



Céspedes Proto, Rodrigo Carlos.
“Cosmogonías Indígenas, Tierras y Territorios
en la Jurisprudencia Constitucional”
En las Fronteras del Derecho 5.3371 (2026).
DOI: 10.56754/2735-7236.2026.3371
ISSN: 2735-7236
Este trabajo se publica bajo licencia  4.0
Sección: Notas y ensayos
Fecha de recepción: 18-07-2025
Fecha de aceptación: 24-11-2025

Cosmogonías Indígenas, Tierras y Territorios en la Jurisprudencia Constitucional

Indigenous Cosmogonies, Lands, and Territories in Constitutional Jurisprudence

Rodrigo Carlos Céspedes Proto

Resumen

La conexión entre los indígenas y su tierra es espiritual, y está unida a sus cosmogonías: ellos se consideran guardianes de sus territorios ancestrales, no “dueños” en el sentido occidental. De ello derivan los conflictos: la tierra no es solo fuente de sustento, sino también de conocimiento ancestral. Este trabajo aborda la diferencia entre tierras y territorios indígenas. Hasta cierto punto, se permite autodeterminación y autonomía limitada de los aborígenes sobre sus territorios ancestrales (a veces con derechos similares al usufructo o las servidumbres). La metodología es jurisprudencial: se analizan sentencias falladas por tribunales nacionales latinoamericanos. Estas decisiones han desafiado la teoría política sobre la soberanía territorial, la autodeterminación y las interrelaciones entre derecho público y privado.

Palabras clave: Pueblos indígenas latinoamericanos, Derecho internacional de los derechos humanos, Territorios y tierras indígenas, Constitucionalismo decolonial, Autodeterminación.

Abstract

The connection between Indigenous peoples and their land is spiritual and rooted in their cosmogonies: they conceive themselves as guardians of their ancestral territories rather than “owners” in the Western sense. From this understanding arise the conflicts surrounding land, which is not only a source of subsistence but also of ancestral knowledge. This article examines the distinction between Indigenous lands and Indigenous territories. To a certain extent, Indigenous peoples are afforded self-determination and limited autonomy over their ancestral territories, sometimes in the form of rights akin to usufruct or easements. The methodology adopted is based on decisions rendered by Latin American national courts. These rulings have challenged political theory regarding territorial sovereignty, self-determination, and the interrelations between public and private law.

Keywords: Latin American Indigenous Peoples, International human rights law, Indigenous territories and land, Decolonial constitutionalism, Self-determination.

1. Introducción: cosmogonías y territorios indígenas

Los conflictos de los pueblos indígenas latinoamericanos se han derivado progresivamente a los tribunales y han generado jurisprudencia relevante. Estos grupos nativos, que existían antes de la colonización, han conservado en parte su cultura, independientemente de su estatus jurídico en cada Estado. Es evidente que algunos pueblos indígenas tienen una conexión especial con la tierra. La supervivencia de su cultura depende del acceso a sus tierras tradicionales.¹ Finalmente, casi todos estos pueblos indígenas han experimentado marginación y discriminación porque sus estilos de vida difieren del grupo dominante. No es sorprendente que los colonizadores hayan considerado sus religiones como primitivas, paganas² o simples supersticiones.

Hoy en día, varias Constituciones³ y tratados internacionales de de-

¹Existe una extensa jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha desarrollado ese vínculo entre los pueblos indígenas y sus tierras. Ver Monteiro de Matos (2020).

²El paganismo es un término utilizado por primera vez por los primeros cristianos y se refería a las poblaciones del Imperio Romano que practicaban el politeísmo. A menudo se usaba como término peyorativo para describir a cualquier persona que no fuera parte de las religiones abrahámicas (judaísmo, cristianismo e islam). Los paganos generalmente se enfocan en la espiritualidad y la naturaleza, en lugar de en doctrinas y dogmas. La mayoría de las religiones paganas expresan una visión del mundo panteísta, politeísta o animista. Por supuesto, técnicamente, muchas religiones indígenas entran en esta categoría. Hoy en día, el neopaganismo se clasifica como parte de los Nuevos Movimientos Religiosos derivados de las diversas creencias paganas precristianas de la Europa premoderna, normalmente asociadas con el Movimiento de la Nueva Era.

³Por ejemplo, Bélgica, artículos 19 y 20; Finlandia, artículo 11; Alemania, artículo 4; Grecia, artículo 13; Irlanda, artículo 44; Luxemburgo, artículos 19 y 20; Noruega, artículo 2; Países Bajos, artículo 6; Polonia, artículo 25; España, artículo 16; Turquía, artículo 24; Italia, artículos 19 a 21; Chile, artículo 19, número 6; Bolivia, artículo 21, número 3; Colombia, artículo 18; Estados Unidos, Primera Enmienda.

rechos humanos⁴ reconocen la libertad de conciencia como uno de los derechos fundamentales más relevantes. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha declarado que la libertad de pensamiento, conciencia y religión garantizada por el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ es de gran alcance y “abarca la libertad de pensamiento sobre todos los asuntos, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias”.⁶ El artículo 18 entonces protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Por lo tanto, los términos “creencias” y “religión” deben interpretarse en sentido amplio e incluyen, por ejemplo, a los Nuevos Movimientos Religiosos (NMR)⁷, como la Cienciología. De la misma manera, algunas creencias y prácticas indígenas, como el panteísmo, el animismo, la santería, el chamanismo y el peyotismo están resguardadas por normas nacionales e internacionales.

⁴Por ejemplo, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (999 UNTS 171), el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (1577 UNTS 102), el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (1144 UNTS 123) y el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

⁵Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), 999 UNTS 171. Decreto 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de Diciembre de 1966 y Suscrito por Chile en esa Misma Fecha; publicado el 29 de abril de 1989. <https://bcn.cl/2ho0j>.

⁶Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Comentario General Aprobado por el Comité de Derechos Humanos con Arreglo al Párrafo 4 del Artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adición – Comentario general N° 22 (art. 18), Aprobado por el Comité en su 48° período de sesiones, celebrada el 20 de julio de 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, párr. 1.

⁷Los NMR son grupos espirituales que tienen orígenes modernos (en comparación con las religiones tradicionales como el judaísmo, el cristianismo, el hinduismo, el islam y el budismo), normalmente posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Estos NMR ocupan un lugar periférico dentro de la cultura religiosa predominante de su sociedad. Varios de los NMR muestran rasgos sincréticos e incorporan principios compartidos por la mayoría de las sociedades modernas, como el individualismo y el pluralismo.

Los pueblos indígenas, en general, se autoidentifican no solo por la pertenencia a una etnia, sino también por una cosmogonía compartida que está vinculada a sus territorios y a la naturaleza que los rodea. Los grupos etno-religiosos suelen expresar su identidad a través de una amalgama de herencia ancestral y afiliación religiosa. Las religiones indígenas en las Américas tienden a ser naturalistas y ecocéntricas. Veneran la naturaleza espiritualmente e incluyen un sentido de misterio en respuesta al poder del mundo natural del que forman parte. Los pueblos indígenas canadienses tienen el concepto de “Wahkohtowin” para describirlo e implica el entrelazamiento de la naturaleza, la tierra, sus comunidades y los individuos que forman parte de esos grupos en una conexión simbiótica (Buhler, 2017, págs. 175-188). Se puede traducir como “derecho”, no como reglas jerárquicas y formales, sino como una serie de obligaciones personales hacia la unidad que conforman otros individuos, la tribu y la naturaleza. Esos deberes no son solo obligaciones jurídicas en el sentido occidental de la palabra, sino también responsabilidades religiosas y trascendentes porque tienen fundamentos espirituales. Esa visión trascendente proviene de una observación colectiva de los ciclos naturales y se transmite por tradición oral. De ahí los pueblos indígenas derivan un sentido religioso-moral-jurídico que incluye la compasión hacia otras personas, pero también hacia otras criaturas y el propio medio ambiente en su conjunto.

El medio ambiente (*pachamama*)⁸ constituye una entidad separada, pero en estrecha relación con las comunidades humanas, que también forman

parte del sistema (Miranda Torres, 2018, págs. 1-21). El sentido de justicia y la noción de derechos de los pueblos indígenas se derivan del mismo punto de vista. Entonces, la justicia es un equilibrio cósmico y el concepto de “buen vivir” o “vivir bien” informa los derechos reconocidos por la legislación.⁹ La tierra desempeña un rol fundamental en la religiosidad indígena, como veremos en los casos que examinaremos.

Este trabajo examina la relación entre las cosmogonías, la tierra y el territorio indígena, y su creciente reconocimiento en la jurisprudencia latinoamericana. Parte de la premisa fundamental de que, para los pueblos originarios, el vínculo con su territorio trasciende la noción occidental de propiedad privada y constituye una conexión espiritual, cultural e identitaria. Esta diferencia conceptual radical es el origen de conflictos persistentes y ha impulsado un desafío profundo para los paradigmas tradicionales del Estado, la soberanía territorial y la distinción entre derecho público y privado. Mediante una metodología jurisprudencial comparada se analizan decisiones emblemáticas de tribunales nacionales de países latinoamericanos. Estas sentencias abarcan defensas culturales (particularmente en casos de posesión de hoja de coca en países andinos), la protección de lugares sagrados y conflictos sobre la autonomía territorial indígena en los que las comunidades ejercen control sobre la libertad de movimiento y restringen actividades de proselitismo religioso para proteger su integridad cultural. Se estudia también el pluralismo jurídico, de acuerdo con el cual los sistemas normativos indígenas coexisten y se filtran en el derecho estatal. Mi trabajo sostiene que estas decisiones judiciales, fundamentadas con frecuencia en el Convenio 169 de la Organización In-

⁸La *pachamama* es una deidad adorada por los indígenas de los Andes, es la madre del universo y del tiempo y también la diosa de la fertilidad. Es similar a la diosa griega Gaia, la madre ancestral de toda la vida: la diosa primigenia de la Madre Tierra, una personificación de la naturaleza. Hoy en día, algunos consideran que los organismos vivos y la materia inorgánica son parte de un sistema dinámico que da forma al ecosistema de la Tierra. Lovelock (1979) es el texto clave: la “teoría Gaia” (por la diosa griega) básicamente sostiene que los organismos vivos interactúan con su entorno inorgánico y forman un sistema complejo sinérgico y autorregulado que ayuda a mantener y perpetuar las condiciones para la vida en el planeta. Sería un super organismo, una entidad separada de sus componentes.

⁹Sumak Kawsay o *Suma Qamaña* son nociones que podrían traducirse como “buen vivir” o “vivir bien”. Se trata de concepciones alternativas de desarrollo, basadas en antiguas cosmogonías indígenas, reconocidas por las Constituciones de Ecuador y Bolivia. Connota un desarrollo colectivo armónico que concibe al individuo dentro del contexto de su entorno natural.

ternacional del Trabajo¹⁰ (OIT), adoptan un nuevo paradigma de acuerdo con el cual la diversidad es un valor jurídico central. Ese reconocimiento puede entenderse como una forma de reparación histórica que otorga un margen de autodeterminación residual a los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales.

2. Indigenismo: constitucionalismo decolonial y nuevos paradigmas jurídicos como formas de reparación

Los pueblos indígenas han experimentado diversas injusticias transgeneracionales desde la colonización. Desde la Independencia de los Estados americanos, los criollos tomaron el poder, impusieron las instituciones occidentales e ignoraron a las poblaciones indígenas. Luego, hay una continuidad histórica entre las culturas precoloniales, el sometimiento de los pueblos originarios por parte de los colonizadores y el trato que recibieron de los criollos. La búsqueda de la identidad nacional rara vez consideró a las culturas indígenas en las Américas, pero eso empezó a cambiar a finales del siglo XX con el renacimiento de las expresiones indígenas y los experimentos constitucionales en Bolivia y Ecuador. Los pueblos indígenas luchan por el reconocimiento de sus derechos específicos. En ese contexto, nacieron el indigenismo y la introducción de defensas culturales, el pluralismo jurídico, los tribunales indígenas, la protección de la tierra

indígena y la autonomía limitada en el control de sus territorios que son, en parte, una forma de reparación.

El indigenismo es el movimiento global que busca proteger los derechos de los pueblos aborígenes (también llamados el “Cuarto Mundo”) y trata de lograr la autodeterminación interna (no la descolonización), que comprende el respeto a las tradiciones locales y una mayor autonomía de las comunidades indígenas en sus territorios (soberanía residual de algún tipo). El indigenismo en América Latina se caracteriza por la crítica a los paradigmas occidentales; por ejemplo, la Constitución boliviana de 2009 en su preámbulo rechaza el anterior Estado neoliberal “colonial” u occidental y el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se ha hecho eco de esas ideas a la hora de juzgar (Ariza Santamaría, 2017). Otra característica de este movimiento es la revalorización de la cultura indígena y las religiones nativas; por ejemplo (y como veremos más adelante), el reconocimiento del uso de la hoja de coca en las comunidades andinas y la protección de lugares sagrados con base al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) o los artículos 8 a 10 del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio es considerado a veces (p. ej. Olano García, 2005; Núñez Donald, 2015) como parte del bloque de constitucionalidad, término que es frecuentemente utilizado en Latinoamérica (Góngora Mera, 2014). Finalmente, diferentes grupos indígenas han articulado reclamos similares: exigir tierras ancestrales y recursos naturales (casos desde Canadá hasta Chile¹¹), acabar con el enjuiciamiento de sus líderes¹² o respetar la especificidad jurídica étnica en el sentido de los

¹⁰Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989). Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo; publicado el 14 de octubre de 2008. <https://bcn.c1/2fx8e>. El estado de las ratificaciones se puede consultar en: Organización Internacional del Trabajo (s.f.).

¹¹Sólo a modo de ejemplo, en Canadá, sobre títulos de tierras indígenas, *St Catharines Milling and Lumber Company v The Queen*, 12 December [1888] UKPC 70, 14 App Cas 46; en Chile, sobre derechos de aguas y territorio indígena: *Alejandro Papic Domínguez con Comunidad Indígena Aymara Chuzmiza y Usmagama*: 25-11-2009 ((Civil) Casación Forma y Fondo), Rol N° 2840-2008. En Corte Suprema. Fecha de consulta: 14-01-2026.

¹²Caso *Huicamán Paillama y otros Vs. Chile*, 21 de noviembre de 2024: la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró a Chile responsable por las violaciones a derechos

tribunales indígenas en Colombia y Bolivia (Funk, 2014, menciona varios ejemplos). En los últimos diez años, los tribunales latinoamericanos han desarrollado una considerable cantidad de jurisprudencia para proteger el estatus de las lenguas nativas de sus comunidades indígenas¹³ y reconocer algunos derechos colectivos (Becerra Valdivia, 2022).

Al mismo tiempo, algunos Estados latinoamericanos como Chile “toleran” cierto pluralismo jurídico limitado¹⁴; otros han acogido el pluralismo jurídico en sus ordenamientos plurinacionales y otorgan un tratamiento diverso a las diferencias étnicas y a las costumbres jurídicas indígenas (en el caso de Bolivia, Ecuador y Colombia) (con análisis de normas constitucionales y legales y de jurisprudencia: Bagni, Rodríguez Caguana, & Castro León, 2024). Este proceso se ha fundado en instrumentos regionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969)¹⁵ y globales como el Convenio 169 de la OIT, instrumentos que los tribunales han aplicado. Uno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que los tribunales han reconocido, es el derecho a practicar su religión, lo que muchas veces se liga a la tierra. La jurisprudencia sobre esta materia es relativamente abundante, como se

humanos cometidas con ocasión de un proceso penal contra líderes indígenas mapuches.

¹³Zajícová, Lenka. “Lenguas indígenas en la legislación de los países hispanoamericanos”. *Onomázein*, 2017, p. 171-203.

¹⁴Uno de los problemas teóricos de los derechos humanos es su universalismo o relativismo. Los tribunales en Latinoamérica muchas veces tienen que imponer el universalismo (normas básicas, como la responsabilidad penal individual frente al castigo colectivo que existe en algunas culturas nativas) y algunas veces simplemente “toleran” determinados comportamientos y excusan la sanción penal por falta de culpabilidad. Algunas veces aplican una causal de justificación, como en el caso de la posesión de hojas de coca en el norte de Chile, que veremos más adelante. En esos casos, se acepta un pluralismo jurídico, pero limitado.

¹⁵Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969), 1144 UNTS 123. Decreto 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, Denominada “Pacto de San José de Costa Rica”; publicado el 5 de enero de 1991. <https://bcn.c1/2j3zn>.

analizará.

3. Regímenes jurídicos de los pueblos indígenas en América

Después de un período de dictaduras que afectó a la región, en las décadas de 1980 y 1990 América Latina vivió el nacimiento de nuevas democracias. Esos sistemas republicanos han tratado de reforzar el apego a los derechos humanos mediante la ratificación de tratados internacionales, los que tienen rango constitucional en varios países latinoamericanos, como el Convenio 169 de la OIT. Varias Constituciones latinoamericanas reconocen a los pueblos indígenas y sus derechos.

Por ejemplo, la Constitución de 2009 define a Bolivia como un Estado Plurinacional, tiene un catálogo de derechos indígenas, reconoce una cuota de la Asamblea Legislativa Plurinacional para los pueblos indígenas y reconoce la autonomía y el autogobierno indígena (preámbulo y artículos 1, 2, 3 y 30 inciso II). Además, instaura un sistema judicial paralelo indígena que está al mismo nivel que los tribunales ordinarios y permite aplicar las costumbres indígenas. Asimismo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia está integrado por miembros de ambos sistemas, pues su artículo 197.I señala que “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino” (ver también Millán Terán, 2015).

Otro ejemplo es la Constitución de Ecuador de 2008, que considera el “buen vivir” en su preámbulo y en sus secciones II y VII, junto con algunas disposiciones relacionadas con los derechos de la naturaleza en su preámbulo y sus artículos 71 a 74.

Un tercer ejemplo es la Constitución colombiana de 1991, que reconoce

la diversidad étnica y cultural de Colombia, lo que supuso una ruptura relevante con la visión unitaria de los Estados latinoamericanos. Por lo tanto, esta Constitución de 1991 reconoce la composición multiétnica de la sociedad colombiana y permite a los indígenas colombianos obtener visibilidad política y jurídica (artículos 7, 8, 10 y 72).

La Constitución chilena no menciona a los pueblos indígenas, pero los tribunales se han pronunciado sobre los derechos indígenas con base en el Convenio 169 de la OIT.

4. Territorios, culturas de los pueblos indígenas y algunos problemas jurídicos

La cercana relación entre territorios, culturas y sistemas jurídicos de algunos pueblos indígenas constituye un eje fundamental para comprender las transformaciones del derecho contemporáneo latinoamericano. A través de un análisis de instrumentos internacionales y jurisprudencia, esta sección explorará cómo los tribunales conectan ciertas tradiciones indígenas con sus antiguos territorios, tierras y sitios sagrados.

El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Convenio 169 de la OIT (1989) y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)¹⁶ subrayan la importancia de la cultura y las tradiciones de los pueblos indígenas. En el caso *Hopu y Bessert contra Francia* (1997), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió una petición presentada por dos nativos tahitianos contra la decisión del gobierno francés de permitir la construcción de un hotel en la parte superior de un antiguo cementerio polinesio, que era territorio indígena. Los reclamantes argumentaron que los cemen-

terios eran relevantes para su historia, su cultura y su vida y el Gobierno de Francia no lo impugnó, por lo que el Comité concluyó que se había interferido en los derechos de los reclamantes.¹⁷ Este caso sentó un precedente en el sentido de que los derechos pueden incluir la protección de sitios ancestrales, cementerios y territorios tradicionales con los que exista un vínculo cultural y espiritual, aunque los demandantes no posean un título de propiedad formal. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la protección de las tradiciones de los pueblos indígenas; por ejemplo, en *Awas Tigni* (2001), la Corte reconoció el vínculo espiritual, cultural y ancestral que la comunidad indígena mantenía con la tierra; en consecuencia, consideró que despojarlos de su territorio equivalía a destruir la base de su identidad cultural y religiosa, y por lo tanto, constituía una violación grave de sus derechos fundamentales.¹⁸

Las constituciones latinoamericanas decoloniales han incorporado la diversidad como un valor jurídico y han superado la noción tradicional de unidad política y territorial. Un ejemplo es el caso de la *Comunidad Ika O Arhuaco* (1998)¹⁹: la Corte Constitucional colombiana confirmó la restricción de la libertad de movimiento a misioneros cristianos basada en la diversidad y la pluralidad, valores protegidos por la Constitución. Según la Corte, solo si se garantiza un amplio grado de autonomía a las comunidades indígenas es posible la supervivencia de la cultura indígena. En consecuencia, la Corte estimó que el cristianismo socavaba su cultura y que los indígenas habían restringido válidamente la entrada de los misioneros a su territorio. En este caso, el control de la libertad de movimiento en territorio indígena es esencial para mantener la diversidad cultural.

¹⁷Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comunicación N° 549/1993, CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1, 29 de diciembre de 1997, párrafo 10.3.

¹⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Community Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

¹⁹Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510/98 (18/09/1998).

¹⁶Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/61/295 de 13 de septiembre de 2007.

En algunos casos, los tribunales consideran como hecho relevante el territorio previamente ocupado por los pueblos indígenas; por ejemplo, los casos de posesión de drogas y el uso ritual de hojas de coca por las comunidades andinas en el territorio que ocupaba el imperio Inca. Los tribunales chilenos han justificado su uso religioso de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 169 de la OIT en los casos *Contra IWHC y LAHC* (2007)²⁰ y *Velázquez Zambrana* (2015)²¹, como veremos más adelante. En ambos, los acusados habían contrabandeado hojas desde Bolivia a Chile. Los Tribunales destacaron que los aimaras eran pueblos indígenas transfronterizos y que los protegía la ley 19.253, comúnmente llamada “Ley Indígena”.²²

Estas decisiones han desafiado la teoría política sobre la soberanía territorial, la autodeterminación y la idea de comunidad política. Examinaré algunos de estos casos en detalle.

4.1. Derecho penal, territorio, cosmogonías indígenas y defensas culturales

El Convenio 169 de la OIT considera la costumbre indígena como fuente de derecho (artículos 8 y 9), principalmente para atenuar la responsabilidad penal. Esas disposiciones se han aplicado en la jurisprudencia reciente y los acusados habían alegado defensas culturales (van Broeck, 2001). La fuente material última de esa costumbre es el entorno en el que los pueblos indígenas han desarrollado su cultura. El medio ambiente ha

desempeñado un papel esencial en la configuración de sus concepciones morales y de las nociones de lo que está bien o mal; por ejemplo, el tabú del incesto, un instinto con bases biológicas, es culturalmente soslayado en las islas pequeñas (como la Isla de Pascua) porque la exogamia no era una opción.²³ La idea de que el medio ambiente da forma a nuestro marco moral podría desempeñar un papel crucial en los casos penales que involucran a pueblos indígenas. Sus cosmogonías podrían ser relevantes para adjudicar casos judiciales. Por supuesto, esas nociones deben ser probadas por testigos expertos, como antropólogos o sociólogos. El caso de Colombia es diferente, ya que los tribunales han ido más allá de las defensas culturales y las costumbres indígenas pueden establecer ilícitos sancionados con castigos tradicionales (Carvajal Renza & Díaz Polanco,

²³El tabú del incesto es prácticamente universal y es una adaptación psicológica evolutiva que evita la endogamia y privilegia la exogamia para así evitar problemas genéticos. Las normas solo protegen este instinto. Contrariamente a lo señalado por Freud (el tabú es impuesto por la crianza en sociedad para reprimir un instinto edípico), Edvard Westermarck comprobó que los humanos sienten aversión a procrear por quienes fueron criados como hermanos (el tabú es natural, no social). Sin embargo, en condiciones extremas los grupos han relativizado el tabú, como ocurrió en la Isla de Pascua cuando la población se redujo a tal nivel que la supervivencia del grupo estaba en peligro. La explicación biológica y su expresión normativa, con referencias a Freud, Westermarck, Malinowski y Fox puede verse en Fukuyama (1999, págs. 147-148). Una vez que la cultura acepta ciertas formas de incesto, esa aceptación no desaparece con la llegada de afuerinos pese al cambio de las circunstancias extremas que la motivaron: hay una suerte de “inercia cultural” que justifica las eximentes y atenuantes penales. Al respecto, puede verse Thornhill (1993). En efecto, la ley 16.441 (Ley Pascua) en su artículo 13 señalaba hasta antes de que fuera modificado por la ley 21451 de 2022: “En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal (delitos sexuales y contra la propiedad), cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables”. El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este artículo con relación al delito de violación en su sentencia Rol 8792-2020, 29 de enero de 2021, Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad Respecto de los Artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441, Que Crea El Departamento de Isla de Pascua. El fallo incluye información antropológica e histórica. Ver Villavicencio Miranda y Zúñiga Añazco (2022).

²⁰IWHC Y LAHC con Fiscalía de Calama: 30-11-2007 (Nulidad), ROL N° 250-2007. En Corte de Apelaciones de Antofagasta.

²¹Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica y Parinacota, *Velázquez Zambrana con Fiscalía de Arica*, RUC núm. 1410018700-1, RIT núm. 27-2015, sentencia de 2 de marzo de 2015.

²²Ley 19.253, Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; publicada el 5 de octubre de 1993. <https://bcn.cl/2eu0o>.

2023). La noción de territorio y las características del medio ambiente juegan un rol en estas disputas, en una suerte de telón de fondo.

4.2. Drogas y rituales ancestrales: pueblos indígenas transfronterizos

Muchos pueblos indígenas se reconocen como transfronterizos: las fronteras nacionales son simples líneas en los mapas para estas comunidades que conservan sus nexos y cultura a pesar de la línea divisoria entre diferentes Estados. Los tribunales han considerado esta característica como un hecho relevante para juzgar casos sobre tráfico de estupefacientes. En algunas culturas indígenas, el consumo de drogas forma parte de las ceremonias religiosas, pero algunos Estados penalizan el tráfico de estupefacientes. Particularmente en la región andina el uso ritual de la hoja de coca está generalizado entre las tribus indígenas (Barrientos, 2008) y el uso ceremonial del peyote es frecuente entre las tribus norteamericanas en la zona fronteriza entre México y Estados Unidos (Céspedes, 2023). Esa tensión entre la posesión ilegal de drogas y la libertad de religión se expresa en la jurisprudencia pertinente.

Un ejemplo de conflicto entre la prevención de delitos de drogas y la libertad religiosa forma parte de la jurisprudencia andina. En *Contra IWHC y LAHC (2007)*²⁴, la policía chilena arrestó a dos personas bolivianas de la etnia indígena aimara que habían ingresado a Chile con 5,5 kg de hojas de coca, la materia prima esencial para fabricar cocaína. La Corte de Apelaciones de Antofagasta dictaminó que su conducta técnicamente calzaba con la definición típica de la ley.²⁵ Sin embargo, los nativos seguían su tradición y las hojas de coca eran una ofrenda religiosa, como informaron

los peritos, quienes aseveraron que el consumo habitual de hojas de coca sin procesar era parte del *ethos* indígena. El Tribunal de Justicia estimó que los acusados habían ejercido su derecho constitucional a la libertad de religión y, en consecuencia, excusó su comportamiento y no les impuso responsabilidad penal. En estas circunstancias, el interés público en restringir el consumo de drogas debía ceder ante la libertad de religión. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el informe pericial desempeñaron un papel fundamental en este fallo, pero no se aplicó el Convenio 169 de la OIT porque Chile no lo había ratificado.

Un caso similar *Velázquez Zambrana*²⁶, fue decidido en 2015. Esta vez se aplicó el Convenio 169 de la OIT porque ya estaba vigente, y no el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es una norma más general relacionada con las minorías. Durante un control rutinario, la policía aduanera en Chile registró a un camionero aimara boliviano que estaba en posesión de varios productos no declarados, inclusive hojas de coca. Fue arrestado como sospechoso de cometer delitos relacionados con el contrabando. El acusado afirmó que había comprado y contrabandeado las hojas de coca de Bolivia para una mujer aimara en Chile, quien quería venderlas en una festividad religiosa. El acusado reconoció que técnicamente había violado la letra de la ley, pero argumentó que debía ser eximido de culpa porque el pueblo aimara tenía ciertas tradiciones culturales, incluido el consumo de la hoja de coca como medicina y para rituales. El fiscal argumentó que las hojas de coca eran una droga y, por lo tanto, el acusado había cometido un delito de acuerdo con la legislación chilena.²⁷ Según el tribunal, el acusado carecía de la intención criminal de traficar hojas de coca y no entendía la ilegalidad de poseerlas. El tribunal destacó que los artículos 2, 5 y 8 del Convenio 169 de

²⁴Corte de Apelaciones de Antofagasta, IWHC Y LAHC con Fiscalía de Calama: 30-11-2007 (Nulidad), ROL Núm. 250-2007.

²⁵Ley 20.000, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Publicada el 16 de febrero de 2005. <https://bcn.cl/24h6s>

²⁶Velázquez Zambrana con Fiscalía de Arica, RUC No 1410018700-1, RIT No 27-2015, 2 de marzo de 2015, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica y Parinacota.

²⁷Ley 20000, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Publicada el 16 de febrero de 2005. <https://bcn.cl/24h6s>.

la OIT reconocían que los pueblos indígenas tenían derecho a conservar su cultura y a practicar su religión. A juicio del tribunal, Chile está obligado a garantizar el respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas, lo que significa que, cuando hubiera que determinar la responsabilidad penal de sus miembros, debía ser ponderada con sus particularidades sociales y culturales. El tribunal afirmó que es un hecho conocido que las hojas de coca son ampliamente utilizadas en Bolivia, donde no son ilegales, y que son un elemento vital para la cultura aimara. Agregó que las hojas tuvieron que ser importadas de Bolivia porque no se podían producir en Chile debido al clima. Además, sostuvo que son tan fundamentales para el pueblo aimara, que su uso está protegido por el Convenio 169 de la OIT, y que el imputado no había puesto en riesgo la salud pública. Si bien estaba prohibida la importación de hojas de coca en Chile, en este caso había sido un uso “culturalmente motivado”. El tribunal indicó que los aimaras son un pueblo transfronterizo cuyos territorios ancestrales quedaron divididos por las fronteras entre Chile, Bolivia y Perú y que esas fronteras son líneas artificiales para ellos. La Corte indicó que el delito de contrabando exige cruzar una frontera y que, normalmente, se trata de “encargos” para chilenos de la misma etnia, para quienes las fronteras no significan nada y se guían por su territorio precolonial.

4.3. La predicación del cristianismo y las creencias ancestrales como base de la autoridad aborígen: autonomía relativa del territorio indígena

Las Constituciones suelen garantizar la libertad de conciencia; en consecuencia, los pueblos indígenas tienen la libertad de practicar la fe que deseen. También suelen garantizar la libertad de practicar proselitismo, pero algunos pueblos indígenas en América Latina han tratado de impedir que ingresen a su territorio los grupos evangélicos proselitistas. En teoría

es posible compatibilizar el derecho a difundir la fe y evitar conflictos con la cultura indígena, pero, en términos prácticos, es difícil lograrlo.

En el año 1994, la Corte Constitucional de Colombia declaró que la libertad de difundir creencias religiosas es limitada y que no puede implicar coacción.²⁸ En el año 1998 volvió a enfrentarse al problema y priorizó uno de los intereses en conflicto para tratar de zanjar la cuestión. Comenzó a cambiar su enfoque hacia uno más revolucionario y otorgó más autonomía a las comunidades indígenas. Una comunidad indígena había restringido la libertad de movimiento a misioneros cristianos, había prohibido la construcción de una iglesia cristiana y había castigado a los indígenas que practicaban el cristianismo.²⁹ En un fallo dividido, la opinión mayoritaria dictaminó respecto de la libertad de movimiento que las restricciones y castigos impuestos por la comunidad indígena eran legítimos porque la Constitución colombiana fomenta la diversidad y la pluralidad en un Estado unitario. Según la Corte, si se garantizaba un amplio grado de autonomía a los pueblos indígenas, ellos podrían mantener su identidad cultural. Las autoridades indígenas tienen un carácter religioso y político y el cristianismo las socava porque los indígenas convertidos no respetan a sus líderes tradicionales. Por lo tanto, las autoridades indígenas controlan las tierras ancestrales y legítimamente pueden restringir las actividades misioneras, el ingreso de personas no indígenas y la construcción de edificios para controlar el grado de aislamiento de la comunidad. De acuerdo con la Corte, el único límite del poder jurídico y judicial de las comunidades indígenas es lo “intolerable por violar los valores más esenciales de la humanidad”. Respecto de que las autoridades de la tribu hubieran

²⁸Corte Constitucional de Colombia, Uribe Orozco y Alberto Restrepo González con Asociación Nuevas Tribus de Colombia. Sentencia T-342/1994 de 27 julio de 1994, Expediente T-20973.

²⁹Corte Constitucional de Colombia, Álvaro de Jesús Torres Forero contra las Autoridades Tradicionales de la Comunidad Indígena Arhuaca de la Zona Oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta, Sentencia SU-510/98 de 18 de septiembre de 1998, Expediente T-141047.

discriminado y castigado a los indígenas que se habían convertido al cristianismo³⁰, la Corte sostuvo que los indígenas que se convirtieran no podían ser castigados por ese solo hecho porque eso afectaría el núcleo de la libertad religiosa. Sin embargo, la comunidad podía sancionar a los indígenas que no reconociesen a las autoridades indígenas, pero siempre que respetara el núcleo mínimo del debido proceso y de la igualdad. Esta sentencia hizo prevalecer el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT y la autonomía indígena por sobre los regímenes generales de derechos humanos. Impuso algunos límites a su jurisdicción basados en el núcleo mínimo de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad. Una de las opiniones disidentes destacó que otorgar ese tipo de autonomía, que se utilizó para restringir severamente el núcleo fundamental de uno de los derechos más básicos, violaba el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que debía prevalecer.

El Tribunal Constitucional de Colombia ratificó la misma doctrina descrita anteriormente en otro caso, cuyos hechos fueron los siguientes. Un pastor no-indígena de la Iglesia Pentecostal había solicitado al cabildo indígena del pueblo Yanacona una autorización para realizar ceremonias religiosas en la plaza principal. El cabildo se lo negó y le permitió practicar su religión solo fuera del territorio indígena. Entonces, el pastor realizó actividades de culto en una vivienda dentro del territorio indígena y utilizó altavoces, por lo que algunas personas se quejaron por el ruido. El cabildo

interrumpió un culto, detuvo al pastor por 16 horas y le prohibió regresar al territorio. El asunto llegó al conocimiento del Tribunal Constitucional de Colombia, ante el cual el pastor alegó la violación de su libertad religiosa, de expresión y de reunión. El cabildo indígena contestó que simplemente había ejercido su autonomía para proteger su identidad cultural. Agregó que la realización de los cultos generaba conflictos sociales, ya que sus seguidores se negaban a cumplir con las obligaciones comunitarias de trabajo y vigilancia y desconocían las tradiciones ancestrales. La Corte denegó la tutela y falló a favor del cabildo indígena. Confirmó la decisión que prohibía al pastor ejercer su culto dentro del territorio indígena. La Corte priorizó el derecho a la integridad étnica y cultural de la comunidad indígena y sostuvo que el proselitismo agresivo representaba una amenaza para la cohesión y la identidad del pueblo indígena. El conflicto central según la Corte no fue la diferencia de creencias, sino el impacto desestabilizador en la organización social, política y económica de la comunidad. La restricción de la libertad religiosa fue considerada proporcional y necesaria para proteger un bien jurídico de mayor envergadura: la supervivencia cultural.³¹ Las autoridades indígenas ejercen su jurisdicción en un territorio delimitado; de la sentencia se puede colegir que esta jurisdicción autoriza restringir la libertad de movimiento de los no-indígenas con el fin de proteger la diversidad cultural. De esta manera, el territorio marca el límite del ejercicio de potestades públicas por parte de las autoridades indígenas, que tienen autonomía suficiente como para limitar la libertad de culto y de movimiento.

En México, algunos individuos indígenas de la comunidad Wixárika³²

³⁰El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ampliado por el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contempla la libertad de cambiar de religión sin coerción, como expresamente lo señala el Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas: "Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos" (HRI/GEN/1/Rev.5), 26 de abril de 2001, Observación general N° 22 – Artículo 18, pág. 164, párr. 5). En este caso los indígenas cristianos serían una minoría en una comunidad con una especie de "religión de Estado", que no podría implicar discriminación.

³¹Tribunal Constitucional de Colombia, sentencia T-1022/2001, Anama Ramírez, contra el Cabildo Indígena Yanacona, Resguardo Caquiona de Almaguer (Cauca), acción de tutela, 20 de septiembre de 2001.

³²México, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Segunda Sala). "Agustín Chino y otros v Autoridades Tradicionales de la Comunidad Indígena Wixárika de Tuxpan de Bolaños, Jalisco y Gobernador Constitucional del Estado de Jalisco (recurrente adhesivo)". Amparo

en Jalisco habían sido evangelizados por los Testigos de Jehová y se habían convertido. Los indígenas conversos trataron de convertir a toda la comunidad y dejaron de participar en las ceremonias religiosas ancestrales. El tlatoani, el líder espiritual de la comunidad, y la asamblea indígena decidieron desterrar a los nuevos conversos de las tierras comunitarias. Los demandantes argumentaron que habían sido discriminados porque se había violado su libertad religiosa. Los tribunales mexicanos enfrentan el mismo dilema entre la autonomía de las comunidades indígenas y los derechos de sus miembros. Ese es un equilibrio difícil de lograr. En este caso, la Corte reconoció que las comunidades indígenas tenían cierta autonomía para aplicar sus sistemas normativos y preservar su cultura, identidad y prácticas religiosas, que son esenciales para su supervivencia como grupo diferenciado. Estimó que era conforme a la Constitución que la comunidad decidiera que la pertenencia a la misma exigía adherirse a sus prácticas religiosas y culturales. La comunidad podía, por tanto, determinar que quienes no las cumplieran, perdieran su condición de comuneros. Sin embargo, el Tribunal dejó en claro que era inconstitucional que la pérdida de esa calidad conllevara la expulsión del territorio. La Corte hizo un “juicio salomónico” y ordenó la reubicación dentro del territorio comunal. El Tribunal equilibró ambos intereses: protegió el derecho a la libre determinación de la comunidad indígena porque preservó su identidad religiosa y cultural, pero al mismo tiempo remarcó que los individuos conservaban su libertad religiosa. Otra vez, la idea de control por las autoridades indígenas sobre ciertas tierras o territorios jugó un rol fundamental.

4.4. El territorio, el derecho a la consulta y los lugares sagrados indígenas

Como se ha explicado en otra ocasión (Céspedes, 2018), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)³³ incluye tres disposiciones relacionadas con los lugares sagrados y las prácticas religiosas. El artículo 11 declara que los pueblos indígenas pueden practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, incluidos los sitios arqueológicos e históricos, los artefactos, los diseños, las ceremonias, etc. Su propiedad cultural, intelectual, religiosa y espiritual está protegida y no puede ser tomada sin su consentimiento libre, previo e informado. El artículo 12 establece que los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y el derecho a mantener y acceder a sus lugares religiosos. Finalmente, el artículo 25 declara que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con sus tierras, aguas y mares costeros.

La consulta está regulada en el artículo 6, en el inciso 3 del artículo 7 y en el inciso 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y ha sido una parte esencial del debate jurídico en América Latina. El inciso 1 del artículo 13 incluye dos principios fundamentales. En primer lugar, se reconoce la relación de los pueblos indígenas con sus tierras ancestrales. En segundo lugar, el Convenio reconoce los aspectos colectivos de la relación de los indígenas con sus tierras o territorios. El inciso 1 del artículo 14, en interpretación armónica con los artículos 25 y 26, inciso 1, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y los artículos XXV, inciso 1, y XXVI de la Declaración Americana sobre

en Revisión 1041/2019. Sentencia del 8 de julio de 2020.

³³Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas (2007). Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/61/295 de 13 de septiembre de 2007. <https://docs.un.org/es/a/res/61/295>

los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁴, dispone que se salvaguarde el derecho de los pueblos indígenas a utilizar las tierras a las que tradicionalmente hubiesen tenido acceso, aunque en la actualidad no sean ocupadas exclusivamente por ellos. Los tribunales se han hecho eco de esta interpretación, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia.³⁵ En un caso tramitado ante los tribunales ordinarios chilenos, la parte demandante solicitó proteger un “menoko” (humedal que posee un valor ecológico, medicinal y espiritual fundamental en la cosmovisión mapuche). La Corte de Apelaciones de Temuco interpretó de manera armónica las disposiciones citadas y resolvió que la protección de los derechos indígenas no se restringe a las tierras con títulos formales de acuerdo con la ley 19.253 (“Ley Indígena”), sino que abarca el “hábitat” indígena y los sitios de significación cultural utilizados tradicionalmente.³⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la relación única y trascendente de los pueblos indígenas con sus tierras. De acuerdo con la Corte, los pueblos indígenas se relacionan con su tierra de una manera espiritual³⁷ y es necesario considerar que la tierra está estrechamente vinculada a sus expresiones y tradiciones orales, sus costumbres e idiomas, su arte y rituales, sus conocimientos y prácticas en relación con la naturaleza, el arte culinario, el derecho consuetudinario, la

vestimenta, la filosofía y los valores.³⁸ La Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de otros instrumentos de derechos humanos y ha declarado que no se puede negar a los pueblos indígenas “el derecho a disfrutar de su propia cultura, que consiste en una forma de vida fuertemente asociada a la tierra y al uso de sus recursos naturales”.³⁹

Un caso chileno relevante es el de la *Comunidad Indígena Chilcoco con Municipalidad de Arauco*.⁴⁰ Después del terremoto de 2010, un gobierno local cortó algunos árboles sagrados y destruyó algunos restos arqueológicos en un cerro para evitar un posible colapso, pero ese cerro era un lugar sagrado para los mapuches y las comunidades indígenas no fueron consultadas. A pesar de que el gobierno local argumentó que las medidas habían respondido a un procedimiento de emergencia, la Corte concedió la protección solicitada y declaró que la consulta era obligatoria. Las obras eran necesarias, pero siempre había que acomodarse a los sentimientos religiosos de los pueblos indígenas. Mantener las costumbres indígenas y sus identidades es un interés relevante y el Estado no puede intervenir sin autorización.

Otro caso chileno crítico es el de la *Comunidad Indígena Antú Lafquén de Huentetique con COREMA de la Región de Los Lagos*. En Chile, para desarrollar un proyecto económico que pueda causar un impacto en el medio ambiente se debe tramitar una evaluación de impacto ambiental de acuerdo con la ley 19.300, lo que requiere una declaración de impacto ambiental o estudio de impacto ambiental.⁴¹ En este caso, el proyecto consistía en

³⁴Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 14 de junio de 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

³⁵Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU121/22 de 30 de marzo de 2022, Expedientes T-6.844.960 y T-6.832.445 (acumulados).

³⁶Linconao Huircapan Francisca con Sociedad Palermo Ltda.:16-09-2009 ((Civil) (Protección), ROL N° 1773-2008. En Corte de Apelaciones de Temuco. La Corte Suprema confirmó la sentencia: Linconao Huircapan Francisca Contra Sociedad Palermo Ltda.:((Civil) Apelación Protección), ROL N° 7287-2009. En Corte Suprema.

³⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua, Serie C núm. 66, 1 de febrero de 2000.

³⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay, Serie C núm. 125, 17 de junio de 2005, párr. 154.

³⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichiwa de Sarayaku v Ecuador, Serie C núm. 245, 27 de junio de 2012, párr. 171.

⁴⁰Comunidad Indígena Chilcoco con Municipalidad de Arauco: 10-08-2010 (Protección), ROL N° 289-2010. En Corte de Apelaciones de Concepción.

⁴¹Ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Publicada el 9 de marzo de 1994.

generadores de electricidad para molinos de viento. El estudio de impacto ambiental fue aprobado por la Comisión Regional de Medio Ambiente (COREMA) a pesar de que la empresa solo había informado sobre el proyecto a las personas afectadas. A juicio del demandante, los pueblos indígenas no habían sido consultados en el sentido del Convenio 169 de la OIT. Además, argumentó que la evaluación de impacto ambiental debió haber sido más detallada, por lo que la empresa debió haber realizado un estudio de impacto ambiental en vez de una declaración. La Corte de Apelaciones rechazó la petición.⁴² La Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones, anuló la autorización y ordenó una evaluación de impacto ambiental detallada.⁴³ A juicio de la Corte, el Convenio 169 de la OIT exigía la celebración de la consulta como un paso adicional en todo procedimiento administrativo que pudiera afectar a una comunidad indígena; por lo tanto, la decisión administrativa era inválida. Esa consulta debía brindar oportunidades reales para influir y dar forma al proyecto, lo que no había ocurrido en el caso. Además, la Corte destacó que era una zona arqueológica importante y significativa para rituales religiosos.

Asimismo, otro caso relevante en Chile es *Toroco con Sociedad Inversiones e Inmobiliaria Villa Nueva*. Una empresa comenzó a excavar en un terreno cercano a un cementerio indígena utilizado para actividades religiosas. Los pueblos indígenas alegaron que afectaba a su derecho a la igualdad y a la libertad religiosa. La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó la demanda.⁴⁴ La Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelacio-

nes y otorgó protección a los nativos porque las obras habían afectado sus cementerios, lo que había discriminado a las comunidades indígenas en su libertad religiosa y había infringido el Convenio 169 de la OIT. Además, decidió que se debería haber realizado una consulta indígena.⁴⁵

5. Pluralismo jurídico, cosmogonías indígenas y su filtración al ordenamiento jurídico

El pluralismo jurídico es la presencia de varios sistemas jurídicos dentro de una jurisdicción. El reconocimiento de cierta autonomía indígena puede conducir a cierto grado de pluralismo jurídico. En lo que respecta a los pueblos indígenas, el derecho consuetudinario de los nativos puede coexistir con el ordenamiento jurídico general. Entonces, hay una superposición en cada jurisdicción entre dos o más sistemas, a diferencia del derecho estatal monopolístico con un solo legislador para cada jurisdicción. Incluso en Chile, cuya Constitución no contiene ninguna disposición relacionada con los derechos indígenas, los tribunales han reconocido y aplicado el derecho mapuche en cuestiones relacionadas con la violencia intrafamiliar y la edad mínima para consentir relaciones sexuales por aplicación del artículo 54 de la comúnmente llamada “Ley Indígena”. En esos casos, se reconoce o tolera el derecho consuetudinario indígena (con abundante jurisprudencia: Céspedes, 2020).

El indigenismo ha tomado una forma más radical en el caso de Bolivia, en el que el pluralismo y los pueblos indígenas son la base de su orden constitucional. En el caso del Hospital Clínico Viedma⁴⁶, una clínica había

de Antofagasta.

⁴⁵Herminia Toroco Herrera y Amelia Mamani Charcas con Sociedad Inversiones e Inmobiliaria Villa Nueva S. A.: 26-09-2013 ((Civil) Apelación de Protección), ROL N° 3010-2013. En Corte Suprema.

⁴⁶*Velarde Alcoba, Osorio Oporto y Ávalos Zamudio*, Sentencia 2007/2013, Acción de liber-

<https://bcn.cl/2eph7>

⁴²Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique Contra Comisión Regional de Medio Ambiente Región de los Lagos: 11-10-2011 (Protección), ROL N 10.090-2011. En Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

⁴³Comunidad Indígena Antu Lafquen de Huentetique Contra Comisión Regional de Medio Ambiente Región de los Lagos: 22-03-2012 ((Civil) Apelación Protección), ROL N° 10090-2011. En Corte Suprema.

⁴⁴Herminia Toroco Herrera y Amelia Mamani Charcas con Sociedad Inversiones e Inmobiliaria Villa Nueva S.A.: 15-04-2013 (Protección), ROL N° 1414-2012. En Corte de Apelaciones

retenido un cadáver como garantía para pagar una factura hospitalaria. La Corte Plurinacional de Bolivia concedió un *habeas corpus* y ordenó entregar el cadáver a su familia. La Corte empleó la cosmogonía indígena para considerar que los restos humanos tienen dignidad humana y, de la misma manera, el cadáver “sigue vivo”. El aspecto más relevante de esta decisión es que las categorías indígenas no se utilizaron para proteger a las “minorías”, sino a un nivel más abstracto para definir la muerte. Sin embargo, ninguna de las partes se había identificado a sí misma como indígena ni había incluido algún elemento cultural indígena en sus reclamaciones. Este fallo significa que las cosmogonías indígenas han permeado el sistema jurídico boliviano e influyen en el razonamiento de los tribunales.

6. Conclusiones

Las constituciones latinoamericanas decoloniales han adoptado la diversidad como un valor jurídico y han superado la noción tradicional de unidad política y territorial. El término “constitución decolonial” es utilizado como concepto analítico y político dentro de la teoría jurídica crítica y los estudios culturales y decoloniales e implica un nuevo modelo de Estado, en el cual el indigenismo y la diversidad cultural son los cimientos del sistema. Estos cimientos se manifiestan en una mayor o menor aplicación del pluralismo jurídico, las defensas culturales, el rechazo de los paradigmas jurídicos occidentales y la relativa autonomía de los territorios indígenas. Todos estos elementos podrían considerarse una forma de reparación.

El pluralismo jurídico reconoce que son válidos dos sistemas jurídicos que se aplican en un mismo territorio dependiendo de la etnia de las per-

sonas. Para determinadas relaciones jurídicas se aplican diversos sistemas jurídicos vinculados a la identidad de la persona, lo que sería una suerte de “estatuto personal” para parafrasear a Savigny. Las defensas culturales podrían considerarse una manifestación de ese pluralismo si se trata de causales de justificación (no sería lo mismo en caso de eximentes por falta de culpabilidad). El rechazo de los paradigmas jurídicos occidentales sería probablemente el *non plus ultra* de una legalidad decolonial. Una característica que podríamos identificar también en estos sistemas jurídicos sería la autonomía otorgada a comunidades indígenas para gestionar su territorio. Puede considerarse que aceptar el pluralismo en general, y las potestades territoriales de las comunidades indígenas, es una forma de reparación de parte de los sistemas jurídicos decoloniales. El término “reparación” tiene un significado multifacético y va más allá de una compensación económica. Se refiere a un proceso integral de justicia correctiva destinado a enmendar los daños históricos causados por la colonización y la discriminación estructural a los pueblos originarios. Devolver parte de los territorios ancestrales y permitir el ejercicio de competencias territoriales puede implicar la administración de recursos naturales, pero también el control de la libertad de movimiento como en los casos analizados.

El estudio de las disputas jurídicas relacionadas con las religiones indígenas debe ser interdisciplinario, ya que el análisis del texto de la ley es insuficiente para comprender todos los aspectos. Muchos sistemas jurídicos establecen la obligatoriedad de los peritajes precisamente porque la interpretación de la ley por los jueces es insuficiente para obtener justicia en casos que involucren indígenas. La historia, la antropología, la sociología y la psicología evolutiva pueden ayudar a explicar, eximir o justificar ciertas conductas como la posesión de hojas de coca. En la zona andina, de no considerarse el enfoque multidisciplinario, las consecuencias negativas pueden ir desde una injusticia manifiesta hasta la criminalización de una cultura particular.

Las religiones indígenas son una parte esencial de la identidad de los

dad, Expediente 04162-2013-09-AL. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Tata Gualberto Cusi Mamani, Magistrado Relator. Ver Mehlhorn & Céspedes (2018).

pueblos originarios. Su cosmovisión está muy relacionada con su religión, ya que define su forma de entender el mundo y el lugar de los individuos y las comunidades en este. Ideas como la Madre Tierra (Pachamama) en los Andes o los espíritus de la selva en la Amazonía no son meras metáforas: para la cosmovisión indígena son constructos sociales que producen normas de conducta y explican, por ejemplo, una ética ambiental y comunitaria inherente a esa identidad. La memoria histórica colectiva indígena está en parte codificada en su religión. Como vimos en algunos casos, las normas religiosas indígenas son el sustento de sus autoridades políticas, y estas pueden válidamente restringir la libertad de movimiento y la libertad religiosa para limitar la diversidad social y preservar la continuidad cultural de la comunidad. El territorio indígena no es solo un espacio físico donde vive un pueblo originario; es un espacio sagrado. Desconectar a los indígenas de su territorio es, literalmente, cortar su conexión con lo divino.

El indigenismo está creciendo, pero al mismo tiempo, el pluralismo jurídico y la autonomía indígena se otorgan con diferente intensidad en diversos países de las Américas. Chile es relativamente conservador, pero hay manifestaciones jurisprudenciales de pluralismo jurídico.

En América Latina muchos ordenamientos jurídicos nacionales se complementan con el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo, s.f.). El análisis de la jurisprudencia latinoamericana revela que el Convenio es una importante fuente normativa que sustenta la autonomía que tienen comunidades indígenas para controlar su territorio, una suerte de libre determinación residual y limitada. La experiencia de Estados Unidos y Canadá, que basan su relación con los pueblos nativos en tratados nacionales y no en el Convenio 169 de la OIT, ofrecería un contrapunto analítico para entender los distintos caminos del reconocimiento de los pueblos indígenas.

Por último, este trabajo examina una mínima parte de la casuística judicial comparada. Existe un vasto y dinámico corpus de decisiones que

los tribunales latinoamericanos han producido respecto a los derechos indígenas y que aún no ha sido analizado. Existen determinadas áreas que necesitan un análisis comparado exhaustivo, por ejemplo, la tensión entre la autonomía indígena y los derechos de las mujeres, un área en la que la jurisprudencia es particularmente volátil y los estándares internacionales pueden entrar en contradicción directa con la costumbre de los pueblos originarios. En materia de territorio indígena, un estudio de la jurisprudencia permitiría contrastar los modelos de pluralismo jurídico, p. ej. el complejo sistema de demarcación de tierras en Brasil o la consulta previa y la propiedad comunitaria en Argentina. Nuestra investigación se centra en tribunales superiores. La jurisprudencia de tribunales de primera instancia (o especializados como los ambientales) ofrecería un buen contrapunto con una casuística rica, original y menos visible, pero enormemente influyente en la vida de las comunidades. Finalmente, el enfoque en este trabajo fue el análisis de las sentencias. El siguiente paso lógico sería evaluar la aplicación de estas sentencias y sus resultados.

Bibliografía

- Ariza Santamaría, R. (2017). Descolonización de prácticas judiciales constitucionales en Bolivia-Colombia. *Revista Direito e Práxis*, 8(4), 3004-3036. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/31225
- Bagni, S., Rodríguez Caguana, A., & Castro León, F. (2024). Una exploración del pluralismo jurídico intercultural en la jurisprudencia de Bolivia, Colombia y Ecuador. *Revista Derecho del Estado*, 58, 61-90. DOI: 10.18601/01229893.n58.03
- Barrientos, I. (2008). Licitud del porte y uso de la hoja de coca. *Política criminal*, 3(5), 1-30. Obtenido de https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_4_5.pdf
- Becerra Valdivia, K. (2022). Los derechos colectivos indígenas: propuesta

de una clasificación en perspectiva comparada latinoamericana. *Ius et Praxis*, 28(2), 99-123. DOI: 10.4067/S0718-00122022000200099

Buhler, S. (2017). Reading Law and Imagining Justice in the Wahkoh-towin Classroom. *Windsor Yearbook of Access to Justice/Recueil Annuel de Windsor d'accès à la Justice*, 34(1), 175-188. DOI: 10.22329/wyaj.v34i1.5011

Carvajal Renza, B., & Díaz Polanco, F. (2023). Vicisitudes de la justicia indígena: el dilema de los castigos ancestrales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Ius et Praxis*, 29(3), 261-276. DOI: 10.4067/s0718-00122023000300261

Céspedes, R. (2018). Religiones Indígenas y Jurisprudencia Chilena. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 4(1), 1-8. DOI: 10.7764/RLDR.6.72

Céspedes, R. (2020). Indigenous autonomy and justice for Latin American Indigenous women. *Cultura, Hombre y Sociedad (CUHSO)*, 30(1), 126-144. DOI: 10.7770/2452-610x.2020.cuhs0.01.a08

Céspedes, R. (2023). Drug possession, Chilean indigenous peoples, and cultural defenses. *Studia Iuridica*, 96, 31-40. DOI: 10.31338/2544-3135.si.2023-96.3

Fukuyama, F. (1999). *The Great Disruption: Human Nature and the Reconstitution of Social Order*. Londres: Profile Books. DOI: 10.5555/520324

Funk, L. (diciembre de 2014). Legitimidad jurisdiccional de la justicia indígena. *Globalización*. Obtenido de <http://rcci.net/globalizacion/2014/fg1935.htm>

Góngora Mera, M. (2014). La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano. En A. v. Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & H. Fix-Fierro (Edits.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (págs. 301-326). Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de [https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3655-ius-constitutionale-commune-en-america-latina-](https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3655-ius-constitutionale-commune-en-america-latina-rasgos-potencialidades-y-desafios)

[rasgos-potencialidades-y-desafios](https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3655-ius-constitutionale-commune-en-america-latina-rasgos-potencialidades-y-desafios)

Lovelock, J. (1979). *Gaia: A New Look at Life on Earth*. Oxford: Oxford University Press.

Mehlhorn, A., & Céspedes, R. (2018). Cosmovisión Indígena, Pluralismo, Razonamiento Judicial y Habeas Corpus sobre Restos Mortales. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 4(1), 1-9. DOI: 10.7764/RLDR.6.73

Millán Terán, O. (2015). El sistema electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional. *Revista Ciencia y Cultura*, 19(35), 107-132. Obtenido de http://scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2077-33232015000200006

Miranda Torres, R. P. (2018). La cosmovisión de las comunidades autóctonas en México y su falta de armonización con las normas del Estado. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 4(1), 1-21. DOI: 10.7764/RLDR.6.63

Monteiro de Matos, M. (2020). *Indigenous land rights in the inter-American system: substantive and procedural law*. Leiden: Brill. DOI: 10.1163/9789004411272

Núñez Donald, C. (2015). Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos*, 11, 157-169. DOI: 10.5354/0718-2279.2015.37497

Olano García, H. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 3(1), 231-242.

Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). *Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Recuperado el 2 de enero de 2026, de NORMLEX: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314

Thornhill, N. (1993). *The Natural History of Inbreeding and Outbreeding*. Chicago: University of Chicago Press. DOI: 10.1046/j.1420-9101.1994.7050623.x

van Broeck, J. (2001). Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). *European Journal of Crime, Criminal Law, and Criminal*

Justice, 9(1), 1-32. DOI: 10.1163/15718170120519282

Villavicencio Miranda, L., & Zúñiga Añazco, Y. (2022). El caso de la “Ley Pascua”. Un enfoque más allá del todo o nada. *Revista de Derecho*, 35(1), 167-189. DOI: 10.4067/S0718-09502022000100167

Acerca del autor

Rodrigo Carlos Céspedes Proto. Profesor de derecho público, Universidad de las Américas (sede Providencia). ✉rcspedes@udla.cl  0000-0001-9607-3498