Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 193 - 208

¿ES EL CAMPO JUDICIAL UN ASPECTO PRIVILEGIADO PARA LA LUCHA POR LOS DERECHOS INDIGENAS EN AMERICA LATINA?

IS THE JUDICIAL FIELD A PRIVILEGED ASPECT FOR THE FIGHT FOR INDIGENOUS RIGHTS IN LATIN AMERICA?

***Silvina Ramírez*[1]**

Presentado: 10 de octubre de 2021; Aceptado: 07 de noviembre de 2021.

RESUMEN

El constitucionalismo multicultural de los años 90 en Latinoamérica instaló el paradigma pluralista en relación a la administración de justicia. Este paradigma reconoció la administración de justicia propia y la inclusión constitucional del derecho indígena. A más de un cuarto de siglo de aquella ola reformadora, asistimos en el siglo XXI a un "neo constitucionalismo" adjetivado como plurinacional. Las Constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009) son mucho más potentes a la hora de reconocer la jurisdicción indígena, y abrieron las puertas a un desarrollo doctrinal y normativo que han tenido avances y retrocesos. Los fenómenos de globalización que incluyen una determinada matriz económica, los modelos de desarrollo instalados en América Latina que atentan contra los derechos indígenas, y un sistema normativo propio que es fuertemente incorporado en las últimas constituciones de la región, generan profundas contradicciones que explican los vaivenes jurídicos, y que merecen la pena ser analizadas a la luz de una reflexión crítica sobre la genuina capacidad descolonizadora y emancipadora del campo judicial, y su potencialidad transformadora frente al recurrente socavamiento de derechos.

Palabras Claves: Pluralismo jurídico, gobernanza, neocolonialismo, derechos, movimientos indígenas

ABSTRACT

The multicultural constitutionalism of the 90s in Latin America installed the pluralist paradigm in relation to the administration of justice. This paradigm recognized the administration of own justice and the constitutional inclusion of indigenous law. More than a quarter of a century after that wave of reform, we are witnessing in the 21st century a "neo constitutionalism" adjective as plurinational. The Constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009) are much more powerful when it comes to recognizing indigenous jurisdiction, and they opened the doors to a doctrinal and normative development that

1 Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Palermo. Abogada y Doctora en Derecho. Profesora de Posgrado. Miembro de la Asociación de Abogadas y Abogados de Derecho indígena (AADI). silvina.ramirez@gmail.com

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

has had advances and setbacks. The phenomena of globalization that include a certain economic matrix, the development models installed in Latin America that undermine indigenous rights, and an own regulatory system that is strongly incorporated in the latest constitutions of the region, generate deep contradictions that explain the ups and downs legal, and that are worth analyzing in the light of a critical reflection on the genuine decolonizing and emancipating capacity of the judicial field, and its transformative potential in the face of the recurrent undermining of rights.

Keywords: Legal pluralism, governance, neocolonialism, rights, indigenous movements

1. Introducción: gobernanza neoliberal y justiciabilidad de los derechos indígenas

El planteo inicial de este ensayo –la pregunta que titula este trabajo- es si la conformación de nuestros Estados convierte al campo judicial, o a la judicialización[2] de las demandas indígenas, en un espacio privilegiado de lucha por la efectiva implementación de los derechos indígenas. En otras palabras, si la recurrente vulneración de los derechos indígenas puede ser superada a través del aparato de justicia de los Estados, ya sea administrando justicia ordinaria, ya sea reconociendo a las autoridades indígenas la gestión de su conflictividad. Brevemente, me pregunto cuál es la capacidad descolonizadora y emancipadora del campo judicial y su potencialidad transformadora frente al recurrente socavamiento de derechos; de lo cual también se desprende la pregunta de si el pluralismo jurídico contribuye asimismo a la protección de las formas de vida de los pueblos indígenas.

Bien entrado el siglo XXI, la vigencia de derechos indígenas incluidos en ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, es un dato de la realidad incuestionable. Si estos derechos son vulnerados –como sucede recurrentemente, principalmente frente a los derechos territoriales y a la gestión de los bienes comunes naturales reivindicados por los pueblos indígenas, o el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado[3]- el camino obvio es recurrir a los tribunales de justicia para asegurar el goce efectivo de esos derechos. Las disputas frente la justiciabilidad de una categoría de derechos (derechos humanos de segunda generación[4], los derechos sociales, a los que se suman los derechos indígenas, dentro de los así llamado derechos humanos de tercera generación), específicamente los derechos indígenas, han oscilado entre la negación de la justiciabilidad –o por lo menos, matizarla- admitiendo que existen

2 En este trabajo, se utilizará indistintamente los términos judicialización y justiciabilidad.

3 Si bien los derechos indígenas comprenden un abanico de aspectos de la vida de las comunidades, los principales derechos reclamados y vulnerados son la tríada: territorios, bienes comunes naturales y consulta. De allí que este trabajo hace referencia centralmente a ello, sumado al derecho a administrar justicia propia, tema central de discusión en este ensayo.

4 Las categorías de primera, segunda y tercera generación referidas a los derechos humanos se han extendido en gran parte de la literatura sobre el tema, aunque desde mi perspectiva no es una creación que aporte a los debates sustantivos. Sin embargo, la traigo a colación porque se encuentra presente en la bibliografía sobre el tema. Cfr. www.eacnur.org

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 193 - 208

derechos que indiscutiblemente pueden ser llevados a la justicia cuando son violados, y otros cuya judicialización no puede garantizarse [Abramovich, Courtis, 1997, p.283].

Superado, al menos discursivamente, ese primer momento de cuestionamiento de la judicialización, los tribunales van decidiendo sobre derechos indígenas –ya sea desconociéndolos, ya sea protegiéndolos- pero queda claramente establecida la vía judicial para reclamar por el no cumplimiento de los derechos indígenas. Esto fue generando situaciones dilemáticas y paradojales, que muchas veces abrieron interrogantes a la hora de acudir al Poder Judicial para la protección de los derechos indígenas. En primer lugar, es el Estado el que muchas veces desconoce estos derechos (por acción o por omisión, ignorándolos, enajenando sus territorios en el caso de los derechos territoriales, no formulando las políticas públicas necesarias para garantizarlos, etc.), y simultáneamente persigue y criminaliza a las comunidades indígenas, configurando situaciones de profunda injusticia. Estos casos de persecución se dan en los casos de Argentina o Chile, por ejemplo, en donde muchas acciones de recuperación de tierras por parte de comunidades indígenas concluyen en procesos penales por usurpación. Son, por ejemplo, los casos de la comunidad *pu Lof* en Resistencia Cushamen o de la comunidad *Lof Pailako*, en la provincia de Chubut, Argentina, cuyos integrantes siguen sufriendo la persecución judicial.

Por otra parte, en América Latina, la gobernanza neoliberal se consolidó regionalmente y con ella una regresión frente a los derechos alcanzados, todo ello principalmente entrelazado con el modelo de desarrollo imperante y la matriz energética asociada a las actividades extractivas en territorios indígenas, lo que ha agravado de manera notable una relación ya devaluada entre el Estado y los pueblos indígenas. Dentro de este contexto, el respeto de la institucionalidad indígena parece algo poco relevante. Sin embargo, precisamente es el reconocimiento de la jurisdicción indígena lo que permite fortalecer su “estatus” como pueblos dentro del mismo Estado, permitiendo un “diálogo entre pueblos”, imprescindible para la construcción de Estados igualitarios.

Si bien, en casos como Colombia, el análisis de sentencias de la Corte Constitucional -en relación al reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia- indica que se han realizado algunos avances significativos[5]; sin embargo, seguimos frente a modelos multiculturales neoliberales, que aparentemente transformaron sus modelos de Estado, pero que siguen conservando modelos de desarrollo vulneratorios de los derechos indígenas.

La gobernanza neoliberal, entonces, se encuadra dentro de un marco de lo “políticamente correcto” que, formalmente, admite la existencia de derechos indígenas, pero cuya tendencia al desconocimiento de sus derechos medulares es notable. Dentro de este escenario político se visibiliza la jurisdicción indígena como aquella que tanto puede gestionar la propia conflictividad interna como puede impactar en la justicia ordinaria,

5 Por ejemplo, ver la sentencia C-463/14 de la Corte Constitucional de Colombia, en donde se discuten las reglas de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

generando diálogos interculturales con capacidad transformativa del Estado (Paz, S. 2021: 175 – 208). Si bien el pluralismo jurídico, como hecho fáctico, siempre existió, y que el debate teórico se instaló en los años 90 en América Latina, sigue existiendo una profunda resistencia a este reconocimiento[6], con enormes diferencias entre los países latinoamericanos, y con permanentes avances y retrocesos.

Un pluralismo jurídico que se instaló al calor de lo que, con el correr del tiempo, se conoció como el paradigma del multiculturalismo neoliberal [Sieder, 2008, p. 77] tiene, en la actualidad, como contrapartida un modelo de gobernanza neoliberal, que utiliza su aparato de justicia –con algunas notables excepciones- para perseguir o criminalizar las demandas por los derechos indígenas. No obstante, en este Estado que sigue siendo hegemónico se abren "pequeñas ventanas de oportunidades" que pueden ir consolidando, progresivamente, una transformación hacia modelos estatales interculturales y plurinacionales.

Un debate ulterior surge de cara a la Convención Constitucional de Chile, cuando una de las preguntas que sobrevuela como anticipo de las discusiones es hasta dónde podrá transformarse el Estado y si es suficiente para los pueblos indígenas que el Estado se transforme en plurinacional. Al momento de escribir este trabajo, ha sido electa como presidenta de la Asamblea una mujer mapuche (Elisa Loncón). Distintas organizaciones del pueblo mapuche han demostrado distintas posturas, desde aquellas que enfrentan con acciones directas al Estado, hasta aquellas que decidieron quedar al margen del proceso constituyente[7].

2. Las formas diversas del pluralismo jurídico

El reconocimiento de la jurisdicción indígena en el constitucionalismo de la década de los 90 –así como el respeto de la propia institucionalidad indígena- tradujo desde el vamos tensiones entre un perfil de Estado que a la vez que limitaba los servicios que prestaba a la población (por ejemplo, servicios de salud y servicios de justicia), y derechos indígenas que, progresivamente, se constitucionalizan. Retacear el servicio de justicia del Estado con el argumento del reconocimiento de la administración de justicia propia, tradujo los resquemores iniciales frente al significado del "Estado multicultural". En ese sentido, si bien fue importante desde el marco normativo –y en consonancia con el Convenio 169 de la OIT- que gran parte de las constituciones latinoamericanas, principalmente las constituciones del bloque andino, hayan receptado los derechos de las comunidades indígenas de administrar su derecho propio, lo cierto es que se dio en un contexto de debates más profundos acerca del modelo de Estado y del tipo de

6 En Argentina, por ejemplo, el reconocimiento del pluralismo jurídico es prácticamente inexistente. Normativamente, no existe legislación interna que lo reconozca. En la praxis, los operadores de justicia son renuentes a admitir que dentro de las comunidades pueda gestionarse conflictividad.

7 Es el caso del "Consejo de Todas las Tierras, cuyo líder Aucán Huilcamán, a pesar que sigue utilizando la vía institucional para dirimir los conflictos con el Estado, no participó de todo el proceso de creación de una nueva constitución. Ver https://www.ciperchile.cl/2021/05/22/el-mapa-politico-de-las-organizaciones-mapuche-tras-las-elecciones-de-la-convencion-constitucional/

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 193 - 208

democracia, en tiempos de neocolonialismos y fuertemente influenciados por las agendas políticas del norte.

El pluralismo jurídico se presentó como una suerte de horizonte en donde los pueblos indígenas fueran visualizados, finalmente, como sujetos políticos y colectivos. Sin embargo, estas discusiones ubicadas temporalmente en los 90 tuvieron que sortear numerosos obstáculos que subsisten hasta el presente. En primer lugar, quienes trabajamos en desarrollar normativamente el fenómeno denominado pluralismo jurídico [Yrigoyen Fajardo, 1999; Sieder, 2011; Ramírez, 1999], advertimos con el tiempo que los sistemas de justicia no existen aislados, sino que por el contrario los puntos de encuentro, denominadores comunes, diálogos entre sistemas, retroalimentación, impactos e influencias, fueron desconocidos o subestimados en su momento.

En segundo lugar, surgió como un objeto de estudio relevante a la hora de repensar cómo se van configurando en la práctica los diversos sistemas de justicia, analizar lo que se dio en llamar "fenómenos de interlegalidad[8]". Así como partiendo de la concepción de culturas que conviven hablamos de interculturalidad (concepto que desplazó a la multiculturalidad), el pluralismo dejó un espacio para pensar en los contextos en que los sistemas de justicia colaboran para brindar una respuesta.

En ese sentido, en un primer momento, se pensó a los sistemas de justicia al modo de compartimentos estancos, en donde cada uno de ellos era autosuficiente y no tenían puntos de contactos entre sí[9]. Con el devenir del tiempo, y al calor de los casos que fueron surgiendo, se entendió que la administración de justicia muchas veces atravesaba culturas y sistemas. Y que en muchas ocasiones la interculturalidad se traduce en procesos que pasaron a visualizarse como interlegales[10]. No hay que subestimar, más allá de las teorías, cómo se van tramando las hebras que desde diferentes culturas gestionan la conflictividad. En ese sentido, con avances y retrocesos, se van gestando instituciones que receptan la interlegalidad.

El caso de jurados interculturales[11] en juicios penales es una muestra de la creación de instituciones, dentro de la justicia ordinaria, que considera la cosmovisión indígena

8 Una aproximación a la idea de interlegalidad contempla una relación más estrecha entre los diferentes sistemas de justicia. Los procesos de interlegalidad se encuentran atravesados por elementos que provienen de diferentes sistemas de justicia, y, por lo tanto, de culturas distintas.

9 En 1995 en Bolivia, luego de aprobada la Constitución de 1994, se trabajó un proyecto de ley de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena (proyecto previo a la ley de deslinde jurisdiccional hoy vigente). Este trabajo, con un fuerte sustento empírico, analizó los sistemas de administración de justicia de los pueblos Aymara, Quechua, Guaraní, y las comunidades indígenas que se encuentran en las zonas periféricas a los centros urbanos. Aunque finalmente no tuvo tratamiento parlamentario, sus estudios se utilizaron para debates ulteriores.

10 Existen casos documentados en Guatemala de colaboración entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinario en el caso de un homicidio. Cfr. Sieder, 2012, p. 39–65

11 En Argentina, en la provincia del Neuquén, en 2015 se llevó adelante el primer juicio por jurados –único en la región, y prácticamente sin antecedentes a nivel global- en donde el jurado se conformó con mitad de indígenas con pertenencia étnica, y la mitad miembros del pueblo mapuche.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

relevante, y desde ese lugar suma su particular mirada en casos en donde víctimas y/o imputados pertenecen a un pueblo indígena. Esta particular "evolución" de las miradas, dentro del campo judicial, al menos va dejando espacios en donde la lucha por los derechos no sea meramente declamativa. Por ello ha sido importante la reflexión permanente acerca de cómo se fueron conformando campos específicos que potencien la lucha por los derechos indígenas.

En tercer lugar, está claro que la lucha por los derechos, históricamente, no se ha librado únicamente –y más bien diré que excepcionalmente- dentro de la administración de justicia ordinaria, recurriendo a los tribunales. El campo judicial es un escenario que se fue imponiendo de la mano de la profundización de la democracia en nuestros países, y de las obligaciones del Estado de dar respuestas a los ciudadanos. Sin embargo, el Estado no es homogéneo en su interior y se encuentra atravesado por contradicciones. Por una parte, no cumple con sus obligaciones estatales impuestas por el ordenamiento normativo, vulnerando derechos indígenas. Por otra parte, es el mismo Estado –desde otro de sus ámbitos, el Poder Judicial- el que muchas veces persigue y criminaliza a miembros de comunidades indígenas por reivindicar y defender sus derechos. Son diversos y recurrentes los ejemplos de estas últimas afirmaciones. En 2020, en plena pandemia, se reiteraron los desalojos violentos con ejercicio de violencia como fue el caso en la provincia de Salta, Argentina, en donde la comunidad guaraní Cheru Tumpa, de Colonia Santa Rosa fue desalojada dejando como saldo niñas y niños heridos, desalojo ordenado por la misma justicia.[12].

No sólo que la justicia ordinaria se muestra incompetente para garantizar muchos de los derechos indígenas, sino que cuando lo hace sus decisiones distan de ser protectoras de los mismos. Por otra parte, la gestión de la conflictividad al interior de las comunidades no puede darse en temas muy sensibles como lo son –y como ya ha sido insistentemente mencionado- derechos territoriales y a sus bienes comunes naturales, derechos a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, etc. Sin embargo, el reconocimiento de las autoridades indígenas, sus instituciones, el derecho a utilizar sus propias reglas significan respeto a la diversidad cultural, y el inicio de la construcción de un diálogo que se inicia por el reconocimiento a su identidad cultural y a su dignidad como pueblos, lo que representa una parte inequívoca de la tarea de construir interculturalidad.

3. Capacidad emancipadora para el pluralismo jurídico igualitario: los nuevos paradigmas constitucionales

Ya bien entrado el siglo XXI, las últimas constituciones latinoamericanas (Ecuador, 2008; Bolivia, 2009) generaron un paradigma profundamente protector de los derechos indígenas. Entre estos derechos, el reconocimiento –en un pie de igualdad con la justicia ordinaria- de la administración de justicia indígena recepta en el texto constitucional una nueva institucionalidad, llegando en el caso de Bolivia a crear el Tribunal Consti-

12 https://www.cels.org.ar/web/2021/02/comunidades-indigenas-las-desigualdades-se-profundizaron-durante-la-pandemia/

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 193 - 208

tucional plurinacional, que apunta a demostrar que el Estado boliviano, a partir de esta nueva carta constitucional, se convierte en plurinacional[13], un concepto que en aquel momento no había sido aceptado regionalmente, y que apunta a una transformación estructural de las instancias estatales. Las resistencias a la plurinacionalidad, al menos discursivamente, se fueron atenuando progresivamente.

Sin embargo, estas constituciones tan robustas en cuanto a derechos indígenas, se insertan en un Estado cuyo modelo de desarrollo está recostado en la "explotación de recursos naturales", los que se encuentran en gran parte en territorios reivindicados por pueblos indígenas, lo cual ha tensado aún más las relaciones históricamente traumáticas con el Estado. Por otra parte, es imposible no identificar incoherencias entre una inclusión transversal y tan potente en la carta fundamental de ambos Estados y un avance notable de las actividades extractivas.

En la Constitución boliviana, por ejemplo, se estatizan los recursos naturales[14], por lo cual las explotaciones hidrocarburíferas o la mega minería forman parte de la estructura económica del Estado. Asimismo, en el caso de Ecuador, por primera vez a nivel planeta, se reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho. Sin embargo, este giro biocéntrico [Gudynas, 2009, p. 35–45) no la logrado morigerar las explotaciones y aprovechamientos irracionales sobre sus bienes, y a pesar de los reclamos que se han ido extendieron exponencialmente, el petróleo sigue siendo una de las principales actividades económicas del país.

Si bien la recepción constitucional de los sistemas de justicia indígena, indican –al menos normativa y discursivamente- una simetría y paridad de condiciones de todos los modos de administrar justicia, lo cierto es que en la práctica es posible identificar avances y retrocesos. En Bolivia, vale la pena mencionar la ley de deslinde jurisdiccional [Ramírez, 2012, p. 64] que, precisamente, articula la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena. Otra vez, se podría destacar que es la primera ley que regula el pluralismo jurídico en América Latina. La contracara es el contenido de la ley, regresivo incluso frente al Convenio 169 de la OIT[15], el increíble vaciamiento de la jurisdicción indígena, subordinándola prácticamente a la justicia ordinaria, traduciendo finalmente un conjunto de estereotipos que precisamente pretendió eliminar el diseño original de esta constitución. Si bien el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de su tarea interpretativa, ha intentado morigerar el impacto negativo de la ley de deslinde, lo cierto es que sería deseable que los desaciertos también fueran corregidos normativamente[16].

13 En 2021 la presidenta de la Convención Constitucional, al inaugurar la Constitución, adelantó que la nueva Constitución incorporaría el carácter de plurinacional del Estado chileno.

14 Ver la cuarta parte de la Constitución, a partir del artículo 306, y especialmente el artículo 319.

15 Este Convenio es la herramienta internacional más relevante para los pueblos indígenas, surge en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y contempla un conjunto muy potente de derechos indígenas.

16 Por ejemplo, en las Sentencia SCP 0037/2013 de 4 de enero de 2013 y con mayor claridad en sus sentencias SCP 0764/2014 de 15 de abril de 2014 y SCP 006/2019 de 6 de febrero de 2019. Ver Rojas, Farit, "La

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

En el caso de Ecuador, la jurisprudencia es ambivalente y avanza y retrocede en casos análogos, transmitiendo mensajes equívocos y contradictorios. Así, en casos de homicidio en la misma comunidad indígena resueltos por las autoridades indígenas, convalida en un primer caso y rechaza en el segundo[17], volviendo a un paradigma que considera que en la comunidad sólo se pueden gestionar conflictos menores, dejando que la justicia ordinaria intervenga en los casos más graves. Los casos de la comunidad indígena "*La Cocha*" son paradigmáticos, precisamente porque traducen las ambivalencias de la justicia. Fundamentalmente, el caso suscitado en 2010, en donde la decisión en un caso de homicidio de las autoridades indígenas llega hasta la Corte Constitucional, una vez que había sido resuelto por la comunidad indígena de acuerdo a sus propios procedimientos, ejerciendo justicia indígena. La justicia ordinaria juzga tanto a los autores del homicidio como a las autoridades indígenas "por plagio", y finalmente en 2014 decide, sustrayéndole a la justicia ordinaria la competencia para resolver aquellos casos que atenten contra la vida de las personas (García F. 2021: 184 – 203)[18].

Así, las constituciones del siglo XXI[19] han generado un punto de inflexión frente a los pueblos indígenas, la inclusión de sus derechos, nuevas instituciones y nuevas categorías; luego de una década de vigencia, sólo demuestran las dificultades y obstáculos que deben enfrentarse cuando se está cuestionando el modelo mismo de Estado. Frente al campo judicial, o podemos evaluar y cuestionar al Poder Judicial en tanto garante de los derechos indígenas reconocidos por los Estados, y traducidos en instrumentos jurídicos internacionales y legislación doméstica; o podemos reflexionar sobre los alcances del pluralismo jurídico, la relevancia del fortalecimiento de la institucionalidad indígena y su administración de justicia para la consolidación de los pueblos indígenas como sujetos políticos.

En cualquiera de los casos, las resistencias para el reconocimiento son producto de la misma matriz neocolonial, amparada en un modelo económico global que no permite avanzar hacia diferentes cosmovisiones. Ya sea que el aparato judicial de un Estado de la espalda a derechos indígenas vigentes y ampliamente reconocidos, ya sea que el mismo Estado y sus operadores de justicia desconozcan las formas propias de resolver los problemas que se presentan al interior de la comunidad, finalmente responden no sólo a un estándar homogéneo de entender el mundo, sino que resguardan otro tipo de intereses –vinculados a lo económico, pero también a una concentración del poder-

Constitución del pluralismo", trabajo inédito, p. 10.

17 Son paradigmáticos los casos conocidos como "La Cocha I" y "La Cocha II" resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador.

18 Dice la Corte en su sentencia de 2014: "*La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos 203 en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena (Corte Constitucional 2014, 15)".*

19 Se debe tener presente la nueva constitución en ciernes –una constitución del siglo XXI- la constitución chilena.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 193 - 208

que se engarza con un sistema capitalista global que está más allá de la soberanía de los Estados. Las reformas constitucionales de Ecuador y Bolivia no alcanzaron para transformar las relaciones de poder. Los levantamientos de Ecuador de 2019, y el golpe de estado de Bolivia en 2020 dan cuenta de las enormes dificultades fácticas que los Estados y gobiernos enfrentan para superar una matriz anclada en fenómenos racistas, discriminatorios, y de sometimiento y subordinación.

En definitiva, más allá que existe un avance –e impactos- en el plano constitucional, y que hoy se debaten temas que en los 90 eran impensables –con este grado de profundidad, que instaló incluso en la literatura el fenómeno del pluralismo jurídico-ha sido demostrado que no bastan buenas constituciones para garantizar derechos indígenas, o más aún, para transformar el Estado. Esta afirmación, documentada y refrendada por las discusiones actuales, debe ser matizada. Existen avances y cambios que se acreditan, por ejemplo, en sentencia del Tribunal constitucional plurinacional como las citadas precedentemente, que van moldeando y "bajando a tierra" los preceptos constitucionales, pero que todavía no logran afectar algunos centros de decisión siempre subordinados a intereses económicos contrarios a los derechos indígenas.

No obstante advertir [Binder, Obando, 2004] las insuficiencias de lo que se conoce como el fetichismo normativista[20], en algún momento se pensó que los cambios constitucionales eran la clave para transformar un estado de cosa. Sin embargo, el cambio normativo sólo puede acompañar un movimiento que es mucho más profundo, vinculado con una recuperación identitaria, que se presenta muchas veces de la mano de una recuperación territorial y que involucran cuestiones tan vitales como la recuperación espiritual. Ejemplificativamente, es el caso de la comunidad "*Pu lof* en Resistencia *Cushamen*" del pueblo mapuche, en la provincia de Chubut, Argentina, que fue el centro de un conflicto territorial en 2017 con trágicas consecuencias (la muerte de un joven no indígena), conflicto que sigue hasta el presente. Alrededor de la recuperación de territorios se dio por parte de jóvenes pertenecientes a sectores urbanos marginales un proceso de recuperación identitaria que necesariamente va de la mano con una recuperación espiritual[21], y que los instala fuertemente como sujetos colectivos demandantes de derechos, los que interpelan fuertemente las diferentes instancias estatales.

Esta triple recuperación, y un conocimiento más acabado de los derechos, forma parte de la base desde donde ir gestando mundos diferentes. La lucha por los derechos no se libra solamente desde el campo judicial. Ni siquiera pensado en un escenario interno de gestión de la conflictividad, aplicando el derecho indígena. En el próximo apartado se discutirá cuáles son los espacios privilegiados para esta lucha y los límites del campo

20 Fetichismo normativista que puede resumirse en la frase: "las normas, por sí solas, transforman la realidad".

21 Asimismo, en la provincia de Río Negro, la comunidad Lafken Winkul Mapu del pueblo Mapuche recupera territorio en el lugar en donde se levanta una machi, líder espiritual, que señala la relevancia que adquieren procesos multidimensionales que se suscitan en varios planos.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

judicial para garantizar efectivamente los derechos, especialmente los derechos indígenas que se encuentran en el centro de nuestros debates.

4. El campo judicial como espacio privilegiado para la lucha por los derechos

Es un lugar común referirse al hecho de que gran parte de aspectos de nuestra vida cotidiana se judicializan. Esta judicialización tiene que ver, por un lado, con cierta expectativa de que la administración de justicia "ponga las cosas en su lugar", evitando la vulneración de derechos. Por otro lado, porque no existen otras puertas que tocar dentro de la administración para reclamar por un derecho incumplido. Por último, la judicialización también tiene que ver con el desconocimiento del pluralismo jurídico[22]. Las comunidades indígenas y sus autoridades son "atrapadas" en procesos llevados adelante por los tribunales del Estado, que los juzgan y que, en el mejor de los casos, y con decisiones protectoras de derechos, alcanzan un reconocimiento que es ignorado por otros extremos del Estado.

Reflexionar sobre la potencia del campo judicial para alcanzar la vigencia efectiva de los derechos nos lleva, al menos, a pensar en dos cuestiones diferenciadas. 1. Defender los derechos indígenas contemplados por los mismos Estados en todo el marco normativo; 2. Defender la jurisdicción indígena, muchas veces ante los tribunales de justicia del Estado, para que su institucionalidad sea respetada y valorada como parte de una cosmovisión diferente del mundo.

Frente a esta realidad, la situación en los países latinoamericanos es variopinta. Los avances y retrocesos son moneda corriente, y si bien existe una jurisprudencia que va protegiendo los derechos indígenas, existen sentencias francamente regresivas que desconocen la preexistencia de los pueblos indígenas, amparados muchas veces en una comprensión equivocada de la "igualdad ante la ley". Por ejemplo, en el caso de la comunidad indígena "La Cocha" en Ecuador ya citado, la Corte Constitucional es francamente regresiva al limitar la competencia material de la jurisdicción indígena.

Asimismo, existe una resistencia notable de parte de los operadores de justicia por reconocer la administración de justicia indígena. Esa resistencia tiene, como telón de fondo, fenómenos de racismo y discriminación [Svampa, 2016, p. 47 – 51] fuertemente instalados en nuestra región, que vuelven a reeditar el colonialismo, y que ha dado lugar a fuertes debates. La imposición de un Estado monista y homogéneo, la necesidad de la concentración del poder y el rechazo a muchas de las formas de diversidad existente han dado pie a cierta imposibilidad de pensar otros centros productores de normas y distintos centros de imposición de castigos, diferentes a los que justificaban la monopolización del ejercicio de la violencia. Esta descripción no es uniforme en América Latina, pero da cuenta de las dificultades que atraviesan los países para tramar la interculturalidad.

22 Así, en el caso la Cocha II, resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador, o en el caso de la administración de justicia por parte de "los ronderos" en Perú, las autoridades indígenas fueron imputadas por "usurpación de funciones", volviendo a dar la espalda a las instituciones indígenas.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 193 - 208

Debe relativizarse, entonces, la capacidad transformadora del campo judicial. Sí puede llegar a admitirse que es un lugar insoslayable para reclamar, reivindicar, demandar por los derechos vulnerados. Pero a la luz de la experiencia latinoamericana, no se ha configurado como "el mejor" espacio para luchar por ellos. Una de las consecuencias de esta afirmación es transmitir cierto escepticismo frente a los mecanismos estatales para superar situaciones de injusticia.

Si bien es cierto que el Estado puede presentar su mejor cara, y que se ha configurado en ciertos momentos históricos como "la herramienta" de redistribución de la riqueza por excelencia; sin embargo, frente de los derechos indígenas, de cara a la jurisdicción indígena, ese mismo Estado ha demostrado –incluso a través de su última puerta, el Poder Judicial- desconocimiento, subestimación e incomprensión frente a demandas históricas fuertemente instaladas en nuestro horizonte.

A contracara de los espacios judiciales del Estado, las organizaciones indígenas son los lugares privilegiados para la lucha por los derechos. En el caso de las comunidades y los pueblos indígenas, la presencia cada vez más fuerte de organizaciones indígenas[23] en los espacios públicos, su capacidad para transmitir socialmente cuáles son sus derechos y organizar eventualmente la protesta frente a los incumplimientos, se configuran como los espacios más consistentes de lucha. En Argentina, en las provincias de Salta y Jujuy se constituyó una mesa de 33 comunidades indígenas para resistir a la explotación del litio en la Cuenca de Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc. Si bien las tensiones con el Estado provincial continúan, ciertamente la organización de las comunidades constituye un elemento imprescindible para ser visualizados por las instancias estatales como sujetos políticos.

El acompañamiento de otros sectores que encuentran denominadores comunes sustantivos, como por ejemplo los sectores ambientalistas, generan alianzas estratégicas que confluyen en los objetos del reclamo. Nuevas (y viejas) tradiciones de pensamiento –como la ecología política- se abren paso como consecuencia de los graves deterioros del planeta; académicos, intelectuales y activistas que se encuentran abocados a la defensa de los ecosistemas y las condiciones de vida, robustecen un pedido –que también encuentra su réplica a nivel global- de defender territorios y bienes comunes naturales, centro de las demandas indígenas[24].

Vale la pena reconocer que estos campos de lucha "superadores" terminan confluyendo en el campo judicial. Sin embargo, lo que se pretende puntualizar es que -aunque sea inevitable terminar litigando en los tribunales del Estado- la judicialización no es la solución ni el remedio a los incumplimientos estatales. Hasta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, campo judicial regional por excelencia cuya tendencia a la

23 En toda América Latina existen fuertes organizaciones indígenas, desde el Ejército de Liberación Zapatista en México, Pachakutik en Ecuador, la ONIC en Colombia, sólo por nombrar algunas, dan cuenta de la relevancia del movimiento indígena en la región.

24 Una de las autoras más relevantes en este campo es Naomi Klein, y su extensa obra. Su último libro "En llamas" abogada por un nuevo pacto ecosocial que recuerda el "new deal", "el Green new deal".

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

protección de los derechos indígenas es indiscutible, tiene sus límites, y sus respuestas no tienen la capacidad de transformar la realidad. Si bien desde 2001 existe una potente jurisprudencia que protege los derechos indígenas[25], la ejecución de sus sentencias se ha convertido en un obstáculo al que se le debe prestar atención. Es importante reconocer que el campo judicial puede contribuir al cambio, pero no puede pensarse en él como aquel que elabora una "receta mágica" que volverá las cosas a su justo lugar.

5. Capacidad emancipadora de la justicia indígena

Las demandas por el ejercicio del derecho propio no ocupan la centralidad de las reivindicaciones de los pueblos indígenas. No son tan urgentes como los derechos territoriales porque no están directamente vinculadas a su sobrevivencia, ni se encuentran tan obviamente en contradicción con intereses económicos anclados en sistemas económicos y en el fenómeno de la globalización ya mencionados.

Sin embargo, su relevancia se justifica en la relevancia de la institucionalidad de un pueblo (de cualquier pueblo), y en la centralidad que adquiere la posibilidad de gestionar conflictos. Con este punto de partida, exigir a los Estados que respeten el derecho de los pueblos indígenas a su propia jurisdicción, forma parte de su fortalecimiento (claramente, es el caso de Argentina), apuntalando aún más la concepción de sujeto colectivo y sujeto político.

Por otra parte, en el respeto a otras formas de administrar justicia se trama también la interculturalidad. Si se parte del hecho de la diversidad, si se admite la existencia de distintas cosmovisiones del mundo, una de las consecuencias directas es aceptar también diferentes saberes y marcos axiológicos [Ramírez, 2018, p. 517 – 535]. En otro trabajo hice referencia al pluralismo epistemológico existente e inescindible al pluralismo jurídico, y necesario para vislumbrar sus alcances[26]. Para la administración de justicia, para la conformación de las estructuras estatales, reconocer un conjunto de saberes anclados en determinadas culturas interpela –y necesariamente gesta- modelos estatales diferentes. La organización del poder debe abrir la puerta a formas diferenciadas, que se construyen sobre los denominadores comunes pero que siguen conservando espacios propios.

La justicia indígena tiene una enorme capacidad emancipadora. En primer lugar, está vinculado a una noción de autonomía colectiva –complementaria con la noción de au-

25 Desde Awas Tingni vs Nicaragua de 2001, hasta Lhaka Honhat vs Argentina de 2020, la CoIDH ha responsabilizado a los Estados especialmente por vulneración de los derechos territoriales y derechos políticos de los pueblos indígenas.

26 En este punto es pertinente clarificar qué se entiende –en este trabajo en particular– por presupuesto epistemológico. No es otra cosa que un punto de partida que tiene especialmente presente un conocimiento asentado en la realidad, conocimientos que varían de cultura en cultura, lo que nos permite hablar de un "pluralismo epistemológico". Esta diversidad cultural permite asimismo reflexionar sobre lo que Santos llama "ecología de saberes" y que no es otra cosa, según sus propias palabras, que una epistemología desestabilizadora (Santos, 2010:59), precisamente porque desafía la idea tan arraigada de la universalidad del conocimiento, la razón y la verdad.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 193 - 208

tonomía personal- que delinea la justificación de la existencia de derechos indígenas; en segundo lugar, vuelve sobre la noción de colonialidad y post colonialidad, abriendo el camino para dejar atrás las dependencias que impusieron una cultura sobre otra; en tercer lugar, a partir del fortalecimiento cultural, institucional y jurídico, los pueblos indígenas están en mejores condiciones para generar espacios de interculturalidad, y para profundizar una igualdad basada en la igual dignidad de los pueblos.

El pluralismo jurídico igualitario, entonces, tiene como horizonte la aceptación por parte de las diferentes instancias del Estado de múltiples sistemas de justicia y sus potenciales interacciones. A la par, esta aceptación puede ser una fuente gestora de nuevos paradigmas, en donde se profundice el "uso estratégico del derecho", y en donde la justicia ordinaria abra las puertas de la interculturalidad. En Bolivia, existen documentados casos de interlegalidad que demuestran cómo se van fortaleciendo los sistemas de justicia indígena, consolidando la competencia de las autoridades indígenas en temas centrales tales como derechos territoriales y derechos al agua; a su vez que señalan cómo se redefinen los ámbitos de competencia de la justicia ordinaria (Paz, S. 2021: 203 – 205).

Por lo general, en las agendas de organizaciones indígenas, organismos no gubernamentales, comunidades indígenas, el tema de la justicia –justicia /administración de justicia en general, ya sea que la justicia ordinaria juzgue a miembros de pueblos indígenas, ya sea jurisdicción indígena- no forma parte de las cuestiones más importantes que deben enfrentar (Ramírez, S. 2012: xi–xi). Por otra parte, también se debe señalar que los sistemas de justicia indígena padecen, asimismo, de algunas de las características que presenta la justicia ordinaria[27]: colonialismo, modos patriarcales, tensiones con los derechos humanos fundamentales. Sin embargo, de lo que se trata es de superar aquellos defectos de cualquier sistema, promoviendo diálogos interculturales y desarrollando instituciones que puedan dejar de lado la subordinación, privilegiando la igualdad y la autonomía.

La capacidad emancipadora de la jurisdicción indígena se encuentra estrechamente vinculada a la vigencia de otros derechos: derechos territoriales, derechos a la gestión de sus bienes comunes naturales, derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, entre otros. En conjunto, estos derechos proponen un estado de cosas en donde sea posible preservar lugares de autonomía, construir espacios de interculturalidad y, finalmente, preparar el terreno para que germine un auténtico Estado plurinacional.

6. Nota Final

El pluralismo jurídico igualitario enfrenta numerosos retos. A pesar de su incorporación en las reformas constitucionales de la década de los 90, y en una inclusión mucho más

27 Está claro que los sistemas de justicia indígena, contemporáneamente, no son sistemas puros. Se vieron atravesados por los procesos de conquista y colonización, y por ende introdujeron características de lo no indígena. También vale la pena reflexionar que las comunidades indígenas también van transformándose, y que aspectos que hoy podríamos calificar de "patriarcales", tienen su propio ritmo de cambio.

Publicación de la Carrera de Derecho
Instituto de Investigaciones, Seminarios y Tesis
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

robusta en las constituciones de Ecuador y Bolivia del siglo XXI, el rechazo de buena parte de los operadores de justicia al reconocimiento de la jurisdicción indígena ha sido –y sigue siendo- un obstáculo permanente en la articulación entre sistemas de justicia dentro del mismo Estado.

Por otra parte, y no obstante los diferentes intentos que se han pergeñado incluso desde el mismo Estado para colocarlos en un pie de igualdad, la jurisdicción indígena se subordina a la jurisdicción ordinaria. En Bolivia, en la Constitución de 2009 se crea el Tribunal Constitucional Plurinacional, precisamente enviando un mensaje que reconoce la existencia de pluralidad de formas para gestionar la conflictividad. Pero en una ley posterior[28], en 2010, se vacía prácticamente la jurisdicción indígena. Estas contradicciones son ilustrativas de las dificultades que tienen las propias instancias del Estado para incorporar la pluralidad. En ese sentido Bolivia es paradigmática, porque es un Estado con un presidente indio, y sin embargo presenta enormes obstáculos para colocar, en paridad de condiciones, sus diferentes sistemas de administración de justicia.

En Ecuador sucede otro tanto, avances y retrocesos en la jurisprudencia y, en definitiva, un escepticismo notable dentro del Poder Judicial frente a la posibilidad de que las instituciones indígenas y sus autoridades puedan resolver sus problemas siguiendo sus propios métodos.

Cuando la vulneración de derechos se judicializa, y no sólo el derecho al derecho propio, la administración de justicia, dentro de los Estados, tampoco es especialmente sensible a su protección. Otra vez, la jurisprudencia es dispar, pero su principal tendencia es el "no reconocimiento" de los derechos indígenas. La excepción es, sin dudas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero sus límites y las complejidades del litigio no representan una alternativa a la deficiencia de la administración de justicia doméstica.

Una gobernanza neoliberal instalada en nuestros países, el resurgir de orientaciones políticas "de derecha", un sistema capitalista que requiere de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas para satisfacer un consumo desmedido, son algunos de los elementos en donde se inserta este pluralismo jurídico adjetivado como igualitario, pero cuya simetría con la jurisdicción ordinaria es muy difícil de alcanzar.

En las últimas décadas, las discusiones en América Latina alrededor de los derechos indígenas se profundizaron, gestando paulatinamente nuevos reconocimientos. Los contextos políticos, sociales y económicos, en la actualidad, no son los más favorables. Es difícil pensar en una regresión que signifique, al menos discursivamente, replicar actos de sometimiento y subordinación. Más allá de cualquier forma de gobierno imperante, los pueblos indígenas son conscientes de sus derechos, de cuáles son sus alcances. No serán los Estados los que garanticen que no habrá vuelta atrás, pero son esos mismos Estados los que, gracias a la movilización indígena, van dando –con austeridad y cierta reticencia- algunos atisbos de interculturalidad con notas de plurinacionalidad.

28 La llamada ley de deslinde jurisdiccional de diciembre de 2010.

ISSN 2413 - 2810, Volumen 10, Nro. 15 Julio - Diciembre, 2021 • Pág. 193 - 208

REFERENCIAS

ABRAMOVICH Víctor, COURTIS Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterio de aplicación ante los tribunales locales” en PNUD, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, 1998.

ÁLVARO BELLO M. “Los pueblos indígenas y las contradicciones de la globalización” en M ÁLVARO BELLO y J AYLWIN (comp.), *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos indígenas,* IWGIA, Temuco, 2008.

BINDER Alberto; OBANDO, Jorge. *De las Repúblicas Aéreas al Estado de Derecho*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2004.

GARCÍA Fernando. *Del sueño a la pesadilla: el movimiento indígena en Ecuador,* FLACSO, 2021, Ecuador.

GUDYNAS Eduardo. “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador” en la *Revista de Estudios Sociales*, nro. 32, Bogotá, 2009.

PAUTASSI Laura, “Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición” en *La medición de derechos en las políticas sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.

PAZ Sarela. “Litigantes indígenas y procesos jurídicos en Bolivia” en *Abya Yala*, Revista sobre acceso a la justicia y derechos en las Américas, Brasília, v.5, n.1, enero./jun. 2021, ISSN 2526-6675.

RAMÍREZ Silvina, *La protección de los derechos de los Pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal. Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero*, Washington: DPLF, 2012.

RAMIÍREZ Silvina, en Marianella LEDESMA NARVÁEZ (coord..), Justicia e Interculturalidad, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2018.

SIEDER Rachel, “Entre la multiculturalización y las reivindicaciones identitarias: construyendo ciudadanía étnica y autoridad indígena en Guatemala” en Bastos S. (comp.), *Multiculturalismo y futuro en Guatemala,* Flacso / Oxfam, Guatemala, 2008.

SIEDER Rachel; FLORES, Carlos, *Autoridad, Autonomía y Derechos indígena en la Guatemala de Posguerra*, Guatemala: F/G Editores, 2011.

SIEDER Rachel; FLORES, Carlos, *Dos justicias: coordinación interlegal e intercultural en Guatemala*, Guatemala: F/G Editores, 2012.

SVAMPA Maristella, *Debates Latinoamericanos. Indianismo, desarrollo, dependencia, populismo*, Buenos Aires, EDHASA, 2016.