad EAFIT. Bogotá. 2011. Disponible en: <<https://books.google.com.br/books?id=vSAsDwAAQBAJ&pg=PT80&dq=que+es+una+jurisdicci%C3%B3n&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiD7ZyG-9XkAhUTJrkGHRoRAgIQ6AEIYzAJ#v=onepage&q&f=false>>. Acceso en 16 de sep. 2019. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**. Disponible en: <https://indigenas.ibge.gov.br/images/indigenas/estudos/indigena_censo2010.pdf>. Acceso en: 02 de jul. 2019.

ITURRALDE, Diego. “Los pueblos indios como nuevos sujetos sociales”. Nueva Antropología 39. México DF, 1990.

_____. Diego. **Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas**. Revista IIDH, Volumen 41, 2005. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-1.pdf>>. Acceso en: 05 de nov. de 2019.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996. p. 25.

LANG, Miriam. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. p. 191. Disponible en: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>>. Acceso en 15 de dici. de 2019.

LEITÃO, Ana Valeria Nascimento Araújo. Direitos culturais dos povos indígenas - aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os Direitos indígenas e a Consituição**. Porto Alegre: SAFE, 1993. p. 228.

MACAS, Luís. Construyendo desde la historia: resistencia del movimiento indígena en el Ecuador. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **Plurinacionalidad: democracia en la diversidad**. Quito, Ecuador: Abya-Yala. 2009.

MARÉS DE SOUSA FILHO, Carlos Frederico. **O direito envergonhado (O direito dos índios no Brasil)**. "Encuentro-Taller sobre la Administración de la Justicia Penal y los Pueblos Indígenas en América. San José, Costa Rica. 1990. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06852-5.pdf>>. Acceso en: 17 de dic. de 2019.

MARTINEZ, Luis Mauricio. **Lo propio, lo apropiado y lo ajeno**. Revista cultural alternativas N73 junio de 2016. Disponible en: <https://issuu.com/revistaculturalalternativas/docs/revista_cultural_alternativas_n73_j>. Acceso en: 18 de oct. de 2019.

MATIAS SILVEIRA, Brunna Grisella. Perspectivas do reconhecimento de uma jurisdição indígena no Brasil. In: **Direito das Minorias no Novo ciclo de resistências na América Latina**. Editora CVR. Curitiba, Brasil. 2017.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. **Poder constituyente, conflicto y constitución en Colombia**. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; CIJUS, 2005.

MELO, Mario. Los derechos de la naturaleza en la nueva constitución ecuatoriana. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora**. Abya Yala. Quito, Ecuador. 2009.

MONTE, Marcos Antônio Lorencette. **O pluralismo jurídico e os povos indígenas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: Centro de ciências jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1999.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Sem a tutela, uma nova moldura de nação. In: OLIVEM, Ruben G.; BRANDÃO, Gildo M.; RIDENTI, m (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: ANPOCS, 2008.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). **Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales**. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf>. Acceso en 24 de septiembre de 2019.

ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE COLOMBIA (ONIC). **Centro de documentación indígena nacional**. 2006. Disponible en: <<https://www.onic.org.co/noticias/2-sin-categoria/1038-pueblos-indigenas>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

_____. **Constituyente Indígena. Suplemento Unidad Indígena.** Bogotá D.C., segunda quincena de mayo, Edición No. 5. 1991.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano.** Quito: Corte Constitucional del Ecuador. 2010.

PÉREZ LIÑÁN, Aníbal. **El método comparativo: Fundamentos y desarrollos recientes.** Departamento de Ciencia Política Universidad de Pittsburgh. 2007. p. 1. Disponible en: <<https://www.pitt.edu/~asp27/USAL/2007.Fundamentos.pdf>>. Acceso en: 10 de oct. de 2019.

QUINTIN LAME, Manuel. Luz Indígena en Colombia. In: SÁNCHEZ, Enrique; MOLINA, Hernán. (comps). **Documentos para la historia del movimiento indígena contemporáneo.** Bogotá: Ministerio de Cultura, 2010. pp. 36-45.

QUIÑONEZ, Alejandro. **La Minga, una herramienta que une comunidades.** Disponible en: <<https://caritascolombiana.org/la-minga-una-herramienta-que-une-comunidades/>>. Acceso en: 14 de nov. de 2019.

RAMIREZ, Silvina. Justicia Penal y Pueblos indígenas: Una agenda pendiente. In: **Sistemas Judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia.** Ediciones del Instituto. Argentina. 2007. Disponible en: <<https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/08/revista12.pdf>>. Acceso en 17 de sep. de 2019.

RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades indígenas.** 2. ed. São Paulo: Ática, 1988.

RODRÍGUEZ, Javier. **Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas: Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R, 2006. Disponible en: <<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2014/acceso-a-la-justicia-completo-2006.pdf>>. Acceso en 06 de mayo de 2019.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. **Los pueblos indígenas en Colombia, derechos, políticas y desafíos.** UNICEF, Oficina de Área para Bogotá y Venezuela. Bogotá D.C., 2003. Disponible en: <<https://www.unicef.org/colombia/pdf/pueblos-indigenas.pdf>>. Acceso en 06 de jun. 2019.

_____. **Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia.** Segunda Edición. Universidad Nacional de Colombia-Unidad de Investigación Jurídico-Sociales y Políticas “Gerardo Molina” (UNIJUS). Bogotá. 2004.

_____. **La jurisdicción especial indígena en Colombia.** IEMP, Bogotá, 2007.

_____. **Derechos propios.** IEMP, Bogotá, 2007.

_____. **La realización del Pluralismo Jurídico de tipo igualitario en Colombia.** Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/na/v22n71/v22n71a3.pdf>>. Acceso en 06 de jun. de 2019.

SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris, 1993. p.7.

_____. Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SARTORI, Giovanni. **Methodological problems in comparative politics**. Trabajo preparado para la mesa redonda de Turim da AICP. 1969.

SIEDER, Rachel. **Rethinking Democratisation and Citizenship: Legal Pluralism and Institutional Reform in Guatemala**. *Citizenship Studies* 3, 1. 1999. p. 105-110. Disponible en: <<http://rachelsieder.com/wp-content/uploads/2012/08/Sieder-rethinking-democratisation-and-Citizenship-Studies-1999.pdf>>. Acceso en 07 de jun. de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SORIANO, Ramón; MORA, Juan Jesús. Will Kymlicka: Una apuesta por un liberalismo abierto. In: KYMLICKA, Will. **Estados, naciones y culturas**. Córdoba: Almuzara, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social**. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá. 2003.

_____. Boaventura de Sousa. **Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: Encuentros de Buenos Aires**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. CLACSO. 2006.

_____. Boaventura de Sousa. **Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO / Prometeo. Primera edición. 2010.

_____. Boaventura de Sousa. Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. In: CAICEDO, Danilo; PORRAS, Angélica. **Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad**. Ministerio de Justicia, Derecho Humanos y cultos. Quito, Ecuador. 2010. Disponible en: <<http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1563136/5.+Igualdad+y+no+discriminaci%C3%B3n.pdf/93f766ea-3e92-4a85-ac52-d38966a690c3>>. Acceso en 15 de dic. de 2019.

_____. Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen derechos: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GRIJALVA, Agustín. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. Disponible en: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf>>. Acceso en 15 de dici. de 2019.

_____. Boaventura de Sousa. Towards a socio-legal theory of indignation. In: **Law's ethical, global, and theoretical contexts: essays in honor of William Twining**. Edit: UPENDRA BAXI, Christopher McCrudden: ABDUL PALIWALA. Cambridge: Cambridge University Press. 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina**. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, El Colegio de México. 1988. Disponible en: <file:///home/sala17/Downloads/derecho-indígena-y-derechos-humanos-en-américa-latina-924449.pdf>. Acceso en 07 de jun. de 2019.

_____. **Identidad indígena y multiculturalidad en América Latina Araucaria**. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Universidad de Sevilla Sevilla, España, v. 4, n. 7, primer semestre 2002. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/pdf/282/28240702.pdf>>. Acceso en 03 de abril de 2019.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Can the subaltern speak? In: WILLIAMS, Patrick; CHRISMAN, Laura, (comps). **Colonial discourse and post-colonial theory**. Nueva York, NY: Columbia University Press. 1992.

TAMAYO FLORES, Ana María. **Derecho en los Andes**. Un estudio de antropología jurídica. Centro de Estudio País y Región. Lima. 1992.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antônio Fabris, 1993.

TUSHNET, Mark. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. In: LEVINSON, Sanford. **When Interpreting the US Constitution: Some Reflections**. Texas International Law Review n.º 39 (2004). p. 1228.

UPRIMNY, Rodrigo; SÁNCHEZ, Luz María. 3 décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balance y perspectivas. (Documento inédito.). 2012. Véase. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. **El constitucionalismo latinoamericano del constitucionalismo liberal al constitucionalismo andino**. Quito, Ecuador. 2016.

VALENCIA VILLA, Hernando. Cartas de Batalla. **Una crítica del constitucionalismo colombiano**. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010.

VILLORO, Luis. **Estado plural, pluralidad de culturas**. México: Paidós, 1998.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. In: SALGADO, Judith. **Justicia indígena: aportes para el debate**. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. 2002.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas (de) coloniales de nuestra época**. 2012. Disponible: <https://reflexionesdecoloniales.files.wordpress.com/2012/08/catherine-walsh_interculturalidad-estado-sociedad-luchas-de-coloniales-de-nuestra-c3a9poca.pdf>. Acceso en: 24 de sept. de 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. **Fundamentos de una nueva cultura en**

el Derecho. São Paulo, Alfa Omega. 2001.

_____. Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETTERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-Americano tendências contemporâneas.** Juruá Editora. Curitiba, Brasil. 2013.

_____. Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.). **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina.** Aguascalientes: CENEJUS; Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

WRAY, Natalia. “**La construcción del movimiento étnico-nacional-indio en Ecuador: carácter y dimensión de su demanda**”. América Indígena 49:1.1989.