

PUEBLOS INDÍGENAS: RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONFLICTOS SOCIALES EN LATINOAMÉRICA

Carlos Jesús Velazquillo Casiano¹

SUMARIO: I.- Introducción, II.- Perú, III.- Colombia, IV.- Bolivia, V.- Panamá, VI.- Ecuador: Caso Shuar, Conclusiones, Bibliografía.

I.- Introducción.

Desde la segunda mitad del siglo XX los estudios sociales han incursionado en el ámbito indígena con mayor profundidad, fenómeno que da origen a nuevos paradigmas y modos de pensar la situación de los pueblos originarios alrededor del mundo.

Es justamente en Latinoamérica donde los pueblos indígenas, con sus diferentes denominaciones y particularidades, han sido sujetos de reivindicación jurídica con mayor notoriedad, a propósito de las exigencias globales por incluir en los sistemas normativos los derechos de las poblaciones que ocuparon la porción de tierra hoy delimitada y dominada por los estados modernos, además de que ofrecen un campo fructífero de estudio a efecto de analizar la realidad indígena en los cuerpos legales vigentes. De entre los países con legislación sobre pueblos indígenas en su constitución, se toman como referentes los casos de Perú, Bolivia, Panamá y Colombia a fin de presentar un panorama general de los aspectos más destacables en América.

¹ Adscrito al Seminario de Sociología General y Jurídica. Correo electrónico: carlosvelazquillo22@gmail.com

En este trabajo se abordan tres tópicos fundamentales en cada uno de los países; la historicidad y normatividad de la propiedad indígena, la situación indígena en las constituciones respectivas según el grado de autonomía otorgada y por último se plantean algunos de los conflictos más significativos a fin de exponer los matices varios de los efectos jurídicos en el ámbito indígena y el papel de los pueblos originarios en la realidad sociojurídica latinoamericana, además se incluye de manera excepcional el caso Shuar en la República de Ecuador, a fin de ofrecer un panorama más amplio de la conflictividad en el continente.

II.- Perú

Primeramente se dará una semblanza histórica en Perú, donde la propiedad prehispánica se conocía como “ayllu”, término que también correspondió a territorios indígenas ubicados en distintos países de América y conformaba el núcleo de la sociedad inca como extensiones de tierra poseídas por una familia determinada que se sucedía de manera generacional.

Los ayllu configuraron una sociedad basada en derechos colectivos que se antepusieron a los individuales de los pobladores y la vida pública contenía tanto los valores y ritos religiosos, como los asuntos de carácter económico y las obligaciones para con la comunidad. Este sistema perduró hasta la llegada de los españoles al Imperio de Tahuantinsuyo, así la Corona impuso paulatinamente sus propias formas de regulación y categorizó la normativa aplicada a españoles, criollos e indios, respectivamente.²

En 1542, gracias al trabajo de misioneros como Fray Bartolomé de las Casas, Carlos V expide las Leyes de Indias, que suprimen en su totalidad algún tipo de trabajo subordinado hacia los indígenas incluso por motivos de rebelión o guerra.

²Cfr. Sala i Vila, Núria, “Gobierno colonial, Iglesia y poder en Perú. 1784-1814”, *Revista Andina*, Centro de Estudios Regionales Andinos “Bartolomé de Las Casas”, Número 1, Año 11, Julio, Perú, 1993, pp 138-141.

Las Leyes de Indias se modificaron posteriormente por presión española y un punto primordial fueron las nuevas modalidades de adquisición de la tierra que rigieron, basadas en la repartición en favor de la clase española, aunque los indígenas también podían comprobar su posesión ante las complicaciones por el escaseo de tierra y la creciente población.³

En el siglo XIX, tras la independencia, se dictaron normas para modificar la concepción indígena y conseguir la conformación de un sentimiento nacional acorde a la república peruana.

Los cambios constitucionales continuos en el siglo XX admitieron desde la Constitución de 1920 la existencia de otras culturas y etnias en Perú y los derechos que se otorgaron a los pueblos indígenas aumentaron en las disposiciones nacionales de 1933 y 1969.

La Constitución de 1933 determinó las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad para las tierras de las comunidades indígenas y estableció la dotación en caso de que una comunidad no contara con espacio territorial.

La Constitución actual que data de 1993 contiene dos artículos que regulan lo correspondiente a la tierra nativa y campesina: el 88 y 89, éste último al respecto enuncia:

Artículo 89°. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de

³Cfr. Del Vas Mingo, Marta Milagros, "La problemática de la ordenación territorial en Indias (ss.XVI-XVIII)", *Revista Complutense de Historia de América*, Departamento de Historia de América I, Universidad Complutense de Madrid, Número 25, España, 1999, pp.75-77.

sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

El tema de la autonomía en la Carta Magna concibe la figura de “personería jurídica” para las comunidades y responsabiliza al Estado como garante de facultades propias de gobierno indígena y permanencia de sus tierras.

En 1974, mediante la Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de Selva y Ceja de Selva, la personería jurídica que se reconocía ya a algunos pueblos indígenas, se extendió a la zona de la Amazonia y el Estado les otorgó jurisdicción para resolver conflictos de cuantía mínima.⁴

En la Constitución de 1979 se logra que la autonomía indígena regule los aspectos económicos y administrativos propios, además del régimen comunal que ahora podía ser enajenable según la aceptación de dos tercios de comunidad. También se otorga el derecho al voto para para la población indígena.

La Constitución de 1993 actual denomina “nativos” a los pertenecientes de pueblos indígenas y les concede la aplicación de prácticas consuetudinarias en su territorio, así como la creación de la figura de identidad étnica como derecho fundamental. Esta Constitución, aunque intenta esclarecer los derechos de los nativos obligatoriamente por la ratificación del Convenio 169 de la OIT, actualmentees precaria en cuanto a la cantidad de disposiciones en favor de las comunidades indígenas.

Como es común en las constituciones latinoamericanas, la peruana no exceptúa que la capacidad jurisdiccional indígena tenga concordancia con el sistema

⁴Cfr. Chuecas Cabrera, Adda, *El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú*, Congreso de la República del Perú, p.8: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf)>, [última consulta: 31 de diciembre de 2019].

normativo dominante, en el caso peruano debe sujetarse al Poder Judicial y los Juzgados de Paz, al respecto el artículo 149 establece:

Artículo 149°. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

A pesar del longevo reconocimiento pluricultural, los problemas jurisdiccionales emergentes para los pueblos nativos se presentan en la cotidianidad, especialmente en los Juzgados de Paz, figura que Perú y otros países en Latinoamérica adoptaron como medio de resolución alternativa de conflictos.

El artículo 149 es el único en la Constitución peruana que refiere las funciones jurisdiccionales indígenas conforme a su regulación consuetudinaria, así como la figura de los Jueces de Paz.

Deborah Poole asevera al respecto:

“(…) para la Constitución vigente, la cultura y la identidad étnica son derechos que pertenecen (como si fueran una propiedad) al individuo: por otro lado, el derecho consuetudinario es un derecho político que existe al margen de la afiliación cultural de los miembros de las rondas campesinas; y, por último, la palabra costumbre simplemente no figura en la Carta Magna en la cual se funda el sistema normativo jurídico peruano”.⁵

La ambigüedad de la figura de los Jueces de Paz se nota por la manera en que deben resolverse los conflictos que lleguen a su jurisdicción, que desde las leyes

⁵ Poole, Deborah, “Los usos de la costumbre. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal”, *Alteridades*, UAM, volumen 16, número 31, enero – julio, México, 2006, p.14.

posteriores a la Constitución de 1993, en la práctica, deben hacerse las tradiciones de conocimiento del juez y debe respetarse su aplicación en el lugar donde se presente la litis siempre que no se contravengan los derechos humanos y las demás disposiciones constitucionales, lo que dificulta el cumplimiento pleno de los Jueces de Paz y pueden encontrarse en situaciones incluso contrarias en tanto que las normas tradicionales o el entendimiento del juzgador por la naturaleza del caso específico tiendan a contravenir el orden constitucional.

Deborah Poole comenta sobre los resultados de su trabajo etnográfico desde la visión de los jueces ante la problemática potencial en la justicia de paz:

“Lo que he aprendido de ellos es que no la consideran un privilegio o derecho, sino más bien una amenaza recurrente. El prevaricato, por ejemplo, designado en los manuales como “delito propio al cargo de juez de paz”, tiene lugar “cuando el juez dicta una resolución que contradice claramente el texto de la ley” (...). Pero si se supone que el juez no tiene que basarse en el “texto de la ley”, ¿cómo saber cuándo éste contradice la ley y cuándo sus acciones y decisiones han pasado al terreno de la extralegalidad? (...) el juez de paz *debe* ocupar dos cuerpos: uno, el del funcionario desinteresado que simboliza el espíritu de la ley y, el otro, el de carne y hueso, que representa el conocimiento personal y la intimidad en su comunidad”.⁶

III.- Colombia.

La lucha que comandó Simón Bolívar por la independencia de la Gran Colombia en el siglo XIX dio origen a los actuales territorios de Ecuador, Panamá, Venezuela, y por supuesto, Colombia, donde se reconoce el dominio de las tierras indígenas mediante la figura del “resguardo”, que tiene su origen en la época colonial. El resguardo es similar a la propiedad comunal mexicana antes de la reforma agraria

⁶Poole, Deborah, *op. cit.*, p.15.

de 1992, porque las tierras que forman parte del resguardo indígena no pueden enajenarse o incluirse en la ámbito mercantil de alguna manera, solamente los indígenas pertenecientes al resguardo pueden aprovechar las tierras.

Mediante los resguardos se les reconoció la propiedad a los indígenas de las tierras que habitasen aunque los modos de limitar la superficie eran imprecisos.

La figura fue objeto de numerosos ataques desde su vigencia debido a los intereses de la clase española por poseer las tierras de las comunidades y comerciar con ellas. A pesar de ello, la figura logró sobrevivir hasta la actualidad, logro en gran medida por la persistencia indígena.⁷

A partir de 1961, con la creación del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, se asignó el resguardo a la jurisdicción del Instituto y hasta la fecha funge como regulador de la propiedad indígena, pero las quejas a los trámites burocráticos son comunes y con ello la constitución de nuevos resguardos queda como un proceso complicado y poco eficiente para el aprovechamiento indígena.

La Constitución colombiana de 1991, renovó la visión estatal y dio paso a una concepción pluralista de la República Colombiana que formuló derechos fundamentales también para los sectores indígenas y entabló temas correspondientes a su autonomía.

El artículo 7 de la Constitución Política actualmente refiere:

Artículo 7o. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

La Corte Constitucional mediante jurisprudencia, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT, estableció un bloque de constitucionalidad referente para determinar los alcances del artículo 7.

⁷Cfr. Solano, Sergio Paolo y Flórez Bolívar, Roicer, "Resguardos indígenas en el Caribe Colombiano durante el siglo XIX", *Procesos Históricos*, Universidad de los Andes, Número 19, Enero-junio, Venezuela, 2011, pp.73-75.

En la ponderación del artículo se interpreta que tiene concordancia con otros principios constitucionales, especialmente el artículo 1, que conforma a la nación colombiana en pro de la autonomía de las entidades territoriales como una república democrática, participativa y pluralista.

Aunque la Constitución de 1991 fue un gran logro nacional, los sectores indígenas no dejaron de ser un sector vulnerable en la vida política y jurídica, dando origen a numerosos conflictos entre el Estado y los pueblos indígenas.

Dentro del Capítulo V. De las jurisdicciones especiales, se hace nombramiento de las autoridades indígenas para resolver según sus principios sin contravenir a la Constitución Política:

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.

Del numeral anterior se observa el carácter relativo de autonomía que gozan los pueblos indígenas en cuanto a la libertad jurisdiccional siempre que el orden oficial no se afecte, así como la coordinación de ese modo de la jurisdicción especial con el orden estatal, similar al caso de México y el artículo 2 constitucional, donde se contempla la validación de las resoluciones indígenas con respecto del sistema normativo de la Federación.

El dominio estatal se acentúa en la Constitución colombiana por el artículo 330, del que a continuación se cita el primer párrafo y se enlistan resumidamente algunos puntos:

Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y

reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

- Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
- Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
- Velar por la preservación de los recursos naturales.
- Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
- Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.

La Constitución crea la figura de los consejos, mediante los cuales los pueblos indígenas pueden reglamentarse según sus usos y costumbres. Adicionalmente el desarrollo territorial indígena debe concordar con el Plan Nacional de Desarrollo y colaborar con el Gobierno Nacional para mantener el orden público, de manera que el Gobierno Nacional puede instruir a los pueblos indígenas mediante sus disposiciones. El sistema normativo estatal restringe así la autonomía indígena de manera explícita.

La Corte Constitucional de Colombia insiste en que el artículo 7 es insuficiente para atender a las necesidades de los pueblos indígenas, muestra de ello es la creación de la figura “principio de maximización de la autonomía indígena”, con el que se intentó fortalecer la estrecha libertad implícita del artículo 7. En el caso de conflicto entre derechos fundamentales privados y colectivos, se les da prioridad a los colectivos en beneficio de la representación indígena que sostienen. También por medio de la maximización de la autonomía indígena los argumentos culturales del régimen estatal son segundo plano al momento de resolver una controversia donde

versen intereses colectivos indígenas o zonas de resguardo, de ese modo predominarán las costumbres indígenas.⁸

De entre los conflictos que suscitaron enfrentamientos relevantes del Estado contra pueblos indígenas, la historia de la comunidad Wayú, que se ubica en la península Guajira entre los países de Venezuela y Colombia, es ejemplificativa por ser reconocida como una de las culturas indígenas más antiguas que aún persisten.

Desde la época de la conquista española la comunidad Wayú luchó por mantener su independencia del régimen colonial que gestó gran parte del continente americano y con el pasar de los siglos conservó su territorio y cultura.

En el siglo XX el pueblo Wayú fue escenario de violencia desde la década de 1970, que la producción de marihuana se incrementó a tal nivel que la presencia del narcotráfico creció con rapidez.

La situación provocó que en menos de diez años, en el periodo de 1975 a 1982, La Guajira se convirtiera en la región más violenta de Colombia con una tasa de noventa y dos homicidios por cada cien mil habitantes.⁹

La protección de negocios ilícitos de la mano del narcotráfico trajo como consecuencia ataques perpetrados por el Estado contra los grupos paramilitares que nacieron en la región Guajira, que principalmente contravenían los fines económicos estatales.

IV.- Bolivia.

En Bolivia la propiedad durante la época colonial se regía por las llamadas “concesiones”, figura que otorgó a los indígenas el derecho de usufructo sobre las

⁸Cfr. Baena, Samuel, “La autonomía de las Entidades Territoriales Indígenas”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad de Externado de Colombia, Colombia, núm. 13, primer semestre/2015, p. 118: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5165139.pdf>>, [última consulta: 14 de septiembre 2019].

⁹Cfr. Viloria de la Hoz, Joaquín en Villalba Hernández, José, “Wayúu. Resistencia histórica a la violencia”, en *Historia Caribe*, Universidad del Atlántico, Colombia, vol. V, núm. 13, 2008, p.58.

tierras que habitasen, lo que significa que la Corona tenía el dominio y la propiedad sobre ellas y que las necesidades de la clase española tenían que suplirse con anterioridad a las indígenas.

La figura de las encomiendas también formó parte de la vida cotidiana en Bolivia, así como de otros lugares del continente americano bajo la posesión española. Por medio de las llamadas “visitas” se establecían los tributos a pagar por parte de los indios y se resolvían conflictos entre ellos, los encomendados y el encomendero.¹⁰

Posteriormente las encomiendas se disolvieron y el control sobre los indios y la tributación quedó en manos de los Corregidores de Indios, pero tras diversos levantamientos indígenas, la figura cambió su denominación a “Contribuciones de Indios” y se eliminaron los Corregidores.

La inconformidad indígena por los ánimos de aumento tributario y ser considerados inferiores racionalmente, así como el continuo crecimiento de la clase mestiza, trajeron consigo cambios importantes en los movimientos independentistas del siglo XIX, especialmente por el accionar de personajes como Simón Bolívar, que se rehusaba a usar el término “indio” y se manifestaba en contra del estatus de inferioridad marcado por la colonia a los pobladores originarios, ya que a su juicio merecían un trato paternal por parte de los españoles debido al rechazo y opresión sufrida.¹¹

El Decreto de Trujillo en 1824 se centró en proteger las tierras indígenas de los cambios que empezaron a suscitarse por la inevitable independencia boliviana en 1825, después de que varios estados en América ya eran independientes. Bernardo Huarachi sintetiza las disposiciones proporcionadas por Guillermo Figallo:

¹⁰Cfr. Salinas, María Laura, “Trabajo, tributo, encomiendas y pueblos de indios en el nordeste argentino. Siglos XVI-XIX”, *Iberoamericana*, Instituto Internacional de Literatura Iberoamericana, University of Pittsburg, Volumen IX, Número 34, Estados Unidos, 2009, pp.32-35.

¹¹Cfr. Del Castillo, Lina, *La invención republicana del legado colonial: Ciencia, historia y geografía de la vanguardia política colombiana en el siglo XIX*, Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes, Colombia, 2018, p.99.

- “Se venderán de cuenta del Estado todas las tierras de su pertenencia (...);
- No comprenden el artículo anterior las tierras que tienen en posesión los denominados indios, antes bien se les declara propietarios de ellas (...); y,
- Las tierras llamadas de comunidad se repartirán conforme a ordenanza, entre todos los indios que no gozan de alguna otra suerte de tierras”.¹²

Para 1874, con la implementación de la Ley de Ex Vinculación se fortaleció la posesión de las tierras indígenas, en tanto que los títulos de propiedad que los indígenas poseían les otorgaron dominio pleno sobre ellas y aquellas que sobrasen pasaron a dominio estatal.

La Ley también negó que cualquier grupo de personas intentase imitar la figura del ayllu, así como que los funcionarios públicos no podían comprar los terrenos sobre los que ejercían sus funciones u obtener el usufructo.

Pese a lo anterior, décadas posteriores a la independencia, el sistema tributario funcionó de la misma manera que en la época colonial: los tributos indígenas se inscribían en consideración con la familia a la que se pertenecía. Es hasta 1881 que se implementó un nuevo sistema tributario con base en la relación que guardase el indígena con la tierra que poseía.

En el siglo XX el ordenamiento más relevante fue el Decreto Ley número 3464 de 1953 que pretendió la armonización del capitalismo emergente con los regímenes campesinos de tenencia de la tierra. Destacan entre las disposiciones la entrega de tierras a labriegos que no poseyeran el espacio necesario para sus labores agrícolas, la expropiación de latifundios y la restitución de tierras usurpadas a los indígenas.

¹²Figallo, Guillermo en Huarachi Tola, Bernardo, “Régimen Jurídico de la tenencia de tierra en Bolivia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017, pp. 1077 y 1078.

Tras distintas disposiciones a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y principios del siglo XXI, en 2009 con la creación de la Nueva Constitución Política del Estado, los derechos indígenas en el ámbito de la propiedad de la tierra se subordinan a la normatividad estatal a efecto de que éste funja como garante de esos derechos.

De entre los motivos para crear la Constitución, resalta el censo de 2001, en la cual el 61% de la población boliviana se reconoció perteneciente a un pueblo indígena, como mayorías se reconocen las etnias quechua y aymara.¹³

Huarachi Tola resume y enlista el contenido constitucional:¹⁴

- El pueblo boliviano se adjudica como dueño del suelo y subsuelo, y corresponde al Estado la propiedad, administración y control.
- El trabajo es la fuente para la adquisición y conservación de la tierra.
- El Estado reconoce tanto la propiedad individual como la propiedad colectiva e la tierra. También se concibe un régimen mixto de propiedad que atiende a fenómenos dados en las comunidades de las zonas de valles y altiplano.
- Prohíbe la doble dotación de tierras.
- Establece la reversión de la propiedad agraria en el caso de que tienda a ser latifundista o incumpla la Función Económica Social.
- Igualación de derechos campesinos mediante la creación del Territorio Indígena Originario Campesino como modalidad de propiedad.
- Ningún extranjero puede adquirir tierras estatales.
- Creación de la jurisdicción agroambiental.

La Constitución establece un término único entre las legislaciones americanas, la “autonomía indígena originario campesina”, que en el artículo 2 se menciona como parte constitutiva de la nación con justificación histórica:

Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus

¹³Cfr. *Los pueblos indígenas de Bolivia: diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2001*, CEPAL, Naciones Unidas, Chile, 2005, p.39.

¹⁴Cfr. Huarachi Tola, Bernardo, *op. cit.*, pp. 1083, 1084 y 1085.

territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

Mediante la división política boliviana se pueden constituir en los municipios autonomías indígenas originarias campesinas. El artículo 284, fracción II enuncia:

II. En los municipios donde existan naciones o pueblos indígenas originarios campesinos, que no constituyan una autonomía indígena originaria campesina, éstos podrán elegir sus representantes ante el Concejo Municipal de forma directa mediante normas y procedimientos propios y de acuerdo a la Carta Orgánica Municipal.

Xavier Albó enuncia los beneficios de la transición municipal hacia la autonomía:

“En términos teóricos, se explicita el reconocimiento de su carácter indígena originario. En términos prácticos, como punto de partida, no pierde ninguna de las ventajas que ya tenía como municipio, con los recursos que ya recibía de la coparticipación popular, su condición de pobreza, etc. y mantiene asimismo las 43 competencias exclusivas propias de todo municipio, señaladas en el art. 303 de la CPE. (...)”¹⁵.

El Capítulo Séptimo de la Constitución boliviana se denomina “Autonomía Indígena Originaria Campesina”. Inicia el capítulo con el artículo 289 que establece:

Artículo 289. La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.

¹⁵Albó, Xavier en González, Miguel, Burguete Cal, Araceli y Ortiz-T, Mayor Pablo, *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Primera Edición, FLACSO, Ecuador, 2010, p.363.

Los artículos posteriores enuncian el carácter ancestral de los territorios que gozan de autonomía indígena, la organización que queda a su cargo por la posibilidad de autogobierno y la solución estatal a los conflictos con las delimitaciones municipales.

La gran mayoría de los artículos concernientes a la autonomía indígena finalizan con el establecimiento de que se regirá en todo caso conforme los estándares estatales contenidos en la Constitución y demás leyes, lo que demuestra el carácter de supraordinación del régimen estatal con respecto de la autonomía indígena.

El territorio que constituye actualmente a la nación boliviana fue escenario de constantes levantamientos indígenas desde el siglo XIX. Destacan movimientos como el de los Apoderados Generales que se opusieron a la Ley de Ex Vinculación de 1874 por pretender individualizar la propiedad comunal, el de Caciques Apoderados que lucharon por la restitución de tierras comunales hasta la década de 1950 y también se sumaron otros fines como la autonomía territorial de la región Jesús de Machaca, que provocaron enfrentamientos violentos al interior del país.

De entre los conflictos más recientes destaca el del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Sécure que surge entre el año 2011 y 2012 por los planes estatales de construir una carretera de Villa Tunari a San Ignacio de Moxos. La población indígena de Isiboro-Sécure inició movilizaciones contra el proyecto carretero por comenzarse sin la consulta previa de la comunidad como lo establece la Constitución boliviana y distintas disposiciones internacionales suscritas por el país.

Entre los temas en disputa de la comunidad amazónica y el Estado boliviano se encuentran, por una parte la concepción territorial estatal e indígena que se contraponen y por otra la carga vinculante que tiene la disposición constitucional sobre el derecho a consulta de los pueblos indígenas.

La población indígena acusa al gobierno de buscar sus propios fines a costa del deterioro de sus tierras, la afectación que supondría la terminación del proyecto carretero altera de manera íntima la vida comunitaria y el medio ambiente que

especialmente protege la población de Isiboro-Sécure, en pro de la obtención de más plantaciones de coca en la región.¹⁶

El segundo problema en juego es la importancia que se le otorga al derecho a consulta indígena en todo evento que modifique su espacio geográfico.

La legislación boliviana no es clara al establecer el derecho indígena a la consulta, no se explica si tiene carácter vinculante o meramente sugerente. El Estado boliviano, que pretendió seguir adelante con el proyecto, determinó de manera implícita que el derecho a la consulta solamente era sugerente y en todo caso el gobierno boliviano podía disponer del uso de la tierra como conviniese a sus fines.

La denuncia hecha por la comunidad indígena llegó a instancias internacionales, el Tribunal Internacional de los Derechos de la Naturaleza falló a favor de la comunidad Isiboro-Sécure en mayo de 2019 y con ello se intentó invalidar la inferencia estatal boliviana de que el derecho a consulta no tenía carácter vinculante.

Parte de la sentencia también declara que se derogue la Ley 969 de Protección, Desarrollo Integral y Sustentable del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécure que se promulgó en 2017 mediante la cual el gobierno boliviano escudó su accionar y pretendió proseguir con la construcción. La Ley creada con posterioridad violó de manera explícita el principio de irretroactividad.¹⁷

Durante su mandato, Evo Morales desconoció la resolución del tribunal y negó detener el complejo carretero aunque en reiteradas ocasiones diversas organizaciones intentaron dialogar con el orden estatal.

¹⁶Cfr. Miranda, Boris, *TIPNIS, la controversial carretera que puede partir en dos una selva de Bolivia y que Evo Morales "insiste en construir"*, BBC Mundo, 2017: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40942121>>, [última consulta: 30 de diciembre 2019].

¹⁷Cfr. Ariñez Rubén, "Tribunal falla en contra de Bolivia por el caso TIPNIS y pide anular ley que levanta intangibilidad", *La Razón Digital*, 2019: <http://www.la-razon.com/sociedad/TIPNIS-Tribunal-Naturaleza-fallo-construccion-carretera-enulacion-ley-969_0_3147885221.html>, [última consulta: 31 de diciembre 2019].

V.- Panamá.

Antes del arribo español a las tierras de Abia Yala, nombre con el que se le conocía a América por la etnia Kuna, los pueblos que conformaban el Istmo de Panamá comprendían principalmente la población maya y chibcha, además de algunos otros grupos originarios del Caribe.

La hegemonía española trajo consigo la combinación de personas tanto de etnias americanas como de etnias africanas por la cantidad de esclavos exportados y las poblaciones del Istmo se convirtieron en comunidades plurirraciales.

Los pobladores aborígenes tenían el mismo estatus que los esclavos, lo que denotó una clase española especialmente fuerte y no es sino hasta el siglo XIX, que gracias a la protesta en otros lugares de América, las poblaciones indígenas empezaron a tomar relevancia.

Desde que Panamá se constituyó como nación independiente en 1821, se reconocen cuatro etnias que sobrevivieron el periodo colonial: los Kuna, los Guaymí, los Chocó y los Bokota, aunque posteriormente se sumaron otras.

La figura político-jurídica con la que se conservan los territorios indígenas con su cosmovisión, creencias, espiritualidad y costumbres es la Comarca. La Comarca Indígena es un régimen especial dentro de la territorialidad panameña, que se compone de provincias, distritos y corregimientos. Esta organización geográfica tiene sustento en el artículo 5 de la Constitución Política.

La primera Comarca que se creó fue Kuna Yala, que en 1925 se levantó en armas contra el gobierno panameño en busca del reconocimiento de sus derechos, lo que trajo consigo modificaciones constitucionales en pro de la creación de más regímenes especiales.

Los fines republicanos de la creación de las comarcas correspondieron a mantener bajo el control estatal aquellos lugares alejados geográficamente que habitasen los indígenas y a quienes el soberano les concedía el usufructo.

En cuanto a la concepción de la tierra, la Comarca asegura que el espacio geográfico que poseen los pueblos indígenas no sea susceptible de enajenación por terceros, salvo que se les reconozca como poseedores de una parte del territorio y en el caso de que existan áreas con recursos naturales dentro de la Comarca, las leyes nacionales se coordinarán con las leyes locales a fin de mantener el correcto equilibrio ecológico, especialmente de las áreas protegidas.¹⁸

Actualmente existen cinco comarcas, cada una se regula a través de su Carta Orgánica, que anteriormente debe ser aprobada por el Ejecutivo. Las Cartas Orgánicas contienen primordialmente la cosmovisión del pueblo indígena respectivo, la división política, las autoridades e instituciones comarcales, así como diversos organismos de representación política, el modo de administración de justicia y resolución de conflictos, las regulaciones en materia de educación y medicina tradicional, el reconocimiento al matrimonio que debe tener concordancia con otras leyes nacionales y el respeto a la religión que se profese.

La máxima autoridad comarcal es el Congreso General Indígena, el Consejo Indígena u otra autoridad que la Comarca reconozca. La autoridad debe representarse por un Cacique que será elegido a la manera tradicional de la comunidad.¹⁹

La legislación panameña es enfática en la coordinación que deben tener las leyes nacionales y las regulaciones comarcales, el Código Procesal Penal vigente en su artículo 30 reconoce a los Jueces Comarcales y a las Autoridades Tradicionales Indígenas como Órganos jurisdiccionales, por lo que las autoridades indígenas tienen facultades para resolver conflictos penales conforme las disposiciones de la

¹⁸Cfr. *Los pueblos indígenas de Panamá: Diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2000*, CEPAL, Naciones Unidas, Chile, 2005, pp.17 y 18:<https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3533/1/S2005021_es.pdf>, [última consulta 01 de enero 2020].

¹⁹Cfr. Valiente López, Aresio en Huber, Rudolf et al. (coordinadores), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, SNE, Konrad Adenauer Stiftung, Alemania, 2008, p.205.

Carta Orgánica comarcal y el Código Procesal Penal, que también absuelve a la autoridad indígena de conocer sobre algunos delitos según el numeral 48:

Artículo 48. Competencia de los Jueces Comarcales. Los Jueces Comarcales tendrán competencia para conocer de delitos cometidos dentro del territorio de la comarca, salvo que se trate de delito de homicidio doloso, los delitos que resulten en la muerte de una persona, los delitos contra la economía nacional, los delitos relacionados con drogas, los delitos contra la Administración Pública, el terrorismo y los delitos ejecutados por el crimen organizado.

En el ámbito constitucional, el máximo ordenamiento panameño vigente desde 1972 merece especial mención el numeral 88, donde el Estado se responsabiliza de la alfabetización bilingüe:

Artículo 88. Las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación y el Estado promoverá programas de alfabetización bilingüe en las comunidades indígenas.

La propiedad indígena se garantiza en el artículo 127 y el derecho de identidad étnica en el artículo 90 que establece:

Artículo 90. El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.

Algunos otros artículos mencionan de manera breve la obligación estatal de comprometer a los pueblos indígenas en lo referente a cuestiones políticas, sociales y agrarias, aunque sin la consideración de métodos precisos para esos fines.

En otro tenor, los grupos indígenas que practican hechicería son comunes en Panamá y las creencias en los pueblos admiten la existencia de seres malignos que

atentan contra los pobladores desde tiempos ancestrales, por lo que las maneras de defenderse de ellos incluyen tanto ritos como medios de protección, hasta el ataque violento contra la presencia de alguno.

De entre los casos donde las creencias culturales entrañan conflicto con la normatividad estatal y se va más allá del Derecho para resolver jurídicamente, destaca el Caso Chogaly en 2001 en la comunidad Ngöbe, analizado por Aresio Valiente, en el que un hombre, Eustaquio Sanjur Marucci, asesinó a Marina Montezuma Sánchez, una niña de la localidad.²⁰

El hombre fue sentenciado a ocho años de prisión y la inhabilitación de derechos políticos, la sentencia se apeló bajo el argumento de que Eustaquio era merecedor de la atenuante de supina ignorancia, toda vez que se confundió el estado alcohólico del imputado con las creencias culturales de su región, él reaccionó de manera violenta ante la presencia de lo que creyó ser un Chogaly, una especie de bruja que irrumpe en la vida cotidiana Ngöbe.

La Corte Suprema de Panamá resolvió ante la apelación que no obstante las creencias mitológicas culturales del imputado, la comunidad también contiene normas éticas y entre ellas destaca el respeto a la vida, por lo que no se logró una disminución o exclusión de la pena a raíz de la acción.

Aresio Valente López destaca sobre el caso:

“En el caso del *chogaly*, tanto el Ministerio Público como el Tribunal Superior ignoraron o no practicaron el peritaje cultural, ya que la Sala Penal en ningún momento menciona este procedimiento. Independientemente de si es culpable o inocente, si una persona o el victimario se refieren de manera importante en un proceso a alguna creencia, incluyendo alguna sobre brujería o, como en el caso en análisis, sobre un *chogaly*, se debió practicar peritaje cultural para que quienes administran justicia puedan entender mejor el tema. En este caso, el

²⁰ Cfr. Valente López, Aresio, en Huber, Rudolf et al. (coordinadores), *op. cit.*, pp.226 y 227.

Ministerio o el Tribunal debían haber practicado peritaje cultural a través de antropólogos especializados en el tema indígena”.²¹

Este caso marca la diferencia cultural entre miembros de comunidades indígenas y ciudadanos del Estado panameño, se ejemplifica el abismo que existe entre los saberes de la comunidad y los de la nación en general.

El que se reconozca un sistema normativo y su autonomía, implica que toda la cultura también se admita y ese punto es esencialmente complicado para el sistema normativo dominante, que formaliza los derechos indígenas a través de sus leyes pero no atiende de manera efectiva los posibles conflictos entre la normatividad y la cultura propia.

Por otra parte, la omisión de figuras como el peritaje cultural en el caso Chogaly, sitúa en desigualdad a la parte miembro de un pueblo indígena, el juzgador en última instancia pertenece al sistema estatal y no puede contravenirlo, lo que mengua el alcance de la impartición de justicia con consideraciones culturales particulares en favor de las comunidades originarias.

VI.- Ecuador: Caso Shuar.

Como excepción al ámbito de estudio delimitado para este trabajo, se relatará el caso Shuar de Ecuador, uno de los más relevantes en América que ocurrió en 1998 procedente de un recurso de amparo interpuesto por la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador contra la explotación petrolera de la empresa Petroecuador de origen estatal y la empresa Arco Oriente.

La comunidad Shuar protestó contra el contrato firmado entre las dos empresas, toda vez que se omitió el derecho a la consulta de la población indígena y la firma de un documento posterior que se sostuvo unilateralmente con algunos representantes indígenas la empresa Arcos Oriente en 1999, lo que contravenía

²¹Valente López, Aresio, en Huber, Rudolf et al. (coordinadores), *op. cit.*, p.228.

normas de la Federación sobre no negociar en el ámbito de explotación petrolera con la empresa y sus miembros.

A pesar de que en primera instancia el amparo fue admitido, el Tribunal Constitucional posteriormente conoció de la litis y determinó que el contrato de fecha 27 de abril de 1998 era de carácter privado y no administrativo, además de que ocurrió con anterioridad a la ratificación del Estado al Convenio 169 de la OIT que data del 15 de mayo de 1998, así la ley no podía tener efecto retroactivo.

La sentencia admite la continuación de la explotación petrolera y ordenó que no hubiese algún tipo de obstáculo contra la misma por parte de las comunidades indígenas.

La Organización Internacional del Trabajo se pronunció después de lo acontecido y al respecto Marcelo Bonilla señala:

“Sin embargo, hay que destacar el criterio señalado en el informe de la OIT del 27 de enero de 2000 sobre este caso específico, en cuanto a que la obligación de consultar no se limita a la celebración de contratos, sino que abarca todo el conjunto de acciones que forman parte del proceso de exploración y explotación de recursos que impliquen o involucren la forma y calidad de vida de la comunidad Shuar”.²²

Dadas las complicaciones que trae consigo el advenimiento de los crecientes derechos indígenas, diversas disciplinas sirven al Derecho como coadyuvantes en la tarea de responder a las necesidades normativas del siglo XXI, el reconocimiento de la multiculturalidad es un tema aún pendiente que ha subido escaños en las legislaciones nacionales e internacionales a través del replanteamiento de figuras jurídicas que anteriormente tuvieron efectos adversos hacia las poblaciones indígenas y que hoy pueden verse reflejadas en las constituciones de distintos países, predominantemente en el continente americano.

²²Bonilla Urvina, Marcelo en Huber, Rudolf et al. (coordinadores), *op. cit.*, p.60.

Los conflictos suscitados por la ideología y los fines contradictorios que rigen a los estados modernos y a los pueblos indígenas ejemplifican de manera importante los temas latentes en la política actual, la inclusión de derechos indígenas en la normatividad no resuelven el problema por inercia, los pasos siguientes son clarificar los contenidos sustantivos y adjetivos jurídicos que refieren al respeto y cumplimiento de los derechos indígenas, así como atender a la consciencia sobre las diferencias culturales para proporcionar a los pueblos y comunidades mayor participación, hacer efectivos sus intereses y suplir sus necesidades.

Conclusiones.

- Históricamente la situación de conflicto entre la normatividad indígena y la normatividad estatal se ha acentuado dada la evolución de las disposiciones del régimen jurídico dominante, lo que ha causado la marginación del sector indígena y en otros casos la desaparición de comunidades.
- La tenencia de la tierra es uno de los ámbitos más problemáticos entre la normatividad oficial y la indígena, para los últimos la significación del espacio físico trasciende a la cosmovisión y modo de vida local, el avance mercantilista de producción de la tierra hizo necesaria la regulación diferenciada de la propiedad estatal e indígena.
- Distintos derechos indígenas reconocidos principalmente en el siglo XX dotan a las comunidades de autonomía relativa frente la regulación estatal, los avances paulatinos en este ámbito son relevantes, aunque insuficientes frente el acontecer de la vida global actual y la presión internacional del reconocimiento de los derechos humanos y pluriculturales.
- Producto de la marginación y discriminación histórica sufrida por los pueblos indígenas, los conflictos suscitados entre Estado y comunidades han sido de naturaleza violenta en numerosos casos, el Derecho al respecto trata de reconciliar los ideales contrapuestos pero aún la ambigüedad y precariedad legislativa dificultan el funcionamiento armónico de los sistemas normativos.

- Es necesario prolongar el debate sobre los derechos indígenas y las legislaciones nacionales en Latinoamérica, especialmente dados los problemas suscitados a lo largo de la consolidación estatal y los consensos internacionales en pro de la inclusión indígena actuales.
- La creación de legislación que intenta realzar los derechos indígenas no es suficiente, el diálogo entre ambas partes puede fortalecer la convivencia pacífica ante la disparidad de culturas e ideologías, el seguimiento insistente de los fines estatales debe considerar el potencial daño que se ocasione a los pueblos indígenas, así como revisar sus puntos de vista en la toma de decisiones que los involucren.

Bibliografía.

- Albó, Xavier en González, Miguel, Burguete Cal, Araceli y Ortiz-T, Mayor Pablo, *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, Primera Edición, FLACSO, Ecuador, 2010.
- Ariñez Rubén, “Tribunal falla en contra de Bolivia por el caso TIPNIS y pide anular ley que levanta intangibilidad”, *La Razón Digital*, 2019: http://www.la-razon.com/sociedad/TIPNIS-Tribunal-Naturaleza-fallo-construccion-carretera-enulacion-ley-969_0_3147885221.html
- Baena, Samuel, “La autonomía de las Entidades Territoriales Indígenas”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad de Externado de Colombia, Colombia, núm. 13, primer semestre/2015: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5165139.pdf>
- Chuecas Cabrera, Adda, *El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú*, Congreso de la República del Perú: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf)

- Del Castillo, Lina, *La invención republicana del legado colonial: Ciencia, historia y geografía de la vanguardia política colombiana en el siglo XIX*, Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes, Colombia, 2018.
- Del Vas Mingo, Marta Milagros, “La problemática de la ordenación territorial en Indias (ss.XVI-XVIII)”, *Revista Complutense de Historia de América*, Departamento de Historia de América I, Universidad Complutense de Madrid, Número 25, España, 1999.
- Huarachi Tola, Bernardo, “Régimen Jurídico de la tenencia de tierra en Bolivia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017.
- Huber, Rudolf et al. (coordinadores), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, SNE, Konrad Adenauer Stiftung, Alemania, 2008.
- *Los pueblos indígenas de Bolivia: diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2001*, CEPAL, Naciones Unidas, Chile, 2005.
- *Los pueblos indígenas de Panamá: Diagnóstico sociodemográfico a partir del censo del 2000*, CEPAL, Naciones Unidas, Chile, 2005: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35333/1/S2005021_es.pdf
- Miranda, Boris, *TIPNIS, la controversial carretera que puede partir en dos una selva de Bolivia y que Evo Morales "insiste en construir"*, BBC Mundo, 2017: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40942121>
- Poole, Deborah, “Los usos de la costumbre. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal”, *Alteridades*, UAM, volumen 16, número 31, enero – julio, México, 2006.
- Sala i Vila, Núria, “Gobierno colonial, Iglesia y poder en Perú. 1784-1814”, *Revista Andina*, Centro de Estudios Regionales Andinos “Bartolomé de Las Casas”, Número 1, Año 11, Julio, Perú, 1993.
- Salinas, María Laura, “Trabajo, tributo, encomiendas y pueblos de indios en el nordeste argentino. Siglos XVI-XIX”, *Iberoamericana*, Instituto

Internacional de Literatura Iberoamericana, University of Pittsburg, Volumen IX, Número 34, Estados Unidos, 2009.

- Solano, Sergio Paolo y Flórez Bolívar, Roicer, “Resguardos indígenas en el Caribe Colombiano durante el siglo XIX”, *Procesos Históricos*, Universidad de los Andes, Número 19, Enero-junio, Venezuela, 2011.
- Vilorio de la Hoz, Joaquín en Villalba Hernández, José, “Wayúu. Resistencia histórica a la violencia”, en *Historia Caribe*, Universidad del Atlántico, Colombia, vol. V, núm. 13, 2008.