



Organización
Internacional
del Trabajo

APLICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT POR TRIBUNALES NACIONALES E INTERNACIONALES EN AMÉRICA LATINA

Una recopilación de casos

PROGRAMA PARA PROMOVER EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT (PRO 169)
Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009

LA APLICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 169 POR TRIBUNALES NACIONALES
E INTERNACIONALES EN AMÉRICA LATINA



UNA COMPILACIÓN DE CASOS



“Un paso trascendental en la consolidación del régimen internacional contemporáneo sobre los pueblos indígenas, el Convenio núm. 169 reconoce de modo significativo los derechos colectivos de los pueblos indígenas en áreas clave, entre ellas la integridad cultural; la consulta y participación; el autogobierno y la autonomía; los derechos a la tierra, el territorio y los recursos; y la no discriminación en los ámbitos socioeconómicos.”¹⁾

S. James Anaya, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas

1) UN doc. A/HRC/9/9, 11 August 2008, para. 32

PREFACIO

El año 2009 marca el 20º. aniversario de la adopción del Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (núm. 169) por la Conferencia Internacional del Trabajo. Junto con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, el Convenio constituye el elemento fundamental del marco normativo internacional contemporáneo para la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Desde su adopción, el Convenio núm. 169 ha jugado un papel crucial en la elaboración de las leyes y políticas nacionales en materia de los pueblos indígenas y tribales en todo el mundo. En los países ratificantes especialmente, los tribunales de justicia se han estado basando en el Convenio a la hora de tratar los casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas. El uso que se le ha dado al Convenio en el ámbito judicial ha contribuido significativamente a su aplicación a nivel nacional.

Esta Compilación de Casos incluye una síntesis de decisiones judiciales adoptadas en 10 países de América Latina, además de sentencias e informes del sistema de derechos humanos interamericano. La información presentada destaca cómo los tribunales se han basado en el Convenio núm. 169. Los textos completos de las decisiones están a disposición en CD-ROM. En la introducción se presenta el contexto de los sistemas jurídicos nacionales de los países en cuestión y se explica en términos generales los tipos de casos seleccionados.

Esperamos que esta Compilación de Casos sea una herramienta útil para jueces, abogados y docentes de derecho y una fuente de información para los pueblos indígenas y tribales y sus organizaciones en el contexto de la defensa de sus derechos y en la tramitación de litigios judiciales. La publicación también tiene como propósito compartir las experiencias en América Latina con los actores interesados de otras regiones.

Esta Compilación de Casos ha sido elaborada y coordinada por el Proyecto de la OIT para la Promoción del Convenio núm. 169 y el Equipo de Igualdad del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT. Queremos expresar nuestro profundo agradecimiento a Christian Courtis, ex miembro de la Comisión Internacional de Juristas, quien seleccionó los casos, preparó las síntesis y redactó la introducción. Este libro contó con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca (DANIDA).

ÍNDICE

Introducción: la aplicación del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo por los Tribunales de América Latina	6
Lista de Casos	15
Palabras claves	18
Parte 1: Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos)	23
Parte 2: Tribunales Nacionales	39
Argentina	40
Belice	49
Bolivia	52
Brasil	60
Colombia	63
Costa Rica	128
Ecuador	144
Guatemala	152
México	164
Venezuela	172
Anexo 1: Convenio núm. 169 de la OIT	182
Anexo 2: La situación del Convenio núm. 169 en los sistemas jurídicos de los países ratificantes	191
Anexo 3: El Sistema de control de la OIT	192

INTRODUCCIÓN: LA APLICACIÓN DEL CONVENIO NÚM. 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR LOS TRIBUNALES DE AMÉRICA LATINA

El objeto de este trabajo es la presentación de sentencias de la región de América Latina en las que se ha empleado el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes como criterio interpretativo o decisorio. Algunas aclaraciones previas pueden ser útiles para explicar el material que aquí se expone, y el contexto en el que debe situarse.

1) Algunos datos sobre el contexto legal de los países de la región

La región de América Latina y el Caribe es aquella en la que se han registrado mayor cantidad de ratificaciones del Convenio núm. 169 – catorce, a la fecha de elaboración de este trabajo²⁾. Esto no es casual: muchos países de la región son multilingües y multiculturales, y en algunos casos la población indígena constituye la mayoría de la población, o un porcentaje significativo de ella. Además de la ratificación del Convenio num. 169, y acompañando el proceso de reformas constitucionales que se ha dado a partir de finales de la década de 1980, un número importante de estos países ha incorporado a sus constituciones disposiciones sobre derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

No es extraño, entonces, que algunas de estas modificaciones constitucionales y legales hayan tenido impacto en la jurisprudencia de distintos países. Algunos factores comunes – aplicables en distinta medida a cada país, pero que sin embargo marcan una tendencia regional – pueden ayudar a entender este panorama.

a) Relación entre procesos de reforma constitucional y de transición o consolidación democráticas

Un porcentaje significativo de países de la región ha experimentado una transición de regímenes autoritarios a la vigencia de instituciones democráticas en el período que va de mediados de los años 80s a comienzos del 2000³⁾. En muchos de estos casos, el proceso fue acompañado por reformas constitucionales sustantivas. En otros casos, aunque no hubo exactamente un tránsito desde un régimen autoritario a uno democrático, las reformas constitucionales acompañaron procesos de movilización y renovación política. La mayoría de estas reformas constitucionales ha plasmado una importante cantidad de nuevos derechos y de innovaciones institucionales, como las comentadas en los puntos que siguen.

b) Expansión de la justicia constitucional

Si bien la noción de justicia constitucional no era extraña en muchas de las jurisdicciones de la región, lo cierto es que durante parte del Siglo XX el empleo del control judicial

2) Marzo de 2009. Los Estados ratificantes son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela. En otros países de la región, la ratificación está pendiente del proceso interno de aprobación.

3) Ver, por ejemplo AA.VV., *Transición democrática y reforma constitucional en Centroamérica*, Fundación para la Paz y la Democracia, San José, 2001; Roberto Gargarella, "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación", en *Desarrollo Económico*, Vol. 36, No. 144 (Enero-Marzo 1997), pp. 971-990; José María Serna de la Garza, *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Argentina, Brasil y México*, UNAM, México, 1998; Rodrigo Uprimny y Mauricio García Villegas, "Corte constitucional y emancipación social en Colombia", en *Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), Emancipación social y violencia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2004.

de constitucionalidad no era generalizado en la región. Muchas de las reformas constitucionales ocurridas en la última década del Siglo XX han reforzado el control constitucional, por vía de la creación de tribunales constitucionales especializados, o de salas constitucionales en los tribunales superiores de justicia o cortes supremas, y por vía de la previsión expresa en la Constitución de acciones constitucionales –como la acción de amparo o la acción de inconstitucionalidad. Esto ha llevado a una expansión notoria del empleo de la jurisdicción constitucional, inédita en muchos de los países de la región⁴.

c) Ratificación y concesión de status legal privilegiado a los tratados internacionales de derechos humanos

Otras de las innovaciones experimentadas en muchos de los países de la región han tenido que ver con una valoración privilegiada de los tratados internacionales de derechos humanos. Por un lado, muchos de los países de la región han aumentado en el período descrito su número de ratificaciones a tratados internacionales de derechos humanos –como mensaje reforzado de aceptación del Estado de derecho y de la vigencia de derechos fundamentales, por oposición al pasado autoritario y caracterizado por la violación masiva de derechos humanos. La ratificación de tratados internacionales puede entenderse como confirmación de la confianza en el sistema internacional de derechos humanos, que constituyó en el pasado el foro en el que las graves violaciones a los derechos humanos podían denunciarse, y al mismo tiempo como mensaje a la comunidad internacional acerca del nuevo compromiso del Estado con la vigencia del Estado de derecho y con el respeto de los derechos humanos.

Pero además, la ratificación de una cantidad importante de tratados de derechos humanos, tanto regionales como universales, se inserta en el contexto de la prevalencia de una tradición monista en materia de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Esto significa que los tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados también forman parte del derecho interno, y que a la lista expandida de derechos fundamentales consagrados por las nuevas constituciones, se agrega la lista de derechos reconocida en los tratados de derechos humanos ratificados⁵.

Por último, aunque de manera no uniforme, en muchos de los países de la región a los tratados de derechos humanos se les ha concedido un *status* legal privilegiado, al menos con respecto a la ley ordinaria⁶. En algunos casos se les ha dado jerarquía constitucional,

4) Ver, por ejemplo, Víctor Bazán, “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, en Anuario Derecho Constitucional Latinoamericano 2007, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pp. 37-61.

5) Sobre la aplicación de los tratados de derechos humanos por jueces locales ver, en general, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997; Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década Editores del Puerto-CELS, Buenos Aires, 2007. . Más específicamente sobre la aplicación de las normas de la OIT por los tribunales nacionales, ver Xavier Beaudonnet, “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales.”, Revista Derecho del Trabajo, Ediciones La ley, julio de 2006, Constance Thomas, Martin Oelz y Xavier Beaudonnet, “The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence and practical implications”, en Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l’avenir, Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos, OIT, Ginebra, 2004 ; Geraldo Von Potobsky, “Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional”, en Les normes internationales du travail, un patrimoine pour l’avenir, Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos, op.cit.

6) Ver, al respecto, Carlos Ayala Corao, La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias, FUNDAP, Querétaro, 2003.

en otros se los considera parte del denominado “bloque de constitucionalidad”⁷⁾, y en otros se les concede una jerarquía intermedia – debajo de la Constitución pero encima de la legislación ordinaria.

d) Afianzamiento del sistema regional de derechos humanos

Esta renovada relación entre derecho constitucional local y derecho internacional de los derechos humanos se ha visto especialmente apuntalada por el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Prácticamente todos los países de la región han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Uno de los efectos de esta expansión ha sido, naturalmente, un aumento del trabajo de los órganos del sistema – la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –, en términos de casos tratados, de casos resueltos, de países cubiertos y de variedad temática. Simultáneamente, los países que se han hecho parte del sistema regional de derechos humanos han debido aprender a recoger internamente las decisiones y los criterios interpretativos sentados por el sistema regional de derechos humanos. El proceso es lento y complejo, y está lejos de haber concluido. Pero ha tenido como consecuencia una mayor permeabilidad de muchos tribunales locales hacia la recepción de la jurisprudencia interamericana – especialmente de la establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto puede explicar un gradual acostumbramiento a la invocación de estándares internacionales de derechos humanos por parte de los tribunales locales.

e) Reconocimiento constitucional de nuevos derechos

Un último elemento enmarca el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de la región. Las reformas constitucionales de la región se han caracterizado por la expansión de la lista de derechos fundamentales y principios sustantivos, que incluye derechos de todo el catálogo conocido (derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, derechos colectivos, derechos de minorías, derechos medioambientales). En este contexto se inserta también el reconocimiento constitucional de derechos de los pueblos indígenas – temática que difícilmente hubiera podido ser ignorada dado el peso y el grado de movilización política de los pueblos y comunidades indígenas en muchos países de la región⁸⁾.

Muchas de las cláusulas constitucionales que reconocen derechos a los pueblos indígenas han tomado como inspiración los estándares internacionales en la materia, entre los que se cuenta, como ejemplo privilegiado, el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

7) Ver Rodrigo Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e Internacional*, Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.

8) Ver, al respecto, Rachel Sieder (ed.), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Basingstoke, Nueva York, 2002; Cletus Gregor Barié, *Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama*, Abya-Yala, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas-Instituto Indigenista Interamericano, La Paz, 2da. ed., 2003; Fernando Flores Jiménez (coord.), *Constitución y Pluralismo Jurídico*, Corporación Editora Nacional-Instituto de Derecho Público, Quito, 2004; Daniel Bonilla, *La Constitución Multicultural*, Siglo del Hombre-Uniandes-Instituto Pensar, Bogotá, 2006.

2. La influencia del Convenio núm. 169 en los países de la región

Si bien estos factores varían de país en país, y no alcanzan a explicar completamente el fenómeno analizado, al menos ofrecen algunos elementos para entender el mayor éxito que ha tenido el Convenio núm. 169 en la región, en comparación con otras regiones en las que se registran ratificaciones. Parte de la influencia del Convenio núm. 169 ha consistido en establecerse como modelo inspirador de reformas constitucionales y legales en materia indígena en la región – de modo que muchas de las nociones que articulan el Convenio, como las de “pueblo indígena”, “autoidentificación”, “territorios tradicionales”, “autonomía”, “consulta”, “usos y costumbres”, entre otras – aparecen reflejadas de una u otra manera en constituciones y en normas legales en los distintos países de la región⁹.

Pero lo que importa a efectos de subrayar la pertinencia de esta publicación es que la influencia del Convenio núm. 169 no se ha limitado al papel de “legislación modelo”, a ser seguida por los poderes políticos locales. El Convenio núm. 169 ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores, públicos y privados, que han actuado en defensa de los derechos e intereses de esas comunidades. Y parte del empleo de ese instrumento internacional ha consistido, justamente, en el litigio ante los tribunales locales y, cuando ha sido posible, ante los órganos del sistema regional de derechos humanos.

3. Algunos criterios para entender la selección de casos expuesta en este trabajo

Este libro recoge, de manera selectiva y sin pretensión de exhaustividad, sentencias judiciales que han hecho aplicación del Convenio núm. 169, y que provienen de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, y de diez países de la región.

El esquema de presentación de los casos empleado incluye la identificación del país, del tribunal, de la sentencia, una narración sumaria de los hechos que dieron origen al caso y del planteo judicial efectuado y del sentido de la decisión judicial (con algún énfasis en el papel que ha jugado en ella el Convenio núm. 169), la enumeración de las principales normas aplicadas, la transcripción de algunos párrafos relevantes en relación con el empleo del Convenio núm. 169, y una sección final con comentarios relativos a la importancia del caso y a las innovaciones que éste introduce en relación con la aplicación del Convenio núm. 169. En algunos casos, se acompaña por un comentario sobre la interpretación que el Tribunal hace del Convenio núm. 169. Cuando fuere pertinente, se incluye una referencia a los informes y los comentarios de los órganos de control de la OIT relativos a casos similares. Todos los documentos referidos pueden ser consultados en los bancos de datos APPLIS e ILOLEX disponibles en el sitio Web de la OIT: www.ilo.org/ilolex/ y www.ilo.org/natlex/

Dada la distinta procedencia de los casos, y la diversidad de sistemas legales y de tradiciones jurídicas locales, el panorama es variado. Por lo tanto, hay distintas variables que han determinado la selección de los casos. El grado de desarrollo de la aplicación del Convenio núm. 169 Por los tribunales nacionales de la región varía notoriamente: en algunos casos, la selección ha capturado casi todos los casos importantes o existentes, mientras que en otros – Colombia o

9) Ver, por ejemplo, Cletus Gregor Barié, *Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama*, Abya-Yala, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas-Instituto Indigenista Interamericano, La Paz, 2da. ed., 2003, pp. 58-62.

Costa Rica, por ejemplo – la riqueza y variedad de casos es enorme y algunos – pocos¹⁰ – casos han sido elegidos por su trascendencia y por ilustrar temáticas o tipos de acciones diversas. En más detalles, algunas de las variables que han determinado la selección de casos son:

a) Sentencias regionales/sentencias nacionales

Una primera diferencia está dada por la inclusión tanto de sentencias de tribunales nacionales, como de sentencias y decisiones de los órganos del sistema regional de derechos humanos, es decir, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el primer caso, se trata – con alguna excepción – de aplicaciones del Convenio núm. 169 en tanto norma incorporada al derecho interno de los países referidos. En el segundo, en cambio, es importante resaltar que los órganos interamericanos no tienen competencia para resolver controversias basadas sobre violaciones al Convenio núm. 169, sino que la base de su competencia es fundamentalmente la de los instrumentos regionales de derechos humanos. Sin embargo, los órganos regionales de derechos humanos han empleado el Convenio núm. 169 de la OIT como norma interpretativa, destinada a especificar las obligaciones de los Estados establecidas por otras normas internacionales (como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre) cuando se trata de su aplicación a pueblos y comunidades indígenas o a sus miembros. Así, por ejemplo, han interpretado el derecho de propiedad o el derecho al debido proceso, cuando están en juego los derechos de pueblos y comunidades indígenas, a la luz de lo establecido en el Convenio núm. 169.

Aunque la selección de casos consiste en su mayor parte en jurisprudencia nacional, es importante registrar también los casos de los órganos regionales de derechos humanos, no sólo por el interés que pueda generar la interpretación efectuada por estos órganos, sino también porque, dadas las razones ya expuestas, la jurisprudencia regional tiene muchas veces impacto ulterior en la jurisprudencia local de los países que son parte del sistema regional de derechos humanos.

b) Países parte/países no parte del Convenio núm. 169

Un segundo aspecto interesante ilustra el alcance y la trascendencia del Convenio núm. 169 en materia de derechos de los pueblos y comunidades indígenas. La mayoría de la jurisprudencia recogida proviene o se refiere, naturalmente, a países que son parte del Convenio núm. 169, y para los que por ende ese instrumento internacional constituye una fuente jurídica directa de obligaciones.

Sin embargo, puede sorprender el hecho de que haya sentencias que emplean el Convenio núm. 169 aún cuando el país involucrado no lo ha ratificado. La recopilación incluye tres sentencias en este sentido: una sentencia dictada por la Corte Suprema de Belice, una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida a Surinam, y una sentencia de la entonces

10) En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional ha decidido más de cuarenta casos en los que se invoca el Convenio 169. En la presente selección se ha escogido poco más de una decena, con algunos apuntes acerca de la repetición de la doctrina adoptada en otros casos. Ver, al respecto, Catalina Botero Marino, "Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", en Revista Precedente. Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades, Universidad ICESI, Cali, 2003, pp. 45-87.

denominada Corte Suprema de Justicia de Venezuela, antes de que este país ratificara el Convenio. En todos estos casos, los distintos órganos juzgadores asignan al Convenio núm. 169 valor interpretativo, como ejemplo de los estándares internacionales vigentes en la materia.

c) Países de tradición monista/países de tradición dualista; jerarquía normativa del Convenio

Una tercera cuestión está vinculada con el modo de incorporación del Convenio al derecho interno, y con su jerarquía normativa, en el caso de incorporación directa de derecho internacional (es decir, en aquellos países de tradición monista). Sobre la incorporación, el panorama de los países representados en esta muestra es casi unánime: la tradición dominante en América Latina es la monista –es decir, la incorporación de un tratado internacional al derecho interno, una vez que ha sido debidamente ratificado. La única excepción entre los países cuyos casos se comentan es Belice, país perteneciente a la tradición del *common law* y en el que, por ende, rige la posición dualista. Y, en todo caso, Belice no es parte del Convenio núm. 169, de modo que en el caso referido a ese país tampoco hay una aplicación directa de la norma, sino una mención en clave interpretativa o persuasiva.

Es más bien una segunda pregunta, que se deriva de la tradición monista en materia de relaciones entre derecho internacional y derecho interno, la que capta algunas diferencias significativas entre los países cuyas sentencias aparecen ilustradas en este trabajo. Aquí, hay que decirlo, existen diferentes aproximaciones en las distintas jurisdicciones, que en algunos casos se reflejan en las sentencias comentadas.

En algunos países, a los tratados internacionales sobre derechos humanos y al Convenio núm. 169 se les ha asignado una categoría similar a la de la constitución. Entre estos países se destacan Bolivia y Colombia, que han operado esta asimilación del Convenio núm. 169 a la Constitución por vía del empleo de la noción de “bloque de constitucionalidad”. De acuerdo con esta noción, la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos al derecho interno obliga al intérprete constitucional a leer conjuntamente los derechos fundamentales incluidos en la constitución y los derechos humanos incluidos en tratados internacionales. Ambos grupos de derechos deben complementarse y sostenerse mutuamente, formando una unidad en la que prima –en caso de diferencias entre una fuente y otra– la interpretación pro homine, es decir, aquella que reconoce mayor extensión a los derechos.

La solución que ha dado la Reforma Constitucional Argentina de 1994 al tema es distinta, pero tiene resultados similares: ha concedido jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos listados expresamente, además de conceder al Congreso la facultad de elevar a jerarquía constitucional otros tratados a través del voto de una mayoría calificada¹¹⁾. El Convenio núm. 169 no forma parte de esa lista, pero tiene sin embargo jerarquía superior a las leyes¹²⁾. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asigna jerarquía constitucional a todos los tratados de derechos humanos¹³⁾, aunque en la práctica los tribunales han sido menos proclives a aplicar directamente tratados que en otros países. El caso de Costa Rica es peculiar: aunque el texto de la Constitución asigna a los tratados

11) Ver Constitución de la Nación Argentina, artículo 72 inciso 22, párrafo 3ro.

12) Artículo 75 inciso 22, párrafo 1ro de la Constitución Argentina: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

13) Ver Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 23.

internacionales jerarquía superior a la ley e inferior a la Constitución¹⁴⁾, la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha interpretado que los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, y aún que pueden primar frente a ella, cuando reconocen más derechos o garantías a las personas¹⁵⁾.

En los demás países representados en este trabajo en los que se ha planteado la cuestión de la jerarquía normativa de tratados de derechos humanos en el derecho interno, la tendencia ha sido la de situarlos por debajo de la Constitución y por arriba de la legislación emanada del órgano legislativo. Es el caso de Ecuador¹⁶⁾ y de Guatemala¹⁷⁾. En México y Brasil, pese a que el texto constitucional no es muy claro al respecto, se va abriendo lentamente paso a la interpretación de la jerarquía supralegal aunque infraconstitucional de los tratados internacionales, aunque aún esta tesis no se ha consagrado definitivamente¹⁸⁾.

En todo caso, y más allá de la solución concreta adoptada, cabe decir que la tendencia normativa y jurisprudencial de la región ha sido la de otorgar un mayor peso a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y considerarlos más frecuentemente en las sentencias judiciales.

d) Tipos de acciones judiciales

Otro de los factores que permite comprender el alcance de la aplicación del Convenio núm. 169 por tribunales de América Latina es la amplia variedad de acciones judiciales en las que se registra su empleo. Más aun, dentro de esta variedad de acciones, el Convenio se ha usado como argumento de la parte que plantea la demanda judicial, pero también como excepción o como justificación de defensas de fondo –en algunos casos, por órganos estatales. Uno de los criterios que ha guiado la selección de casos es ilustrar esta variedad de acciones y de empleos del Convenio núm. 169.

Así, a mero título de ejemplo, el Convenio núm. 169 es empleado en acciones de inconstitucionalidad, en acciones de amparo o tutela constitucional, en controversias entre poderes, en acciones político-electorales, en acciones de nulidad en materia contencioso-administrativa, en acciones civiles ordinarias (en las que se discuten asuntos de propiedad o desalojo, por ejemplo), en acciones penales, en acciones que tramitan en el fuero agrario, entre otras. En algunos países –como Colombia y Guatemala se permite a actores calificados requerir una opinión sobre la compatibilidad con la constitución de un tratado u otra norma al tribunal al que se le ha asignado el control abstracto de constitucionalidad: en ambos casos, hemos incluido la consulta relativa al Convenio núm. 169.

En cuanto a la variedad de empleo del Convenio núm. 169 por las partes en un juicio, en

14) Ver Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 7.

15) Ver Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencias 1992-3435 y 1993-5759.

16) Ver Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 163.

17) El caso de Guatemala también es peculiar: el artículo 46 de la Constitución Política señala que, en materia de derechos humanos que los tratados internacionales “tienen preeminencia sobre el derecho interno”. La Corte de Constitucionalidad ha interpretado, sin embargo –de manera bastante discutible– que en la noción de “derecho interno” no debe incluirse la Constitución –y, por ende, que los tratados de derechos humanos priman sobre la legislación infra constitucional y no sobre la Constitución. Ver Corte de Constitucionalidad de Guatemala, decisiones en Expedientes 280-90 y 199-95.

18) Para México, ver Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis P. LXXVII/1999, Semanario Judicial de la Federación, t. X, noviembre de 1999, p. 46; tesis P. VIII/2007, abril de 2007, Semanario Judicial de la Federación, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

un número significativo de casos es la comunidad indígena, sus miembros o quien actúa en su representación el que invoca el instrumento internacional bajo análisis. En varios de los casos consignados, quien invoca el Convenio es el Defensor del Pueblo o institución nacional de derechos humanos –en aquellos supuestos en los que la legislación les ha concedido legitimación para iniciar procesos judiciales en defensa de los derechos humanos, de colectivos específicos o de los denominados intereses colectivos o intereses difusos. En algunos casos penales, es el propio Ministerio Público quien ha traído a colación el Convenio núm. 169. En otra serie de casos, el Convenio es empleado como argumento por autoridades públicas –legislativas o administrativas– como elemento de justificación de medidas de política pública adoptada. Así, por ejemplo, en una sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia, es el Congreso el que justifica la insistencia sobre una ley ante la objeción presidencial, señalando que las disposiciones cuestionadas tienen el objeto de cumplir con las obligaciones internacionales que emanan del Convenio núm. 169. En un caso del Tribunal Constitucional boliviano, es la autoridad administrativa encargada de la reforma agraria la que invoca como defensa el Convenio núm. 169.

En resumen: la experiencia de los tribunales de América Latina muestra una gran riqueza en las posibilidades de invocación del Convenio núm. 169, que no se agotan en absoluto en el litigio de carácter constitucional.

e) Temas

Si la variedad de acciones es grande, la variedad temática es aún mayor. Basta con recorrer sumariamente las “palabras clave” elegidas para descubrir que las áreas temáticas en las que el Convenio núm. 169 es relevante y ha sido utilizado como criterio interpretativo o decisorio son numerosas.

Puede, con todo, señalarse que un porcentaje importante de las acciones revisadas y seleccionadas versan sobre conflictos relativos a las tierras y territorio indígena, y a la exploración y explotación de las riquezas naturales situadas en ellas y, entre ellos, varios se refieren a la consulta y participación de la comunidad en decisiones relativas a estos temas.

Otro porcentaje de casos se refiere a las relaciones entre derecho penal estatal y derecho penal consuetudinario, al menos de dos modos: los límites al empleo del derecho penal estatal una vez ejercida la justicia penal comunitaria, y los límites al empleo del derecho penal consuetudinario indígena por la constitución y los instrumentos de derechos humanos.

Por último, la selección registra casos que versan sobre una variedad de otros aspectos: el derecho a la educación y a la salud de los miembros de las comunidades indígenas, el respeto de su autonomía política y su forma de elegir autoridades, el respeto de su identidad cultural y símbolos culturales, y la conformación de los órganos estatales responsables de llevar a cabo las obligaciones que en materia de pueblos y comunidades y pueblos indígenas fijan la constitución y el Convenio núm. 169.

f) Diferentes empleos del Convenio núm. 169 por los tribunales

Por último, también existen diferencias en el uso que hacen del Convenio núm. 169 los distintos tribunales reflejados en la selección. Algunas de estas diferencias son consecuencia del distinto

status del Convenio en el derecho interno, pero este factor no alcanza a explicar completamente la variedad de empleos. Al menos dos variables pueden ser útiles para captar distintos matices e ilustrar más claramente la cuestión.

Por un lado, existe una diferencia entre aquellos casos en los que los tribunales aplican directamente las normas del Convenio núm.169, y aquellos otros en los que el Convenio se emplea como instrumento o estándar interpretativo de otras normas. Esta diferencia no responde exactamente a la de naciones monistas o dualistas: aunque la mayoría de los países de la región han adoptado un régimen monista en materia de relaciones entre derecho internacional y derecho interno, muchos tribunales de la región no suelen aplicar directamente normas internacionales –tal vez por la primacía de una tradición legalista, proveniente de la cultura de la codificación. Aún en estos casos, el Convenio núm.169 se ha abierto paso como herramienta interpretativa de otras normas –en algunos casos, de normas constitucionales y, en otros, de normas legales y de otras normas infraconstitucionales.

Una segunda distinción útil, que tiene alguna vinculación con la primera, aunque no coincidan completamente, es la del uso de la norma o estándar interpretativo ofrecido por el Convenio núm.169 como argumento principal para decidir una cuestión, frente a su uso “a mayor abundamiento”, es decir, su empleo como argumento suplementario o simplemente ilustrativo. En muchos casos el criterio ofrecido por el Convenio núm.169, o por la interpretación de una norma nacional a la luz o en armonía con el Convenio núm. 169 es la denominada “interpretación conforme”. En muchos otros casos el Convenio se cita, ya decidida la cuestión, como argumento que puede reforzar o complementar el criterio decisorio –es decir, agrega algún peso argumentativo a las razones que se habían formulado sobre la base de otra norma. En algunos casos, los jueces parecen construir un argumento en dos fases: la primera sobre la base de normas nacionales, y la segunda, en la que se señala que la solución elaborada sobre la base del derecho nacional no viola, sino que está en línea, con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Se trata, sin embargo, de matices distintos que va cobrando la gradual introducción de criterios provenientes del derecho internacional en el derecho interno. En uno u otro caso, los jueces van cobrando mayor conciencia de la necesidad de asumir seriamente las obligaciones internacionales del Estado, y en traducirlas en criterios de decisión judicial en caso de conflicto.

4. A modo de conclusión

Aunque la variedad y riqueza del material jurisprudencial recopilado en esta selección no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa muestra una tendencia regional interesante. Ciertamente, algunos países de la región que son parte del Convenio núm.169 no han avanzado en la misma medida, y el empleo que se ha hecho en ellos del Convenio núm.169 en casos concretos es escaso o deficiente. En todo caso, es mejor reparar en las buenas prácticas, y no en las malas.

La selección puede ser útil a los estudiosos de los temas que confluyen aquí (los derechos de los pueblos indígenas, la aplicación local del derecho internacional de los derechos humanos), pero además a los pueblos indígenas, y a quienes trabajan en la defensa de sus derechos, al ofrecer un panorama de estrategias judiciales que han tenido éxito en los países de la región. Aporta también a la Organización Internacional del Trabajo una muestra interesante de cómo se aplican las normas generadas en su seno fuera del propio sistema de la OIT. Y puede servir, además, como inspiración para aquellos Estados partes del Convenio núm.169 que tienen una experiencia más reducida de aplicación interna de esta norma.

LISTA DE CASOS

Organización de los Estados Americanos (OEA)

- 1 Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 2 Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 3 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 4 Caso 12.053, Comunidades Mayas del Distrito de Toledo Vs. Belice, Informe de fondo N° 40/04, 12 de octubre 2004, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Argentina

- 1 Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca v. Provincia de Jujuy, sentencia de 14 de septiembre de 2001, Cámara Civil y Comercial de Jujuy, sala Primera.
- 2 Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación", 8 de septiembre de 2003, Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- 3 Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/desalojo (expte. 14012-238-99), 12 de agosto de 2004, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.
- 4 Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento, sentencia de 18 de septiembre de 2007, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Belice

- 1 Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros v. Procurador General de Belice y otros, sentencia de 18 de octubre de 2007, Corte Suprema de Belice

Bolivia

- 1 Sentencia constitucional 106/2003, Expediente 2003-07132-14-RDN, sentencia de 10 de noviembre de 2003, Tribunal Constitucional.
- 2 Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-04940-10-RAC, Sentencia de 11 de marzo de 2003, Tribunal Constitucional.
- 3 Sentencia Constitucional 0045/2006, Expediente 2005-12440-25-RDL, sentencia de 2 de junio de 2006, Tribunal Constitucional.

Brasil

- 1 Joisael Alves e outros v. Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara, Sentencia (Sentença) n° 027/2007/JCM/JF/MA, Proceso (Processo) n° 2006.37.00.005222-7, sentencia de 13 de febrero de 2007, Quinto Juzgado Federal de Primera Instancia, Sección Judicial de Maranhão (Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Maranhão, 5ª Vara).

Colombia

- 1 Sentencia T-254/94, de 30 de mayo de 1994 (Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz), Corte Constitucional.
- 2 Sentencia C-139/96 de 9 de abril de 1996 (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz). Corte Constitucional.
- 3 Sentencia SU-039/97, de 3 de febrero de 1997 (Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell), Corte Constitucional.
- 4 Sentencia, SU-510/98, de 18 de septiembre de 1998 (Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz), Corte Constitucional.
- 5 Sentencia T-652/98, de 10 de noviembre de 1998 (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz), Corte Constitucional.
- 6 Sentencia C-088/01, de 31 de enero de 2001 (Magistrada Ponente Martha Victoria SÁCHICA Méndez), Corte Constitucional.
- 7 Sentencia C-418/02, de 20 de mayo de 2002 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis), Corte Constitucional.
- 8 Sentencia SU-383/03, de 13 de mayo de 2003 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis), Corte Constitucional.
- 9 Sentencia T-603/05, de 9 de junio de 2005 (Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández), Corte Constitucional.
- 10 Sentencia T-737/05, de 14 de julio de 2005 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis), Corte Constitucional.
- 11 Sentencia T-778/05, de 27 de julio de 2005 (magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), Corte Constitucional.
- 12 Sentencia T-382/06, de 22 de mayo de 2006 (Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas), Corte Constitucional.
- 13 Sentencia T-704/06, de 22 de agosto de 2006 (Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto), Corte Constitucional.
- 14 Sentencia C-208/07, de 21 de marzo de 2007 (Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil), Corte Constitucional.
- 15 Sentencia C-030/08, de 23 de enero de 2008 (Magistrado Ponente: Rodrigo Gil Escobar), Corte Constitucional.

Costa Rica

- 1 Voto 1992-3003, Expediente 3003 07/10/1992 L, sentencia de 7 de octubre de 1992, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.
- 2 Voto 2253-96; Expediente 4320-P-92, sentencia de 14 de mayo de 1996, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.
- 3 Voto 2002-02623, Expediente 96-006433-0007-CO, sentencia de 13 de marzo de 2002, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.
- 4 Voto 2000-08019, Expediente 00-000543-0007-CO, sentencia de 8 de septiembre de 2000, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.
- 5 Voto 2000-10075, Expediente 00-000543-0007-CO, sentencia de 10 de noviembre de 2000, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.
- 6 Resolución 2001-817, Expediente 00-429-597-PE-3, resolución de 18 de octubre de 2001, Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José.
- 7 Voto 2003-03485; Expediente 99-002607-0007-CO, sentencia de 2 de mayo de 2003, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.

- 8 Voto 2003-08990, Expediente 03-007279-0007-CO, sentencia de 26 de agosto de 2003, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.
- 9 Voto N° 468-F-04, "Proceso de Información Posesoria, incoado por Heluber Madrigal Vargas", sentencia de 20 de junio de 2004, Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José.

Ecuador

- 1 No. 994-99-RA, Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador v. Compañía ARCO Oriente Inc., sentencia de 16 de marzo de 2000, Tribunal Constitucional del Ecuador.
- 2 No. 020-2000-TC, Ernesto López Freiré y otros v. Presidente de la República y Presidente del Congreso Nacional, sentencia de 21 de noviembre de 2000, Tribunal Constitucional del Ecuador.
- 3 No. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional, sentencia de 13 de agosto de 2002, Tribunal Constitucional del Ecuador.

Guatemala

- 1 Expediente 199-95, Opinión Consultiva relativa al Convenio Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes (OIT), 18 de mayo de 1995, Corte de Constitucionalidad.
- 2 Expediente E.312.2003 Of. 6to., sentencia de 25 de junio de 2003, Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán.
- 3 Amparo No. 46-2003 Of. 1., sentencia de 30 de octubre de 2003, Corte de Apelaciones constituida en tribunal de amparo, Sala Tercera.
- 4 Proceso No. 517-2003 Of. I., sentencia de 18 de noviembre de 2003. Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, Departamento de Petén.

México

- 1 Herminio Quiñones Osorio y otro c/LVII Legislatura de Estado de Oaxaca y otro, Expediente SUP-JRC-152/99, sentencia de 11 de noviembre de 1999, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- 2 Joel Cruz Chávez y otros c/Quincuagésima novena Legislatura del Estado de Oaxaca y otros, SUP-JDC-11/2007, sentencia de 6 de junio de 2007. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Venezuela

- 1 Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasuy s/acción de nulidad por inconstitucionalidad y amparo constitucional", sentencia de 6 de octubre de 1998 (Magistrado ponente: José Luis Bonnemaison W.), Corte Suprema de Justicia
- 2 Municipio Aguasay del Estado Monagas v. Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasuy y otro s/acción declarativa plena de propiedad", Expediente N° 1999-16.135, sentencia N° 01035 del 27 de abril de 2006 (Magistrado ponente: Levis Ignacio Zerpa), Corte Suprema de Justicia.

PALABRAS CLAVE

Acceso a la justicia – OEA 1, 2; Colombia 1, 2, 5, 9, 10, 13; México 2

Acciones positivas – Argentina 3, 4; Colombia 6, 13, 14; Costa Rica 2, 6, Guatemala 3

Acción coordinada – Costa Rica 8

Áreas urbanas – Colombia 11

Autoidentificación – Argentina 3, Colombia 5, Ecuador 2

Conflicto entre individuos y comunidad – Bolivia 2, Colombia 1, 4

Consulta y participación – OEA 1, 2, 3, 4; Argentina 2; Bolivia 3; Colombia 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15; Costa Rica 2, 4, 5, 7; Ecuador 1, 2, 3; Guatemala 1

Cultura, valores sociales, religiosos y espirituales – OEA 1, 2, 3, 4; Argentina 1; Belice 1; Bolivia 2; Brasil 1; Colombia 1, 2, 4, 5, 8, 11, 14, 15; Ecuador 1, 3; Guatemala 1, 3, 4

Derecho consuetudinario – Colombia 11; México 1, 2

Derecho internacional – OEA 1, 2, 3, 4; Belice 1; Colombia 2

Derecho penal consuetudinario – Bolivia 2; Colombia 1; Costa Rica 6; Guatemala 2, 5

Derechos colectivos – OEA 1, 2; Argentina 1; Belice 1, Colombia 1, 4, 8, 13, 14, 15, Ecuador 1, 3

Derechos económicos, sociales y culturales – Colombia 6, 13; Costa Rica 8

Derechos humanos – OEA 1, 2, 3, 4; Argentina 4; Bolivia 2; Colombia 1, 3, 4, 8, 13

Discriminación – OEA 4; Belice 1, Brasil 1, Colombia 4, 6, Costa Rica 2; 7, Guatemala 3, Venezuela 1

Educación bilingüe – Colombia 14

Elecciones – Colombia 9, 11; México 1, 2

Instituciones – Colombia 1, 2, 6, 9, 10; Costa Rica 2, 7; Ecuador 1, 2; México 1, 2

Justicia comunitaria – Bolivia 2; Colombia 1; Guatemala 2, 5

Justicia penal – Colombia 1; Costa Rica 6; Guatemala 2, 4, 5

Medidas especiales – OEA 3, 4; Argentina 3, 4, Colombia 6, 11, 13, 14; Costa Rica 2, 3, 7, 8; Guatemala 3; México 2.

Medio ambiente – Argentina 2; Colombia 3; 5, 8, 12; Ecuador 3

Medios de subsistencia – OEA 1, 2, Argentina 4; Brasil 1; Colombia 1, 5; Ecuador 3; Venezuela 1

Mujeres indígenas – Colombia 6, 11; Guatemala 3

Niñas, niños y adolescentes indígenas – Colombia 9

Non bis in idem – Guatemala 2, 5

Obligaciones positivas – Colombia 6, 13; Costa Rica 8

Ocupaciones tradicionales – OEA 1, 2; Belice 1; Brasil 1; Colombia 5; Ecuador 3

Organización política – Colombia 2, 5, 9, 10, 11, 12; Costa Rica 2, 3, 7; Ecuador 1, 2; México 1, 2

Personalidad jurídica – OEA 3; Costa Rica 3; Venezuela 1

Principios de derecho – Belice 1

Procedimientos de supervisión de la OIT – Colombia 8, 10

Proceso de desarrollo – Ecuador 1, 3

Propiedad – OEA 1, 2; Argentina 1, 2, 3; Belice 1; Bolivia 1; Colombia 4; Costa Rica 9; Ecuador 3; Venezuela 1

Recursos del subsuelo – Colombia 3, 7; Costa Rica 4, 5; Ecuador 1, 3

Recursos naturales – OEA 3, 4; Argentina 1; Bolivia 3; Colombia 3, 5, 7, 15; Costa Rica 4, 5; Ecuador 1, 3

Seguridad social y salud – Colombia 5, 6

Situaciones de emergencia – Costa Rica 8

Status del Convenio en el derecho nacional – Argentina 3; Bolivia 3; Brasil 1; Colombia 7, 8, 14; Costa Rica 1, 4, 5; Guatemala 1, 4; Venezuela 1, 2.

Tierras y territorios – OEA 1, 2, 3, 4; Argentina 1, 2; 3; Belice 1; Bolivia 1, 3; Brasil 1; Colombia 2, 4, 5, 7, 15; Costa Rica 4, 5, 9; Ecuador 1, 3; Guatemala 1; Venezuela 1,2







PARTE 1:

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)
(Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

OEA 1

Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso: Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, reparaciones y costas)

Palabras claves: Tierras y territorios, propiedad, cultura, valores sociales, religiosos y espirituales, medios de sustento, ocupaciones tradicionales, consulta y participación, derechos humanos, derechos colectivos, derecho internacional, acceso a la justicia

Sumario de los hechos: Se trata de una demanda contra Paraguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, iniciada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y acompañada por los representantes de la Comunidad Indígena damnificada.

La Comunidad Indígena Yakye Axa, sociedad tradicional de cazadores-recolectores, que ocupa ancestralmente el Chaco paraguayo, reclama la titularización de su territorio tradicional, ahora bajo propiedad privada. Se alega que la falta de acción efectiva del gobierno de Paraguay para reconocer la personalidad jurídica de la Comunidad Indígena Yakye Axa y, en especial, para conceder a la comunidad la titularidad de sus tierras ancestrales, ha llevado a la comunidad a asentarse en espera de la respuesta a sus reclamos en un paraje inhóspito, en condiciones de vida sumamente precarias. La falta de acceso a servicios sanitarios y a medios de subsistencia ha llevado a la muerte a muchos miembros de la comunidad. Los niños de la comunidad no cuentan con condiciones de alimentación, salud, vestido ni educación adecuadas.

Derecho aplicado: Convención Americana de Derechos Humanos. Se alegan violaciones a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), a la vida (art. 4 de la Convención Americana) y a la propiedad (art. 21 de la Convención Americana). La Corte encuentra que existió violación a todos estos derechos.

La Corte considera que, a efectos de interpretar el alcance de los derechos a las garantías judiciales, a la propiedad y a la vida, cuando se trata de pueblos indígenas, debe acudirse al Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Territorios Independientes.

Consideraciones relevantes de la Corte: En relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección para el reconocimiento de líderes, de la personalidad jurídica de la comunidad y de la titularidad de las tierras:

“95. Al respecto, el Convenio No. 169 de la OIT, incorporado al derecho interno paraguayo mediante la Ley No. 234/93, en su artículo 14.3 dispone que

[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

96. Esta norma internacional, en conjunción con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de

tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal.”

En relación con el derecho de propiedad¹⁹⁾, cuando se trata de comunidades indígenas, la Corte Interamericana sostuvo:

“127. En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

“130. El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana. El Estado ratificó e incorporó el referido Convenio No. 169 a su derecho interno mediante la Ley No. 234/93.

131. Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”.

“136. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

En relación con el alcance de las medidas que el Estado debe adoptar para restituir a la comunidad la titularidad de sus tierras ancestrales, la Corte sostuvo que:

“150. Al respecto, el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT, al referirse al retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados señala que cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

151. La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana,

19) Que en el art. 21 de la Convención Americana está establecido del siguiente modo:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”.

Finalmente, al interpretar el derecho a la vida, la Corte efectuó las siguientes consideraciones:

“163. En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT”.

Comentarios: Se trata de un caso importante, en el que la Corte considera que, para interpretar derechos establecidos de manera general en la Convención Americana (debido proceso y protección judicial, propiedad, vida) en su aplicación a comunidades indígenas, debe acudir al Convenio núm. 169 de la OIT. En este sentido, la Corte subraya la importancia de contar con procedimientos administrativos y judiciales adecuados para satisfacer los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad y a la titularización de sus tierras tradicionales. En relación con el derecho de propiedad, la Corte considera que, cuando se trata de tierras tradicionales de pueblos o comunidades indígenas, debe entenderse en el sentido de propiedad colectiva, de acuerdo a la particular relación que tiene la tierra con la cultura y el modo de vida de las comunidades indígenas – en línea con el Convenio núm. 169. Es importante también señalar que entre las medidas de reparación, la Corte ordena al Estado tomar medidas para entregar a la comunidad sus tierras ancestrales, de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Convenio 169, entre ellos, la consulta a la comunidad, con respeto a sus valores, usos y costumbres (ver paras. 215 a 217).

También es de resaltar que en el párrafo 151 la Corte se refiere a “medidas consensuadas” con los pueblos indígenas.

OEA 2

Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso: Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006

Palabras claves: Tierras y territorios, propiedad, cultura, valores sociales, religiosos y espirituales, medios de sustento, ocupaciones tradicionales, consulta y participación, derechos humanos, derechos colectivos, derecho internacional, acceso a la justicia

Sumario de los hechos: Se trata de una demanda contra Paraguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, iniciada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y acompañada por los representantes de la Comunidad Indígena damnificada.

La Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, sociedad tradicional de cazadores, pescadores y recolectores, habita ancestralmente el Chaco paraguayo. Sus tierras ancestrales fueron divididas y vendidas a finales del Siglo XIX, sin consideración del grupo indígena. La comunidad reclama la titularización de su territorio tradicional, ahora bajo propiedad privada.

Se alega que la falta de acción efectiva del gobierno de Paraguay para reconocer la personalidad jurídica de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa y, en especial, para conceder a la comunidad la titularidad de sus tierras ancestrales, ha llevado a la comunidad a asentarse en espera de la respuesta a sus reclamos en un paraje inhóspito, en condiciones de vida sumamente precarias. La falta de acceso a servicios básicos mínimos y a medios de subsistencia ha llevado a la muerte a muchos miembros de la comunidad. Los niños de la comunidad no cuentan con condiciones de alimentación, salud, vestido ni educación adecuadas.

Derecho aplicado: Convención Americana de Derechos Humanos. Se alegan violaciones a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), a la vida (art. 4 de la Convención Americana) y a la integridad personal (art. 4 de la Convención Americana) y a la propiedad (art. 21 de la Convención Americana). La Corte encuentra que existió violación a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, a la vida, a la propiedad y al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3 de la Convención Americana).

La Corte considera que, a efectos de interpretar el alcance del derecho a la propiedad, cuando se trata de pueblos indígenas, debe acudirse al Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Territorios Independientes.

Consideraciones relevantes de la Corte: En relación con el derecho de propiedad, cuando se trata de comunidades indígenas, la Corte Interamericana sostuvo:

“117. Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del

desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Estado ratificó e incorporó el referido Convenio No. 169 a su derecho interno mediante la Ley No. 234/93185.

118. Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

119. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

En relación con el alcance de las medidas que el Estado debe adoptar para restituir a la comunidad la titularidad de sus tierras ancestrales, la Corte sostuvo que:

“150. Al respecto, el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT, al referirse al retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados señala que cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

151. La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”.

Comentarios: En consonancia con lo decidido en el caso “Yakye Axa”, la Corte considera que, para interpretar el derecho de propiedad establecido en la Convención Americana, en su aplicación a comunidades indígenas, debe acudirse al Convenio núm.169 de la OIT. En este sentido, la Corte sostiene que, cuando se trata de tierras tradicionales de pueblos o comunidades indígenas, debe entenderse en el sentido de propiedad colectiva, de acuerdo a la particular relación que tiene la tierra con la cultura y el modo de vida de las comunidades indígenas – en línea con el Convenio núm.169. Es importante también señalar que entre las medidas de reparación, la Corte ordena al Estado tomar medidas para entregar a la comunidad

sus tierras ancestrales, de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Convenio núm.169 (ver para. 214, que a su vez remite a los parámetros fijados en el caso “Yakye Axa”, en especial, el de la consulta a la comunidad, con respeto a sus valores, usos y costumbres). Nuevamente, la Corte pone el acento en las “medidas consensuadas”.

OEA 3

Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso: “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007.

Palabras claves: tierras y territorios; recursos naturales; consulta; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; medidas especiales; personalidad jurídica; derechos humanos; derecho internacional.

Sumario de los hechos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, secundada por representantes de comunidades del Pueblo Saramaka, demanda a Surinam, por violaciones relacionadas con la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, falta de reconocimiento del derecho de propiedad colectiva de la tierra ocupada por las comunidades, la concesión de permisos de explotación de recursos naturales a terceros sin consulta a la comunidad y sin otorgarle participación en los beneficios, y por ausencia de tutela judicial efectiva ante estas violaciones.

La Corte vuelve a aplicar la doctrina desarrollada en casos anteriores, esta vez a un pueblo tribal. Considera violados los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo tribal, el derecho de propiedad (entendido –por tratarse de un pueblo tribal– como propiedad comunal o colectiva de la tierra) y el derecho a la tutela judicial efectiva, por la inexistencia o ineffectividad de los recursos internos.

La Corte desarrolla en esta sentencia más detalladamente algunos componentes del derecho de propiedad. Entre ellos, el derecho de los pueblos indígenas y tribales a usar y gozar de los recursos naturales existentes en sus territorios. Si bien no se trata de un derecho absoluto, y está sujeto a limitaciones, la Corte establece los parámetros bajo los cuales esas limitaciones son aceptables. Entre ellos, la no afectación de recursos que resulten necesarios para la supervivencia del modo de vida de la comunidad y para sus actividades culturales y religiosas, la consulta previa a la comunidad, con el objeto de obtener su consentimiento libre e informado, la participación de la comunidad en los beneficios de la explotación, y la realización previa de un estudio de impacto social y ambiental.

Derecho aplicado: Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio núm.169 de la OIT

Consideraciones relevantes del Tribunal: “93. La Corte reconoce que llegó a esa interpretación del artículo 21 en casos anteriores a la luz del artículo 29.b de la Convención, el cual prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales de Nicaragua y Paraguay, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio de la

Organización Internacional del Trabajo (Nº 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes (en adelante, “Convenio OIT 169”)²⁰.

94. Como se discutirá seguidamente (infra párrs. 97-107), la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos. La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales debido a las características similares sociales, culturales y económicas que comparten con los pueblos indígenas”.

“131. Estas salvaguardas, especialmente aquellas referentes a la participación efectiva y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo o inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales, son consistentes con las observaciones del Comité de Derechos Humanos, el texto de distintos instrumentos internacionales y la práctica de varios Estados Parte de la Convención²¹. En el caso *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos decidió que se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena conforme al artículo 27 del PIDCP cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho. El Comité consideró que “la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional”.

20) Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párrs. 127-130, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 117. (Nota al pie de la Corte –en la sentencia, nota al pie 84)

21) Cfr., e.g. OIT Convenio No. 169, Artículo 15(2) (declarando que “[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”) El Banco Mundial ha implementado requisitos similares, Banco Mundial, Política Operacional Revisada y Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10). Otros documentos hablan de manera más amplia sobre el derecho de una minoría de participar en las decisiones que le afectan directa o indirectamente. Cfr., e.g. ONU, Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27), supra nota 93, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP “puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”); Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas, supra nota 76, párr. 4(d) (haciendo un llamado a los Estados a “[g]arantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado”). (Nota al pie de la Corte –en la sentencia, nota al pie 125).

Comentarios: Pese a que Surinam no es parte del Convenio núm.169, la Corte Interamericana lo emplea para identificar el derecho a la propiedad colectiva o comunal de la tierra, y a la participación efectiva y a la participación de los beneficios en caso de explotación de los productos naturales, cuando se trata de comunidades indígenas y tribales. La Corte efectúa una interpretación integradora, señalando que los principios establecidos en el Convenio núm.169 también son recogidos en el texto de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, y por la práctica de sus órganos de interpretación.

Sin mencionar directamente el Convenio núm.169, la Corte también se hace eco de - De los dos supuestos relativos al campo de aplicación personal del Convenio (artículos 1.1.a y 1.1. b).

OEA 4

Órgano: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Caso: Caso 12.053, “Comunidades Mayas del Distrito de Toledo v. Belice”, Informe de fondo N° 40/04, 12 de octubre 2004.

Palabras claves: tierras y territorios; recursos naturales; consulta; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; medidas especiales; discriminación; derechos humanos; derecho internacional.

Sumario de los hechos: Los representantes de las comunidades Mayas del sur de Belice denuncian ante la Comisión Interamericana la violación de los derechos de propiedad, a la igualdad y a la protección judicial efectiva, por otorgar a terceros concesiones madereras y petroleras en las tierras tradicionalmente usadas y ocupadas por el pueblo Maya sin consultar a la comunidad, no reconocer y garantizar los derechos territoriales del pueblo Maya a dichas tierras y no otorgar al pueblo Maya la protección judicial de sus derechos e intereses en las tierras debido a las demoras en los trámites judiciales. Los peticionarios denuncian también la afectación negativa del medio ambiente natural, que ha amenazado la subsistencia y la cultura del pueblo Maya. Entre otros instrumentos jurídicos alegados, los peticionarios invocan el Convenio 169 núm. de la OIT.

La Comisión Interamericana acepta los argumentos de las comunidades indígenas y considera violados los derechos a la propiedad, igualdad y protección judicial efectiva. La Comisión valora negativamente la falta de reconocimiento y titulación de las tierras ocupadas ancestralmente por las comunidades, la ausencia de consulta a las comunidades antes de otorgar concesiones a terceros, y la ausencia de resultado de las acciones judiciales planteadas por la comunidad. En consecuencia, recomienda al Estado otorgar al pueblo Maya una reparación efectiva, que incluya el reconocimiento del derecho a la propiedad comunal de las tierras que han ocupado y usado tradicionalmente, y la demarcación y titulación del territorio en el que existe este derecho de propiedad comunal, de acuerdo con las prácticas consuetudinarias de uso de la tierra del pueblo Maya. La Comisión también recomendó que el Estado se abstenga de todo acto que pueda llevar a los agentes del propio Estado o a terceros, que afecten la existencia, valor, uso y goce del bien ubicado en el territorio ocupado y usado por el pueblo Maya hasta que se produzca la delimitación, demarcación y titulación.

Derecho aplicado: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana de Derechos Humanos, Convenio núm. 169 de la OIT.

Consideraciones relevantes de la Comisión: “87. En particular, los órganos del sistema interamericano han sostenido anteriormente que la evolución del cuerpo del derecho internacional en materia de derechos humanos pertinente a la interpretación y aplicación de la Declaración Americana pueden extraerse de las disposiciones de otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos prevalecientes. Ello incluye la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en muchas instancias, puede ser considerada representativa de una expresión autorizada de los principios fundamentales establecidos en la Declaración Americana. Una evolución pertinente también ha sido derivada de las disposiciones

de otros tratados multilaterales aprobados dentro y fuera del marco del sistema interamericano, incluidas las Convenciones de Ginebra de 1949, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y, de pertinencia particular para el caso presente, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo relacionado con los pueblos indígenas y tribales en los países independientes y otros instrumentos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas”.

Nota a pie de página 80: “Sin restringir los términos y las características por las cuales se puede identificar a los pueblos indígenas, la Comisión observa que las autoridades prevalecientes incluyen entre esos pueblos a aquellos que son descendientes de las poblaciones que habitaron el territorio antes de la colonización y que retienen algunas o todas sus propias instituciones tradicionales. Véase, por ejemplo, el Convenio núm. 169 de la OIT, *supra*, Art. 1 (donde se afirma que el Convenio se aplica, entre otros, “a los pueblos de países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”).

“118. Este criterio interpretativo está respaldado por las disposiciones de otros instrumentos y deliberaciones internacionales que sirven como mayores indicios de las actitudes internacionales sobre la función del sistema tradicional de tenencia de la tierra en los sistemas modernos de protección de los derechos humanos. El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, por ejemplo, afirma que los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan tradicionalmente, exige que los gobiernos salvaguarden esos derechos y establezcan procedimientos adecuados para resolver las reivindicaciones de tierras. Además, tanto el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como el Proyecto de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, afirma el derecho de estos pueblos a poseer, desarrollar, controlar y utilizar las tierras y recursos que han poseído y ocupado y utilizado por otras vías, tradicionalmente”.

Nota a pie de página 123: “Convenio 169 de la OIT, *supra*, artículos 13-17. Véase también el caso *Awas Tingni*, Opinión Concurrente del Juez García Ramírez, *supra*, párr. 7. Si bien la Comisión reconoce que Belice no es Estado Parte del Convenio 169 de la OIT, considera que los términos de ese tratado ofrecen pruebas de la opinión internacional contemporánea en relación con cuestiones vinculadas a los pueblos indígenas y, por tanto, que ciertas disposiciones pueden considerarse apropiadamente para interpretar y aplicar los artículos de la Declaración Americana en el contexto de las comunidades indígenas. Véase, análogamente, el Caso *Dann*, *supra*, párrs. 127-131”.

Comentarios: Al igual que la Corte Interamericana, la Comisión considera que, a efectos de interpretar el derecho aplicable cuando se trata de pueblos y comunidades indígenas, debe acudir al Convenio núm. 169 de la OIT, aunque Belice no lo haya ratificado. Belice tampoco es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que la denuncia se basa sobre la violación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –es entonces este instrumento el que es interpretado a la luz del Convenio núm. 169 de la OIT.

La Comisión emplea el Convenio núm.169 para identificar a las comunidades peticionarias como indígenas, para justificar el reclamo del derecho de propiedad colectiva de las tierras ocupadas tradicionalmente por la comunidad y de los recursos existentes en ellas, para señalar la exigencia, en su caso, de consulta previa a la explotación de los recursos existentes en su territorio, y la necesidad de adoptar medidas especiales para la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.





PARTE 2:

TRIBUNALES NACIONALES

ARGENTINA

ARGENTINA 1

Tribunal: Cámara Civil y Comercial de Jujuy, sala Primera.

Caso: Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca v. Provincia de Jujuy, sentencia de 14 de septiembre de 2001.

Palabras claves: tierras y territorio; propiedad; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; derechos colectivos

Sumario de los hechos: Se trata de una demanda de titularización de tierras de una comunidad indígena de la Provincia de Jujuy, en el Norte de la Argentina. La comunidad reclama la prescripción adquisitiva (usucapión) de su territorio, en carácter de propiedad comunitaria.

La demanda señala la titularidad de derechos de la comunidad como tal, haciendo referencia a normas de la Constitución Argentina, y al concepto de pueblo indígena, a partir del art. 1 del Convenio núm. 169 de la OIT. Señala también la relación especial, cultural y espiritual que el indígena tiene con la tierra y con los territorios que ocupa en forma colectiva, reconocida por el citado Convenio de la OIT, del que la Argentina es parte.

El Estado provincial contesta la demanda señalando que la comunidad sólo adquirió su personalidad jurídica comunitaria en 1996, de modo que no pudo haber transcurrido el período de veinte años necesario para la prescripción adquisitiva.

El Tribunal considera que el reconocimiento jurídico de la personalidad jurídica de la comunidad sólo es el acto que formaliza la preexistencia de la comunidad: al momento de solicitar su personalidad jurídica, el pueblo debió acreditar que poseía comunidad de lengua, religión, conservación de sus costumbres, identificación al grupo, voluntad de pertenencia comunitaria del suelo, elección libre de sus representantes, etc.

El Tribunal da por probada la posesión pacífica e ininterrumpida de la comunidad, y acepta la demanda, concediendo la titularidad colectiva de la parcela reclamada a la comunidad.

Derecho aplicado: Constitución Argentina, artículo 75 inciso 17; normas sobre prescripción adquisitiva del Código Civil argentino, ley nacional 23302, Convenio núm. 169 de la OIT, ley provincial 5030.

Consideraciones relevantes de la Corte:

Sobre la preexistencia de la comunidad indígena: “De todos modos, debemos decir que, más allá de toda la normativa legal antes referida, es la propia Constitución Nacional en su reforma, que reconoce no sólo la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, sino que garantiza el otorgamiento de la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 75, Inc. 17). Con ello, la norma constitucional pretende que el otorgamiento de la personería jurídica sirva para hacer operativo un derecho ya existente, es decir que la norma fundacional no lo establece desde entonces, sino que declara su preexistencia y pretende que se haga efectivo,

garantizando, entre otros derechos, el de la propiedad de la tierra en forma comunitaria. En otras palabras, se reconoce que las comunidades aborígenes son preexistentes al Estado Nacional (...) y se adoptan, entre las medidas tuitivas, la asignación de las tierras “que tradicionalmente ocupan”, con lo que evidentemente se garantiza el derecho a la propiedad de las tierras que dichas comunidades vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas” (del voto de la Dra. Caballero de Aguiar).

Sobre el concepto de propiedad comunitaria de la tierra: “la comunidad aborígen que ha obtenido recientemente su personería jurídica, no se trata estrictamente de un sucesor universal o particular en los términos del derecho privado, pero debemos tener en cuenta que nos encontramos con que nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad (arts. 2, 7, 9 y concs. Ley 23302 y ley 24071²²), así como arts. 2 y 3 ley provincial 5030, modificados por la ley 5131)” (del voto de la Dra. Caballero de Aguiar)

Comentarios: Se trata de un caso interesante porque un Tribunal civil, acostumbrado a decidir litigios individuales de propiedad y societarios, debe aplicar directamente normas constitucionales y el Convenio núm. 169 para ajustar las instituciones del derecho privado a la noción de sujeto colectivo preexistente a su reconocimiento jurídico (es decir, la comunidad indígena) y a la noción de propiedad colectiva o comunitaria de la tierra. Para ello, debe hacer una interpretación conforme a las normas constitucionales e internacionales del requisito de la posesión de veinte años de la comunidad. También es importante remarcar la referencia a la incorporación de “un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria”.

A partir de prueba testimonial y de la visita a la comunidad, el Tribunal consideró que el sujeto intergeneracional “comunidad indígena” no sólo cumplía con el requisito de posesión pacífica e ininterrumpida por veinte años, sino que había estado en posesión de sus territorios desde épocas prehispánicas.

22) La ley 24.071 es la ley de aprobación del Convenio 169 de la OIT por el Congreso argentino. Algunos tribunales suelen mencionar los tratados internacionales por su ley de aprobación, por tratarse en muchos casos de la fuente de publicación oficial del texto del tratado.

ARGENTINA 2

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Caso: “Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo - recurso de apelación”, 8 de septiembre de 2003.

Palabras claves: tierras y territorio; propiedad; medio ambiente; recursos naturales; consulta y participación.

Sumario de los hechos: Los miembros de la comunidad indígena Hoktek T’Oi impugnaron, a través de una acción de amparo, dos decretos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta, que autorizaba actividades de desmonte (tala de árboles) en el territorio ancestral de la comunidad. Después de un trámite judicial extenso, que incluyó una decisión previa de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Justicia de la Provincia de Salta hizo lugar a la acción de amparo, y anuló los decretos impugnados por la comunidad. El Estado provincial apeló la decisión de la Corte provincial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte provincial, y rechazó la apelación del Estado provincial.

Derecho aplicado: Constitución argentina, artículos 41 y 75 inciso 17; ley 25.449; Convenio núm.169 de la OIT (sentencia de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta).

Consideraciones relevantes de los Tribunales intervinientes:

De la Corte de Justicia de la Provincia de Salta (decisión referida en la sentencia de la Corte Suprema): “Que, seguidamente, la Corte provincial examinó la cláusula constitucional aludida. Así, expresó que a partir de la admisión de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, se estableció “el reconocimiento a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” y se dispuso “asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”, lo que a su entender constituía un núcleo normativo operativo.(...) Invocó diversas leyes nacionales y provinciales vinculadas con la cuestión y ponderó que la ley 24.071 había aprobado el convenio 169 de la OIT sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”. Por otra parte, puso de relieve lo establecido genéricamente en el art. 41 de la Constitución Nacional e invocó las cláusulas constitucionales provinciales que al momento del dictado de las disposiciones impugnadas ya garantizaban la protección del medio ambiente, a las que calificó de operativas.

“(A) otorgarse el primer permiso para el desmonte, ya existían derechos de rango constitucional y legal para los pueblos aborígenes, con lo que estimó insuficiente el cumplimiento de las normas técnicas para la conservación de suelos y sus modificatorias y la consideración de la Ley de Defensa de la Riqueza Forestal (ley 13.273, a la que adhirió la provincia demandada). Por el contrario, destacó el a quo, “era menester verificar si con el otorgamiento del permiso de desmonte se afectaban o no los derechos de la comunidad reclamante”. Al efecto, ponderó que ésta “ya antes de otorgarse el certificado de 1996”, había denunciado que los desmontes iniciados resultaban perjudiciales para la comunidad que sobrevive del monte y sus recursos”,

solicitando que para el caso en que no se tuviera conocimiento de la situación de la comunidad Hoktek T'Oi, se suspendieran las tareas y se solicitaran los estudios de impacto en la flora, fauna, suelo, clima y sobre todo, el impacto cultural y humano, con invocación de normas legales y constitucionales”.

“Reducir el análisis, limitándolo sólo a lo establecido por la legislación existente sobre los requisitos para la actividad de desmontes, rehusar un estudio del impacto actual y no sólo futuro que tales tareas podrían producir en el hábitat y en la vida de la comunidad, especialmente sobre las personas de sus miembros, su fauna y flora, sea para confirmar o para desmentir las afirmaciones de ésta, y emitir el acto autorizando directamente la actividad cuestionada, constituye un procedimiento arbitrario de la administración, que puede repararse con el amparo constitucional”.

De la decisión de la Corte Suprema de Justicia: “(D) e conformidad con el mandato de esta Corte frente a las solicitudes de la comunidad amparista, el a quo calificó de arbitraria la simplificación del tema al cumplimiento de los requisitos para la actividad de desmontes (...). Esta situación pone en evidencia un serio desacierto en la interpretación del fallo recurrido, el que con toda claridad puso en cabeza de la administración provincial la comprobación de las alegaciones del pueblo indígena, cuyos derechos a la participación en la gestión vinculada a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten están asegurados por la Constitución Nacional. Y ello resultaba del igualmente claro mandato de esta Corte en su decisión anterior en la causa, cuando expresó que debía ponderarse “si se había respetado lo dispuesto por el art. 75. inc. 17 de la Constitución Nacional”.

“Que igualmente inconducentes resultan los agravios vinculados a las facultades del gobierno local en materia de protección del medio ambiente, toda vez que el aseguramiento de la participación de los pueblos indígenas en cuestiones como las planteadas en la causa y su perfecta compatibilidad con las mencionadas facultades ya fueron consideradas y asumidas por esta Corte (...) al exigir la comprobación antedicha”.

Comentarios: La Corte de Justicia provincial y la Corte Suprema de Justicia hacen lugar en este caso al reclamo de una comunidad indígena, que se queja de la vulneración de sus derechos sobre la tierra ancestral dada la autorización extendida por la autoridad de la Provincia de Salta a sujetos privados para talar madera. Aunque el gobierno provincial alega que las autorizaciones extendidas son válidas a partir de sus facultades en materia de medio ambiente, la Corte provincial y la Corte Suprema subrayan que la Constitución y el Convenio núm. 169 reconocen el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento de sus tierras ancestrales, y a la participación en la toma de decisiones relativas a los recursos naturales situados en esas tierras. Es importante destacar asimismo la referencia al derecho de participación de la comunidad indígena en los estudios ambientales y su impacto en sentido amplio así como en la protección del medio ambiente. Dichos derechos están claramente enunciados en el artículo 7, incisos 3 y 4 del Convenio núm. 169.

ARGENTINA 3

Tribunal: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.

Caso: “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/desalojo” (expte. 14012-238-99), 12 de agosto de 2004.

Palabras claves: tierras y territorio; propiedad; autoidentificación, status del Convenio en el derecho nacional, medidas especiales, acciones positivas.

Sumario de los hechos: Se trata de una demanda de desalojo dirigida por propietarios privados de una finca contra miembros de una comunidad indígena. Los miembros de la comunidad indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao habían desempeñado labores para los actores, y la relación laboral había concluido. Los miembros de la comunidad indígena se oponen al desalojo, señalando la posesión ancestral de sus tierras comunitarias.

El Tribunal da por probada la pertenencia de los demandados a la comunidad indígena, y señala que la existencia de la comunidad y la posesión comunitaria de sus tierras ancestrales están reconocidas por la ley argentina, y emplea el Convenio núm.169 de la OIT para fijar el criterio de pertenencia a la comunidad indígenas (la autoidentificación), y para interpretar la noción de título sobre las tierras, señalando que basta la preexistencia de la comunidad y la posesión comunitaria para que se configure la noción de título.

Por estas razones, el Tribunal rechaza la demanda de desalojo de los miembros de la comunidad indígena.

Derecho aplicado: Constitución argentina, artículo 75 inciso 17; ley nacional 23.302; Código Civil; Constitución de Río Negro, artículo 42; leyes provinciales de Río Negro 2.641 y 2.287; Convenio núm.169 de la OIT.

Consideraciones relevantes de la Corte:

Sobre el reconocimiento de la propiedad comunitaria de la tierra ancestral del pueblo indígena: “A su vez, la propia Constitución rionegrina admite la preexistencia de la cultura aborígen (artículos 42 plenamente operativo de acuerdo con el artículo 14) y el Convenio 169/1989 (artículo 14) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por la ley 24.071, reconocen la propiedad sobre la tierra que los indígenas ocupan tradicionalmente.”

Sobre la autoidentificación como criterio de pertenencia a la comunidad indígena: “Se han ensayado muchos criterios, pero rige en nuestro derecho el criterio amplio del artículo 1 del Convenio 169/1989 de la OIT (ley 24.071) y los artículos 2 y 3 de la ley provincial 2.287, que además ha prevalecido internacionalmente. “Una definición de indígena debe abarcar de la manera más amplia posible todos los aspectos que cada uno de los pueblos indígenas consideran fundamentales para su identidad, para esto el criterio de autoidentificación significa

la puerta de entrada hacia dicha definición. Por medio de este criterio se logrará obtener una definición que respete las ideas, creencias, tradiciones y demás aspectos que los pueblos indígenas consideren necesarios para el ejercicio de sus derechos y por sobre todas las cosas se obtendrá una definición libre de connotaciones políticas donde la integridad territorial de los Estados aparece como un fetiche al cual todos debemos adorar”(“...”).

Sobre el carácter operativo del reconocimiento del derecho de la comunidad indígena a la propiedad de sus tierras ancestrales: “(e)l derecho reconocido por el constituyente es plenamente operativo (...). Debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa. De todos modos, se ha señalado que la ratificación mediante ley 24.071 del convenio 169 de la OIT constituye la reglamentación actual de la cláusula constitucional”.

Comentarios: En este caso, el Tribunal consideró la posesión de tierras ancestrales por miembros de la comunidad indígena como título suficiente para impedir el desalojo por parte de quienes alegan tener título de propiedad sobre la finca. El Tribunal utiliza la autoidentificación como criterio para acreditar la pertenencia a la comunidad indígena de los demandados. Considera también que el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad de sus tierras ancestrales surge de normas constitucionales y del Convenio núm. 169, y que el reconocimiento de ese derecho constituye una forma de reparación histórica por el tratamiento sufrido por los pueblos indígenas en el pasado. El fallo señala también que la propiedad comunitaria de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas constituye un nuevo tipo de propiedad, regida en gran medida por el derecho público, y que por ende es necesario adaptar algunas nociones del derecho privado para aplicarla. Es interesante destacar la declaración del tribunal de que “la ratificación del C 169 constituye la reglamentación actual de la cláusula constitucional”.

ARGENTINA 4

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Caso: “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, sentencia de 18 de septiembre de 2007.

Palabras claves: medidas especiales, acciones positivas, derechos humanos.

Sumario de los hechos: El Defensor del Pueblo inició una demanda contra el Estado nacional y la Provincia del Chaco, denunciando la situación de extrema miseria de comunidades de la etnia Toba, habitantes de la provincia, y reclamando el cumplimiento por parte del Estado de su obligación de adoptar acciones afirmativas en relación con la situación de los pueblos indígenas.

La demanda señala que la población indígena se halla en una grave situación socioeconómica, a consecuencia de la cual la mayoría de la población padece de enfermedades endémicas que son producto de la pobreza extrema, carece de alimentación adecuada, de acceso a agua potable, de atención médica, de vivienda. Denuncia que, a raíz de esa situación, en el mes anterior a la presentación de la demanda se han registrado 11 muertes.

El Defensor del Pueblo alega que esta situación revela el incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones establecidas en la Constitución Argentina, en distintos tratados internacionales de derechos humanos, en el Convenio núm.169 de la OIT y en la ley nacional 23.302 (ley sobre los pueblos indígenas).

La Corte Suprema de Justicia consideró que las afirmaciones del Defensor del Pueblo eran verosímiles, y ordenó al Estado:

- a)** informar a la Corte, relación con las medidas de protección de la comunidad indígena que habita en la región: 1) comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que las integran; 2) presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas; 3) ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria; 4) ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección. 5) ejecución de planes de educación; 6) ejecución de programas habitacionales.
- b)** comparecer en audiencia pública ante la Corte Suprema para presentar y discutir la información solicitada
- c)** como medida cautelar, suministrar agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región afectada, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios.

Derecho aplicado: Constitución Argentina, tratados internacionales de derechos humanos.

Consideraciones relevantes de los tribunales intervinientes: “(L)e corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar

justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados”.

Comentarios: Aunque se trata de una medida cautelar, y por ende no contiene mayor desarrollo interpretativo, la Corte Suprema ha considerado verosímil la descripción de la grave situación de pobreza de las poblaciones indígenas afectadas hecha por el Defensor del Pueblo, y ha aceptado en principio que dicha situación podría ser imputada al grave incumplimiento de las obligaciones estatales con respecto a los pueblos indígenas, establecidas en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos el Convenio núm. 169 de la OIT.

BELICE

BELICE 1

Tribunal: Corte Suprema de Belice

Caso: “Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros v. Procurador General de Belice y otros”, casos consolidados (“Aurelio Cal in his own behalf and on behalf of the Maya Village of Santa Cruz and others v. the Attorney General of Belize and others”, consolidated claims), casos 171 y 172 de 2007 (claims 171 and 172 of 2007), sentencia de 18 de octubre de 2007.

Palabras claves: tierras y territorio, propiedad; medios de subsistencia; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; ocupaciones tradicionales; discriminación, derechos colectivos; principios de derecho, derecho internacional.

Sumario de los hechos: Se trata de dos acciones acumuladas, iniciadas por comunidades Mayas del sur de Belice, destinadas al reconocimiento de su derecho consuetudinario de propiedad sobre sus tierras, basado sobre la ocupación y el uso tradicional de la tierra por parte de los pueblos Mayas. Los reclamantes fundan su demanda en disposiciones de la Constitución de Belice, el derecho consuetudinario Maya, el derecho internacional de los derechos humanos (entre ellos, el Convenio núm.169 de la OIT) y el *common law*. También alegan que esa falta de reconocimiento y protección, traducida en la ausencia de demarcación y titulación de las tierras, es discriminatoria. Además, señalan que el gobierno ha efectuado o ha amenazado con efectuar concesiones a terceros en los territorios disputados, ignorando los derechos de los reclamantes. La demanda solicita a la Corte que declare el derecho de propiedad (en el sentido constitucional del término) de las comunidades indígenas sobre las tierras que han ocupado de acuerdo con el derecho consuetudinario Maya, que declare la existencia de un título colectivo de las comunidades a la tierra, que ordene al gobierno demarcar y titular esa propiedad de acuerdo con la costumbre y prácticas Mayas, y que ordene al gobierno abstenerse de realizar por sí o tolerar de terceros actos que afecten esa propiedad. Entre otras normas, se alegan violaciones al Convenio núm.169 de la OIT, como prueba de la costumbre internacional en la materia –dado que Belice no es parte del instrumento.

Aunque finalmente las partes llegan a un acuerdo satisfactorio para las comunidades indígenas, la Corte entra al análisis de los argumentos de las comunidades, de la contestación del Estado, y de la prueba producida, aceptando sustancialmente los argumentos y la solicitud de los demandantes. Para ello cita, entre otros instrumentos legales, el Convenio núm.169 de la OIT.

Derecho aplicado: Constitución de Belice, Preámbulo y artículos 3, 3 a), 3 d), 4, 16 y 17; precedentes del *common law*; Convenio núm.169 de la OIT, artículo 14.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Además, aunque Belice todavía no ha ratificado el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169 de la OIT) de 7 de junio de 1989, no hay duda de que el artículo 14 de ese instrumento contiene disposiciones sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas que reflejan los principios de derecho internacional relativos a los pueblos indígenas”²³⁾.

Comentarios: Se trata de un caso sumamente interesante, ya que discute extensamente la cuestión del mantenimiento de derechos colectivos de la tierra de comunidades indígenas pese a la conquista y ocupación de una nueva potencia, a partir de precedentes del *common law*. Lo trascendente a efectos de esta publicación es que, pese a que Belice no es parte del Convenio núm. 169, el Tribunal acude a ese instrumento como guía interpretativa. Esto es importante en dos sentidos: uno, ofrece un ejemplo de posible aplicación del Convenio núm. 169 para países del *common law*, caracterizados por una tradición dualista en materia de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Y dos, demuestra la compatibilidad del Convenio núm. 169 con una línea de precedentes del *common law* relativos a temas de propiedad colectiva de la tierra por parte de comunidades indígenas –de modo que también constituye un buen ejemplo que podría ser replicado en otras jurisdicciones del *common law*, y más aun cuando sean parte del Convenio.

Otro aspecto destacable del caso es que toma en cuenta las determinaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe de fondo del caso de las *Comunidades Mayas de Toledo v. Belice* (caso también comentado en esta publicación, en el que la Comisión Interamericana emplea el Convenio núm. 169).

23) Traducción no oficial del inglés. El texto original es el siguiente: “Moreover, although Belize has yet to ratify Convention No. 169 of the International Labour Organization concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO No. 169) of 7th June 1989, it is not in doubt that Article 14 of this instrument contains provisions concerning indigenous peoples right to land that resonate with the general principles of international law regarding indigenous peoples.”

BOLIVIA

BOLIVIA 1

Tribunal: Tribunal Constitucional

Caso: Sentencia constitucional 106/2003, Expediente 2003-07132-14-RDN, Sentencia de 10 de noviembre de 2003.

Palabras claves: tierras y territorios, propiedad.

Sumario de los hechos: Se trata de un recurso directo de nulidad presentado por el propietario de un predio rural contra el Instituto Nacional de la Reforma Agraria (INRA) boliviano. El recurrente pide la nulidad de una resolución administrativa del INRA, que inmovilizó parte de su predio como resultado de un proceso de saneamiento de tierras comunitarias. El proceso de saneamiento derivó de una solicitud de reconocimiento y titulación de tierras comunitarias presentada por cuatro comunidades indígenas (Chacobo-Parahuara, Yaminagua-Michineri, Cavineño y Esse-Ejja-Tacana-Cavineño). Dada una modificación de la ley vigente, su régimen transitorio dispuso que los trámites de saneamiento iniciados antes de la modificación –entre los que se encontraba el que motiva el recurso– debía titularse dentro de los diez meses a partir de la publicación de la nueva ley. De acuerdo con el impugnante, el paso de los diez meses sin que se produjera la titulación implicaría la extinción de los procesos de saneamiento y el levantamiento de la inmovilización que pesaba sobre su predio.

Entre los argumentos de la contestación del recurso efectuados por el INRA, se señala que la inmovilización y el proceso de saneamiento de las tierras comunitarias se efectúa en cumplimiento del Convenio núm.169 de la OIT.

El Tribunal Constitucional considera que el transcurso del plazo establecido por la ley no puede entenderse en el sentido de extinguir los trámites de saneamiento de las tierras, ni de agotar la competencia del INRA para continuar con el saneamiento –de lo contrario, se lesionaría el derecho de las comunidades indígenas que reclaman el reconocimiento y titulación de su tierra. Por ello, decide declarar infundado el recurso de nulidad.

Derecho aplicado: Constitución Política de Bolivia, artículos 31 y 171, Ley del Servicio Nacional de la Reforma Agraria, normas internacionales sobre derechos humanos ratificados por Bolivia (incluyendo el Convenio núm.169 de la OIT).

Consideraciones relevantes del Tribunal: “En consecuencia, el hecho de que el proceso de saneamiento de las Tierras Comunitarias de Origen, con relación a las 16 solicitudes referidas en la disposición transitoria tercera de la LSNRA, no implica la pérdida de competencia del INRA en el proceso de saneamiento; de manera que no puede sostenerse que el proceso no concluya con la resolución que corresponda, pues eso importaría dejar en la indefensión a los detentadores de las Tierras Comunitarias de Origen, lesionando sus derechos fundamentales consagrados por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, que han sido integrados al sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, pues significaría dejar a las comunidades originarias que presentaron las 16 solicitudes, en una situación de incertidumbre y en la imposibilidad material de acceder al saneamiento de la propiedad agraria que detentan sobre las tierras que ocupan, lo que a su vez implicaría un desconocimiento de la norma prevista por el art. 171 de la Constitución”.

Comentarios: En este caso, es interesante destacar que es la autoridad estatal la que acude al Convenio núm.169 de la OIT para fundar sus atribuciones en materia de saneamiento y titulación de la tierra de las comunidades indígenas. El Tribunal Constitucional da la razón a la representación estatal, señalando que decidir en otro sentido vulneraría los derechos de las comunidades indígenas.

Informes y comentarios pertinentes de los órganos de control de la OIT

En otro contexto (consulta y saneamiento) los órganos de control han dado seguimiento al proceso de saneamiento de las tierras comunitarias de origen en un informe adoptado por el Consejo de Administración en marzo de 1999, relativo a una reclamación presentada con arreglo al artículo 24 de la Constitución de la OIT en la cual se alegaba el incumplimiento por Bolivia del Convenio núm. 169, (documento GB.274/16/7) y en los comentarios de la CEACR sobre la aplicación del Convenio núm.169 de 1995, 2003, 2004, 2005 y 2006.

BOLIVIA 2

Tribunal: Tribunal Constitucional

Caso: Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-04940-10-RAC, Sentencia de 11 de marzo de 2003.

Palabras claves: conflicto entre individuo y comunidad; justicia comunitaria; derecho penal consuetudinario; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; derechos humanos.

Sumario de los hechos: Se trata de un recurso de amparo constitucional, interpuesto por un matrimonio de miembros de una comunidad indígena al que la comunidad ha impuesto –aunque no ejecutado– la sanción de expulsión y la amenaza de corte del suministro de energía y de agua. Los impugnantes alegan que la medida vulnera “sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo”.

Luego de convocar a una audiencia y de realizar un peritaje antropológico, el Tribunal Constitucional determina que la sanción impuesta por la comunidad responde al incumplimiento, por parte del impugnante, de normas comunitarias –como la fijación de un precio común por un servicio, el pago de cuotas y multas, y el deber de realizar trabajos comunitarios.

El Tribunal señala que la Constitución boliviana reconoce el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a mantener sus normas consuetudinarias y a ejercer la justicia comunitaria en caso de incumplimiento de esas normas. El Tribunal recuerda, de todos modos, que la aplicación de normas y sanciones comunitarias tiene como límite la Constitución, citando al respecto también el Convenio 169 de la OIT. En el caso, acoge el amparo, ordenando a la comunidad que permita la permanencia de los impugnantes en la comunidad, bajo la condición de que estos se ajusten a las normas comunitarias. Ordena también a las autoridades de la comunidad informar al Tribunal, en el plazo de seis meses, “si los recurrentes han adaptado su forma de vida a las costumbres de la Comunidad”.

Derecho aplicado: Constitución Política de Bolivia, artículos 1, 7, 32 y 171; Convenio núm.169 de la OIT, artículo 8.

Consideraciones relevantes del: “Finalmente, pero no menos importante, se debe recordar que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Bolivia en 11 de diciembre de 1991, en su art. 8 establece que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo, no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

De tal manera, la decisión adoptada en la presente Sentencia, declarando procedente el recurso a objeto de que los actores puedan permanecer en la Comunidad de San Juan del Rosario, en tanto cumplan las obligaciones, tareas y participen del trabajo establecidos en ella, se adecua plenamente a la normativa internacional aludida”.

Comentarios: Varios aspectos del fallo merecen ser destacados. Así, es interesante la realización a instancias del Tribunal de una pericia antropológica, para determinar claramente los alcances de la situación que dio lugar al recurso de amparo.

El Tribunal también ha tenido el mérito de encuadrar la situación en el contexto de las normas consuetudinarias de la comunidad, aplicando las normas constitucionales y las del Convenio núm. 169 que reconocen el derecho de las comunidades indígenas de regirse por sus propias normas e instituciones. El Tribunal subraya, sin embargo, que ese derecho no es absoluto, y que su límite es el respeto de las normas constitucionales y los derechos humanos.

Por último, el tribunal busca un equilibrio entre el interés de la comunidad de preservar su orden comunitario, y el interés de los impugnantes de permanecer en la comunidad. De modo que, llevando a la práctica una solución de pretensiones conciliatorias, revoca el castigo pendiente, pero somete a los recurrentes a la obligación de ajustarse a las normas comunitarias –reconociendo, de este modo, la legitimidad de la determinación de las autoridades de la comunidad sobre los incumplimientos cometidos por los impugnantes.

BOLIVIA 3

Tribunal: Tribunal Constitucional

Caso: Sentencia Constitucional 0045/2006, Expediente 2005-12440-25-RDL, sentencia de 2 de junio de 2006

Palabras claves: consulta y participación, recursos naturales, tierras y territorios, status del Convenio en el derecho nacional

Sumario de los hechos: Se trata de un recurso directo de inconstitucionalidad, presentado por un diputado contra la Ley de Hidrocarburos. El impugnante solicita se declare la inconstitucionalidad, entre otros, de los artículos 114 y 115 de la Ley de Hidrocarburos, que disponen la consulta de la comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios en forma previa, obligatoria y oportuna, para el desarrollo de cualquier actividad hidrocarburífera. De acuerdo con el presentante, dichas normas violan el principio de igualdad, al establecer un trato más favorable a los pueblos indígenas, y el carácter obligatorio de la consulta, además del respeto de las decisiones que de ella surjan. Este trato favorable, junto con el mandato de indemnizar la afectación de ciertas tierras y con la prohibición de expropiar otras, violaría – de acuerdo con el impugnante– la función social de la propiedad establecida en la Constitución.

En lo que resulta relevante para esta publicación, el Tribunal Constitucional señala que el legislador ha justificado las normas impugnadas en el cumplimiento de los artículos 4, 6, 15 y 18 del Convenio 169 de la OIT. El Tribunal sostiene además que el Convenio 169 forma parte del “bloque de constitucionalidad”, es decir, que debe entenderse como integrado a la constitución como parámetro del control de constitucionalidad de las normas.

A continuación, el Tribunal analiza el artículo 15.2 del Convenio núm.169. De acuerdo con su interpretación, el artículo impone la necesidad de consulta, pero no establece el acuerdo de las comunidades indígenas como requisito necesario de la realización de las obras. La consulta previa estaría destinada – siempre de acuerdo con el Tribunal– a cuantificar el daño que los pueblos indígenas puedan sufrir por la extracción de hidrocarburos. El Tribunal concluye que la consulta previa, obligatoria y oportuna a las comunidades indígenas cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera es compatible tanto con la Constitución como con el Convenio núm.169.

Sin embargo, la sentencia señala que, en la medida en que la ley establece que el objeto de la consulta es –además de determinar la afectación de los intereses de las comunidades y pueblos indígenas lograr su consentimiento, aquella excede lo previsto por el bloque de constitucionalidad, ya que –de acuerdo con el Tribunal Constitucional– el artículo 15.2 del Convenio núm. 169 no tiene ese sentido. De acuerdo con esta interpretación, las comunidades o pueblos indígenas no tendrían un derecho a vetar la explotación de hidrocarburos. La ley garantiza, no obstante, el pago de una indemnización equitativa –de modo que los intereses de las comunidades o pueblos no quedan desprotegidos.

En consecuencia, el Tribunal declara que si bien la obligación de realizar la consulta es constitucional, el carácter vinculante de su resulta es inconstitucional.

El Tribunal también declara la constitucionalidad –y la compatibilidad con el Convenio núm.169– de las normas de la ley que establecen la necesidad de compensar e indemnizar a las comunidades indígenas en caso de impacto socioambiental negativo o de afectación a sus tierras comunitarias.

Derecho aplicado: Constitución Política de Bolivia, Convenio núm. 169 de la OIT, Ley de Hidrocarburos

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Es necesario establecer que el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante Ley 1257, de 11 de julio de 1991, forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano, porque además de ser un Convenio sobre derechos humanos, su objeto es promover en los países del mundo la efectiva aplicación y respeto de los derechos fundamentales de las personas, asumiendo políticas tendientes a evitar la discriminación a los pueblos indígenas y tribales, para que puedan gozar en forma efectiva de los derechos humanos consagrados para toda la humanidad; las normas previstas por el art. 171.I de la CPE reconocen en forma expresa los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, por ello los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT deben ser considerados como una norma integrante del bloque de constitucionalidad, en cuanto consagra derechos de los pueblos indígenas y tribales, siendo por ello un parámetro para verificar la constitucionalidad o no de una ley”.

“En conclusión, lo que la norma analizada [el artículo 15.2 del Convenio 169] impone es una obligación al Estado para consultar la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo las particulares circunstancias sociológicas de éstos; y no que dicha consulta sea con carácter determinativo o definitivo para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado, sino que más bien la norma analizada impone el deber de consultar cuál el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado; por tanto, la consulta no puede ser entendida como la solicitud de una autorización, sino como un acto efectivo de consultar a los pueblos indígenas y tribales asentados en los territorios objeto de la explotación sobre la cuantificación del daño a sus intereses, que sufrirán como efecto de dicha extracción; y mucho menos puede ser entendida como una facultad para impedir la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado, pues por encima de los intereses de grupo de cualquier índole, se encuentra el supremo interés de la mayoría, expresado por las autoridades del Estado”.

“Respecto a lo dispuesto por las normas del art. 115 de la LH, se debe expresar que su texto refleja la adopción por parte de la Ley de Hidrocarburos del derecho a la consulta establecido por el art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT; no obstante, al establecer que dicha consulta tiene por objeto, además de determinar la afectación a los intereses de los pueblos indígenas o campesinos, lograr su consentimiento, se margina de lo dispuesto por el bloque de constitucionalidad, pues como ya fue analizado, el referido art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT, no tiene ese objeto, máxime cuando, como ya fue expuesto, los hidrocarburos son de propiedad del Estado; por tanto, ninguna persona, parcialidad o grupo de personas puede oponerse a la explotación de las riquezas hidrocarburíferas, lo que no implica que se prive de derechos a los grupos afectados por dicha explotación, pues producto de la consulta sobre la afectación que sufrirán deberán recibir una indemnización equitativa, que debe establecerse para cada caso, conforme dispone el art. 116 de la LH.

De otro lado, respecto al carácter obligatorio de la consulta, dicho mandato puede tener dos acepciones, siendo la una constitucional y la otra no; así, la primera de ellas impone el deber ineludible para el estado de consultar a los pueblos indígenas sobre el perjuicio que pueden sufrir por la actividad hidrocarburífera, lo que es concordante con el mandato supralegal; empero, lo dispuesto por el art. 115 de la LH, dándole valor obligatorio al resultado de la consulta como una autorización, es una segunda comprensión de obligatoriedad, dirigida a otorgar autoridad a la consulta y valor vinculante para el Estado el consentimiento del pueblo indígena para desarrollar actividad hidrocarburífera, lo que excede la previsión del bloque de constitucionalidad, que como ya fue dicho, no tiene la intención de frenar la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado; por tanto, dicha obligatoriedad debe ser entendida en el sentido de que la consulta es un deber ineludible del Estado; por ello la frase que dispone: “o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”, resulta inconstitucional, y así debe ser declarada”.

Comentarios: Se trata de una sentencia importante, la primera en la que el Tribunal Constitucional de Bolivia dedica cierto espacio a la interpretación del Convenio núm.169. Al respecto cabe resaltar los siguientes puntos.

Primero, es sumamente trascendente que el Tribunal Constitucional considere que el Convenio núm.169 forme parte del bloque de constitucionalidad –lo que significa que cualquier norma infraconstitucional debe ser compatible con el Convenio núm.169, y debe ser invalidada en caso de oponérsele.

Segundo, es destacable que el Tribunal Constitucional haya declarado la constitucionalidad de la obligatoriedad de la consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas en caso de explotación de hidrocarburos.

Tercero, el artículo 115 de la Ley de Hidrocarburos está directamente inspirado en el artículo 6.2 del Convenio núm.169, que constituye la regla general del Convenio en materia de consulta, y, por ende, es aplicable también a la consulta en materia de hidrocarburos²⁴). Si bien es cierto que el Convenio núm.169 no establece el valor obligatorio del resultado de la consulta, ello no se opone al Convenio.

24) Basta con comparar ambos textos:

Ley de Hidrocarburos, artículo 115: “(Consulta). En concordancia con los Artículos 6° y 15° del Convenio 169 de la OIT, la consulta se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del Gobierno Boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las Comunidades y los Pueblos Indígenas y Originarios. La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de Consulta deben ser respetadas”.

Convenio 169, artículo 6.2: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.” (el énfasis es nuestro).

BRASIL

BRASIL 1

Tribunal: Quinto Juzgado Federal de Primera Instancia, Sección Judicial de Maranhão (Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Maranhão, 5ª Vara).

Caso: “Joisael Alves e outros v. Diretor Geral do Centro de Lançamento de Alcântara”, Sentencia (Sentença) nº 027/2007/JCM/JF/MA, Processo (Processo) nº 2006.37.00.005222-7, sentencia de 13 de febrero de 2007.

Palabras claves: Medios de subsistencia; ocupaciones tradicionales; tierras y territorios; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; discriminación; status del Convenio en el derecho nacional.

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de amparo (mandado de segurança) iniciado por miembros de una comunidad afrodescendiente, establecida en su territorio tradicional (“quilombola”). La acción se dirige contra las actividades de una base aeroespacial instalada en las proximidades de la comunidad. De acuerdo con la demanda, las actividades de la base aeroespacial afectan sus formas tradicionales de producción, impidiéndoles acceder a sus áreas de cultivo. Los recurrentes solicitan que se ordene al centro de lanzamiento el cese de actividades que impidan a la comunidad cultivar o cosechar plantaciones de subsistencia en sus áreas tradicionales.

El Tribunal considera fundados los agravios y concede la acción de amparo, ordenando a la base aeroespacial que se abstenga de afectar las actividades de cultivo tradicional de las comunidades afrodescendientes. Entre otros argumentos, el juez justifica su decisión en el Convenio núm.169 de OIT.

Derecho aplicado: Constitución brasileña, artículo 3, IV; Convenio núm.169 de la OIT, artículo 14.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “El Estado no puede desconocer la protección constitucionalmente elegida como uno de los objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil, es decir, “promover el bien de todos, sin preconceitos de origen, raza, sexo, edad o cualquier otra forma de discriminación” (Constitución Federal de 1988, art. 3º, IV), incluyendo así a las comunidades afrodescendientes tradicionales (*comunidades remanecientes de quilombos*), máxime cuando, como lo destaca el representante del Ministerio Público, el Estado brasileño ha confirmado su intención de establecer políticas públicas dirigidas al combate contra la discriminación de los modos de vida tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, al publicar el Decreto Legislativo nº 43/2000, ratificando el Convenio nº 169 de la OIT, que dispone en su art. 14 que “(d)eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”²⁵).

Comentarios: Se trata de la primera aplicación jurisprudencial del Convenio núm. 169 en Brasil. Cabe destacar también que se aplica el Convenio para la protección de grupos afrodescendientes: en el caso, a comunidades llevadas a Brasil durante la colonia, pero “cuyas

25) Traducción no oficial del portugués.

condiciones sociales, culturales y económicas les distinguan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones”, como lo establece el artículo 1 del citado instrumento. También es interesante destacar que el juez interpreta la ratificación del Convenio núm. 169 como confirmación de un objetivo constitucionalmente establecido, que es el de promover el bien de todos, sin discriminación de ninguna especie.

COLOMBIA

COLOMBIA 1

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia T-254/94, de 30 de mayo de 1994 (Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz)

Palabras claves: conflicto entre individuos y comunidad; derecho penal consuetudinario; justicia comunitaria; justicia penal; medios de subsistencia; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; instituciones; derechos humanos; acceso a la justicia

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de tutela (equivalente del amparo en Colombia) iniciada por un miembro de la comunidad indígena de El Tambo, Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima que, acusado de varios delitos, fue sometido por la comunidad a la sanción de destierro y confiscación de su parcela. El actor alega que se lo ha sancionado sobre la base de rumores, sin fundamento probatorio y sin prueba alguna –y que, por ende, la sanción ha violado su derecho al debido proceso. Agrega que las sanciones contrarían la prohibición constitucional de las penas de destierro y confiscación. Alega también violaciones al derecho al trabajo y a la vida propia y a la de sus hijos, dado que la confiscación de la parcela de la cual obtenía sus medios de subsistencia lo deja en una posición de indigencia. Finalmente, señala que la sanción afecta su honra y buen nombre.

La tutela es rechazada en dos instancias judiciales, y la Corte Constitucional es la revisora final de la acción. Al respecto, fija dos criterios importantes, corrigiendo las decisiones de instancias inferiores. En ambos casos, la Corte Constitucional acude como fundamento al Convenio núm. 169 de la OIT.

En primer lugar, la Corte decide que las decisiones de comunidades indígenas que aplican sanciones de acuerdo con el derecho comunitario constituyen decisiones jurisdiccionales. Esto se desprende, de acuerdo con la Corte Constitucional, del reconocimiento de las comunidades indígenas no como mera asociación civil, sino como una comunidad a la que la constitución asigna derechos de auto-organización –incluyendo el ejercicio de funciones judiciales.

En segundo lugar, la Corte afirma que, como toda decisión jurisdiccional, la validez de las decisiones de las comunidades indígenas que aplican sanciones está también subordinada al respeto de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución (y por los tratados de derechos humanos, que en Colombia forman parte del “bloque de constitucionalidad”). Esto significa que la aplicación de sanciones penales por parte de comunidades indígenas a sus miembros también está sujeta a la verificación del respeto de derechos fundamentales.

En el caso concreto, aunque el Tribunal desecha las alegaciones relativas a la falta de investigación y de prueba para aplicar la sanción, de todos modos sostiene que las sanciones son desproporcionadas con respecto a la falta alegada, e incumplen con la prohibición de destierro y confiscación de bienes establecida por la Constitución Política de Colombia. La Corte Constitucional señala además que la pena de destierro y confiscación de la parcela de la cual depende la subsistencia del impugnante trasciende a sus hijos, y afecta el derecho de éstos

a la integridad física. La Corte concluye que la sanción viola los derechos al debido proceso del impugnante, y el derecho a la integridad física de sus hijos. Por ende, revoca la sanción impuesta y ordena la remisión del caso a la comunidad, para que se imponga una sanción acorde con los lineamientos establecidos por la sentencia.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia, artículos 4, 6, 7, 38, 95, 246 y 330; Convenio núm. 169 de la OIT artículos 1.2, 8 y 9.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación. Son una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al animus societatis propio de las asociaciones civiles. Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas. La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad (D 2001 de 1988, art. 2o., Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Ley 21 de 1991, art. 1o. num. 2o.).”.

(...)

“La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos. En este sentido, el Convenio 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante Ley 21 de 1991, establece:

“Artículo 8º

- 1.** Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
- 2.** Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
- 3.** La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

“Artículo 9º

- 1.** En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos

cometidos por sus miembros.

2. La autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Comentarios: Aunque el resultado del caso es la revocación de una sanción aplicada por la comunidad indígena por aplicación del derecho consuetudinario, el caso es importante porque se reconoce la legitimidad de la jurisdicción indígena, con el límite del respeto a los derechos fundamentales. La Corte de Constitucionalidad apoya su decisión en el Convenio núm. 169, que emplea para distinguir a una comunidad indígena de una simple asociación, y para señalar la subordinación de la jurisdicción indígena al respeto de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y por instrumentos internacionales de derechos humanos.

COLOMBIA 2

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia C-139/96 de 9 de abril de 1996 (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz)

Palabras claves: cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; instituciones; organización política; tierras y territorios; derechos humanos; acceso a la justicia

Sumario de los hechos: La sentencia es producto de la demanda ciudadana de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890 mediante *“la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”*. Los demandantes aducen que esas normas son inconstitucionales por cuanto el término “salvajes”, utilizado en la ley para referirse a los indígenas, atenta contra el principio de dignidad humana, el derecho a la honra y al buen nombre; además allí se otorgan facultades de gobierno a autoridades eclesiásticas violando así el principio constitucional que confiere estas atribuciones solamente a las tres ramas del poder público. Sostienen los actores que se otorgan facultades de administración de justicia a los gobernadores de los cabildos cuando la jurisdicción indígena no ha entrado aun en vigencia, pues no se ha expedido la legislación que establezca la coordinación entre esta jurisdicción y el sistema judicial nacional. Finalmente, argumentan que la ley impugnada vulnera los derechos de los indígenas a vender sus tierras.

En sus consideraciones, la Corte destacó la importancia de reconocer y proteger la convivencia dentro de un mismo territorio de grupos culturales con una visión diferente; resalta la importancia del respeto a la multiculturalidad y la tolerancia, que genera la coexistencia de la diversidad cultural y la unidad política con base en el respeto a los derechos fundamentales. La coexistencia de esos principios, ambos constitucionales (diversidad y derechos fundamentales), debe ponderarse con el fin de establecer cual de ellos prima, en caso de conflicto. El Tribunal emplea el Convenio núm. 169 de la OIT para establecer esta base interpretativa.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de las normas demandadas con fundamento en que fueron emitidas en un contexto histórico distinto al actual, en el cual se consideraba lo diferente como salvaje –de lo que se derivaba la necesidad de civilizarlo a través de la política integracionista. El Tribunal consideró tal política contraria a los preceptos constitucionales vigentes porque términos como *salvajes* y *reducción a la civilización* atentan contra la dignidad de los pueblos y el valor fundamental de la diversidad étnica: También sostuvo que ni las autoridades gubernamentales ni eclesiásticas pueden tener incidencia en las decisiones tomadas dentro de las comunidades indígenas, pues éstas son autónomas y su único límite es la ley y las normas constitucionales. Por último, señaló que la ley vulnera la autonomía de las comunidades cuando otorga facultades jurisdiccionales a los gobernadores de los cabildos, puesto cada comunidad en particular tiene competencia para ejercer esas facultades. Con relación a la venta de tierras la Corte determinó que la normatividad estudiada otorga un trato a los indígenas de incapaces relativos para enajenar sus tierras, lo cual atenta tanto contra la diversidad cultural por considerarlos incapaces por su condición de indígenas y contra el mandato de prohibición de enajenación de territorios indígenas. En lo que se refiere a la expedición de una ley que regule la jurisdicción indígena, el Tribunal reiteró la jurisprudencia

respecto a los efectos normativos directos de la Constitución que crea tal jurisdicción y no condiciona su funcionamiento a creación legal alguna, pero advierte que la coordinación entre ella y el sistema judicial nacional debe ser regulada por el legislador.

Derecho aplicado: Constitución Política, artículos 1, 7, 13, 63, 246, 329 y 330; Convenio núm. 169 de la OIT, artículo 8.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “En una sociedad como la colombiana, en la que existen 81 pueblos indígenas, muchos de ellos conocidos sólo por especialistas, cuyos sistemas jurídicos pueden ser clasificados en 22 grupos, resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela. Estos mecanismos, además, cumplen el requisito establecido por el numeral 2 del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT (“Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”), incorporado a nuestra legislación mediante la Ley 21 de 1991 (cita el artículo)

El procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, la “justicia del caso concreto” de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto.”

(...)

“Aunque se puede entender que los términos del artículo acusado [se refiere al artículo 1 demandado] han sido derogados tácitamente por las nuevas leyes que regulan la materia (v.gr. Convenio 169 de la OIT, que habla de “pueblos indígenas y tribales”) y, sobre todo, por la Constitución de 1991, no encuentra la Corte ninguna razón para mantener en vigencia el artículo acusado, como quiera que su significado, independientemente de los términos en que se expresa, es contrario a la Constitución.”

Comentarios: En este caso la Corte actualiza legislación del Siglo XIX, caracterizada por un lenguaje anacrónico y una concepción paternalista en relación con los pueblos indígenas, al tono de los fundamentos de la Constitución de 1991 y del Convenio núm. 169 de la OIT. Se puede destacar de la sentencia que además de reiterar lo concerniente al efecto normativo de la Constitución, se refiere a las comunidades indígenas en los términos del Convenio núm. 169 y destaca a los indígenas como sujetos culturales plenos y con derecho a vivir de acuerdo con sus creencias, es decir, además de darle relevancia al principio de diversidad cultural, reconoce su igualdad frente a los demás habitantes.

COLOMBIA 3

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia SU-039/97, de 3 de febrero de 1997 (Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell).

Palabras claves: consulta y participación; recursos naturales; recursos del subsuelo; medio ambiente; derechos colectivos; derechos fundamentales.

Sumario de los hechos: El Defensor del Pueblo, en representación de algunos integrantes de la comunidad indígena U'wa interpuso acción de tutela (equivalente al amparo en Colombia) contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental del Colombia Inc., por considerar que los demandados vulneraron los derechos de la comunidad al no efectuar de manera completa y seria el proceso de consulta previa establecido para la exploración de hidrocarburos dentro de su territorio. Aseguran que solo se realizó una reunión con los líderes de la comunidad, lo cual no es suficiente para considerar que fue cumplido el trámite de consulta, y que por tanto la expedición de la licencia y en consecuencia la ejecución del proyecto atentan contra los derechos a la identidad cultural y a la participación en las decisiones que los afectan. El Defensor del Pueblo solicitó además la suspensión de la concesión de la licencia ambiental, que se ordene a los demandados realizar todo lo necesario para llevar a cabo el trámite de consulta previa a la comunidad y para la protección de sus derechos de los indígenas.

El Defensor solicitó además la nulidad del acto administrativo que otorgó la licencia ambiental y la suspensión provisional del mismo ante el Consejo de Estado, para evitar la afectación de los derechos de la comunidad. Ambas acciones judiciales fueron sustentadas alegando que el acto administrativo es incompatible con los derechos de los pueblos indígenas al territorio, a la autodeterminación, a la lengua y a la cultura étnica, debido a que la explotación de recursos naturales no renovables está condicionada a la preservación de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y a la participación de los representantes en dichas decisiones, tal y como lo determinan los artículos 6 y 15 del Convenio núm. 169.

Por su parte la demandada Occidental de Colombia Inc., se defendió argumentando que siguió todos los parámetros necesarios para dar a conocer a la comunidad los estudios técnicos, en virtud de la relación que debe existir entre la comunidad indígena y la empresa. Alego haber realizado 33 reuniones con los indígenas y las entidades públicas interesadas para que la comunidad conociera experiencias diferentes que habían resultado exitosas, e incluso la vinculación laboral de algunos indígenas para la exploración en territorio no indígena. Por ello, argumenta el representante de la demandada, la consulta no fue meramente formal como lo afirman los demandantes, sino que se hizo todo lo posible para que la comunidad tuviera el acceso a la información sobre el derecho que tienen las comunidades de gozar de los beneficios de la explotación de los recursos provenientes del subsuelo. Finalmente la empresa adujo que la acción de tutela no era la vía idónea para discutir la cuestión que correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Corte Constitucional se dedica en el caso a determinar cuál es la protección que el Estado debe brindar a los derechos a la identidad, a la integridad étnica y cultural, social y económica

de las comunidades indígenas en casos de explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

La Corte resume su jurisprudencia relativa a la diversidad étnica y cultural, haciendo énfasis en el derecho colectivo que reconocido a las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales después de la Constitución de 1991. La Corte subraya que no solo los individuos miembros de las comunidades indígenas son sujetos de derechos, sino que la Constitución también reconoce que la comunidad como colectivo es también sujeto de derecho. A partir de ello, determinó que deben ser armonizados los intereses de explotación de recursos naturales para garantizar un desarrollo sostenible, y de conservación de la identidad cultural, étnica, económica y social de las comunidades asentadas en los territorios explotados. La forma de armonización y equilibrio de estos intereses es la creación de un mecanismo de participación de las comunidades en la toma de decisiones que les afectan, el cual se manifiesta como un derecho fundamental, relacionado con los mecanismos de participación previstos en el artículo 40 numeral 2 de la Constitución Política. La Corte señala que se trata de un derecho fundamental, ya que este es el mecanismo mediante el cual se asegura la subsistencia de las comunidades como grupo social. En consecuencia, tanto la Constitución como el Convenio 169 establecen que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas para la explotación de los recursos debe buscar el conocimiento pleno (cuál es el proyecto, cómo se va a ejecutar) de la comunidad respecto al proyecto, los efectos que causaría en su entorno social, cultural, económico y político, y la valoración de las ventajas y desventajas del proyecto. Las comunidades afectadas deben ser escuchadas al respecto y, de no existir acuerdo, la actuación de la administración no debe ser autoritaria o arbitraria sino objetiva, razonable y proporcional. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

La Corte concluyó que no se llevó a cabo de manera completa e idónea el proceso de consulta previa de las comunidades indígenas U'wa con relación al proyecto de exploración de hidrocarburos, pues a las reuniones realizadas asistieron diferentes miembros de las comunidades, pero no sus representantes. Tampoco se llevó a cabo una reunión planeada para revisar los efectos del proyecto, que no se realizó porque la licencia ya había sido expedida. Por tanto, por no realizarse el trámite de consulta con los parámetros establecidos y proyectando los posibles perjuicios que pudieran causarse en la comunidad indígena con la ejecución del proyecto, la Corte consideró violados los derechos a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso de la comunidad U'wa, concedió el amparo transitorio, ordenó suspender la licencia ambiental y realizar la consulta debida.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia, preámbulo, artículos 1, 79, 99, 240.2 y 330; Decreto 2591 de 1991, artículo 31; Ley 99 de 1993, artículo 76; Convenio núm. 169 de la OIT; artículos 5, 6, 7 y 15,

Consideraciones relevantes del Tribunal: “El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la

Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.

Diferentes normas del mencionado Convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que les afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, así: [trascibe los artículos 5, 6, 7 y 15 del Convenio núm.169]

Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio núm. 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

- a)** Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- b)** Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- c)** Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconvinción con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.”

Comentarios: Se trata del *leading* case de la Corte Constitucional de Colombia en materia de derecho de las comunidades indígenas a la consulta ante la toma de decisiones que pueden afectar su territorio y los recursos naturales que se encuentran en ellos. La sentencia señala la obligatoriedad de la consulta, la considera un derecho colectivo de la comunidad, de carácter fundamental, y establece los parámetros necesarios para la realización de la Consulta previa a las comunidades indígenas, con sustento en el Convenio núm. 169 y la Constitución Política de Colombia.

La sentencia es también importante porque es la primera en señalar que el Convenio núm. 169 hace parte del denominado “bloque de constitucionalidad”, es decir, de aquellos instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales que forman una unidad con las normas de derechos fundamentales establecidas en el texto constitucional, y que por ende deben ser interpretados de manera integrada. La doctrina ha sido reiterada y aplicada en sentencias posteriores²⁶⁾.

Informes y comentarios pertinentes de los órganos de control de la OIT.

Los órganos de control de la OIT han dado seguimiento a la situación del pueblo U'wa con relación a la consulta, recursos naturales y territorios en dos informes adoptados por el Consejo de Administración en 2001, relativos a unas reclamaciones presentadas con arreglo al artículo 24 de la Constitución de la OIT en las cuales se alegaba la no observancia por Colombia del Convenio núm. 169, (doc. GB/282/14/3 y 282/14/4) y en los comentarios de la CEACR de 2001, 2003, 2004, 2006 y 2007.

En particular, con respecto a la expedición de la licencia ambiental a la empresa Occidental de Colombia para actividades de exploración petrolera en el territorio del pueblo indígena U'wa, el Comité tripartito encargado de examinar la reclamación consideró, en el informe GB/282/14/3, que “el concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. Una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto en el Convenio. Además, el artículo 6 requiere que la consulta sea “previa”, lo que implica que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso, incluyendo en la realización de estudios de impacto ambiental”. El Comité también subrayó que “como en este caso, reuniones o consultas llevadas a cabo después del otorgamiento de una licencia ambiental no satisfacen lo dispuesto en los artículos 6 y 15, 2) del Convenio”. Por lo anterior, el Comité consideró que “el Gobierno violó dichos artículos al expedir las licencias ambientales solicitadas por la empresa Occidental en 1995 y 1999 (después de que el Convenio hubiese entrado en vigor para Colombia) sin haber llevado a cabo el debido proceso de consulta previa con los pueblos afectados”²⁷⁾. El Comité además pidió al Gobierno que modificara el decreto núm. 130 de 1998, que reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales renovables dentro de su territorio, para armonizarlo con el Convenio, en consultación y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, en conformidad con lo dispuesto en el Convenio.

26) Ver, por ejemplo, Sentencias T-652/98, T-606/01, C-418/02, C-891/02, T-955/03 y C-030/08, entre otras.

27) Véase el párrafo 90 del documento mencionado.

COLOMBIA 4

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia SU-510/98, de 18 de septiembre de 1998 (Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz)

Palabras clave: discriminación; cultura, valores sociales, espirituales y religiosos; tierras y territorios; derechos humanos; derechos colectivos; propiedad; conflicto entre individuos y comunidad.

Sumario de los hechos: En el caso, un grupo de indígenas y la representante de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC) demandaron a las autoridades tradicionales de la Comunidad Indígena Arhuaca de la Zona Oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta por considerar vulnerados sus derechos a la libertad religiosa y de cultos y al libre desarrollo de la personalidad. Los demandantes alegan que optaron por practicar la religión evangélica y que la comunidad ha impedido la entrada de pastores al territorio para su evangelización. Los impugnantes afirman que han sido discriminados en la distribución de tierras y han recibido castigos y maltratos por parte de las autoridades de su comunidad indígena (amarrándolos durante largas jornadas, privándolos de la libertad, imponiendo multas y cerrando el templo). Las autoridades de la comunidad argumentan que las nuevas creencias afectan su unidad y cultura y consideran que con eso “están acabando al indígena”, y afirman en su defensa que no discriminan ni castigan a los miembros de la comunidad por la confesión que practican, sino porque sus comportamientos violan las reglas de convivencia de esa comunidad.

La Corte Constitucional dispuso antes de decidir un estudio de fondo acerca de la cosmovisión Arahuaca y la religión evangélica. Como resultado del estudio, concluyó que ambas cosmovisiones son incompatibles, en la medida en que para los indígenas Arahuacos prima lo colectivo sobre lo individual y para la concepción evangelista prevalece la salvación individual y la comunicación con Dios. Sobre esa base, la Corte advirtió que el cambio de religión “no significa una mera sustitución de creencia por otra sino un cambio total de existencia”.

La Corte encuadra la controversia de acuerdo a las siguientes cuestiones. Primero, si, a la luz de la Constitución Política, las autoridades tradicionales de un pueblo indígena se encuentran autorizadas para restringir la libertad de cultos de sus miembros a fin de mantener la diversidad e integridad de su cultura. Segundo, y en caso de respuesta positiva a la anterior cuestión, si cada una de las eventuales restricciones –el cierre del templo, la prohibición del proselitismo religioso, etc.– son, en concreto, compatibles con la Constitución. Y, en tercer lugar si, para los propósitos antes mencionados, las autoridades tradicionales de un pueblo indígena pueden limitar el acceso al resguardo de congregaciones religiosas ajenas a su cultura o si con ello se viola el derecho a la libertad de cultos de dichas congregaciones –que apareja la libertad de predicar sus dogmas sobre todo el territorio nacional.

Sobre la primera cuestión, la Corte señala que si bien el reconocimiento del derecho de las comunidades indígenas a la subsistencia y al mantenimiento de su identidad cultural no es absoluto, el objetivo de la preservación de las comunidades indígenas puede entrañar limitaciones a otros derechos en el ámbito del territorio indígena. A la luz de su estudio sobre

la compatibilidad de las cosmovisiones Arhuaca y evangélica, la Corte señala que el ejercicio de una religión incompatible con la Arhuaca en el territorio indígena es un foco de tensiones, y afecta la unidad y la identidad grupal de la comunidad. El Tribunal concluye que no puede forzarse a la comunidad indígena a que garantice la libertad de elección religiosa en su territorio –apuntado, de paso, que nadie está obligado a formar parte de la comunidad ni a vivir en su territorio.

Sobre la segunda cuestión, la Corte reitera su doctrina anterior, en el sentido de que si bien las autoridades indígenas son en principio competentes para fijar y aplicar sus propias sanciones, estas sanciones no pueden ser desproporcionadas o inútiles, o implicar graves daños físicos o mentales. Sin embargo, la Corte señala que en el caso no se ha probado la existencia de castigos que sobrepasen los límites establecidos por la Constitución.

Sobre la tercera cuestión, la Corte apunta que las restricciones que ha impuesto la comunidad son el cierre del templo, y la prohibición del proselitismo religioso y de la práctica colectiva del credo en lugares públicos dentro del territorio indígena. No han prohibido, sin embargo, la práctica privada del culto, ni la educación de los hijos en el culto evangélico. La Corte decide que la prohibición de la construcción de un templo en el territorio constituye un ejercicio legítimo de la autonomía concedida a las autoridades indígenas, y que tampoco es injustificada la restricción del culto público de otra religión, en relación con el derecho de la comunidad indígena al respeto de su identidad cultural. La Corte tampoco encuentra probadas las afirmaciones acerca de la discriminación contra los indígenas que practican el culto evangélico en materia de reparo de tierras –aunque recuerda que en principio la cuestión también atañe a la autonomía del empleo de su territorio por parte de la comunidad. Por último, la Corte también considera justificable la prohibición establecida por la comunidad para que miembros no indígenas de la iglesia evangélica puedan ingresar en territorio de la comunidad. La Corte señala que, en principio, la exclusión de personas no pertenecientes a la comunidad forma parte de las atribuciones que le corresponden como propietaria del territorio.

Si bien la Corte reconoce que el derecho de las comunidades indígenas a la subsistencia, a la identidad cultural, a la autonomía y a la propiedad colectiva de su territorio no es absoluto, no encuentra en el caso un interés constitucional de mayor jerarquía para desplazarlos. Las limitaciones a la libertad religiosa y a la libertad ambulatoria no son –de acuerdo con la Corte– irrazonables, pues se fundan en la protección de la identidad cultural de la comunidad. El Tribunal decide, por ello, que no hubo violación a los derechos de los miembros evangélicos de la comunidad indígena y de los miembros de la iglesia evangélica, y rechaza la acción de tutela.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia artículos 1, 7, 8, 9, 11, 12, 17, 29, 58, 63, 229 y 246; Convenio núm. 169, artículos 8 y 9; Ley 21 de 1991, artículos 13-19.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “43. En general, la Corporación ha entendido que los artículos 1° y 7° de la Carta Política consagran el principio de respeto a la integridad y diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los artículos 8° (protección de la riqueza cultural de la nación), 9° (derecho a la autodeterminación de los pueblos), 10 (oficialidad de lenguas y dialectos de los grupos étnicos), 68 (respeto a la identidad en materia educativa), 70 (cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y reconocimiento de la igualdad y dignidad de

todas las culturas) y 72 (protección del patrimonio arqueológico de la nación) constitucionales.²⁸⁾ A este respecto, no sobra advertir que las normas constitucionales citadas, sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades indígenas, resultan fortalecidas y complementadas por lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

De lo anterior se infiere con claridad que, para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana²⁹⁾ y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.³⁰⁾”

(...)

“La Corte no ha dudado en reconocer, con base en las declaraciones constitucionales (C.P., artículos 58, 63 y 2²⁹⁾) e internacionales respectivas (Convenio N° 169 O.I.T. [Ley 21 de 1991], artículos 13 a 19), que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad.³¹⁾ En tanto propietarias de sus territorios, las comunidades indígenas son titulares de todas las prerrogativas que el artículo 669 del Código Civil otorga a los titulares del derecho de propiedad, lo cual apareja el deber de los terceros de respetar el anotado derecho³²⁾”.

Comentarios: En este caso, en el que se registra un conflicto entre la mayoría de la comunidad y algunos de sus miembros, la Corte Constitucional –siguiendo los lineamientos del Convenio núm. 169– da preeminencia al derecho de preservación de la identidad comunitaria, por sobre el derecho de algunos de sus miembros de ejercer públicamente un culto incompatible con el de la comunidad, y el de miembros no indígenas de una iglesia evangélica de difundir su culto en el territorio de la comunidad. La Corte considera que la restricción de algunos derechos dentro de su territorio, aunque tiene límites, puede estar justificada, si ello es necesario para el mantenimiento de la identidad cultural de la comunidad.

28) ST-428/92 (MP. Ciro Angarita Barón); ST-342/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SC-104/95 (MP. Hernando Herrera Vergara); ST-496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); SU-039/97 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

29) ST-188/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-342/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SU-039/97 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

30) ST-380/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-104/95 (MP. Hernando Herrera Vergara).

31) ST-188/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-380/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-104/95 (MP. Hernando Herrera Vergara); SC-139/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

32) ST-257/93 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

COLOMBIA 5

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia T-652/98, de 10 de noviembre de 1998 (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz)

Palabras claves: consulta y participación; tierras y territorios; recursos naturales; medio ambiente; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; ocupaciones tradicionales; medios de subsistencia; seguridad social y salud; autoidentificación; instituciones; organización política; acciones positivas.

Sumario de los hechos: La Corte Constitucional decide aquí sobre varias tutelas (amparos) acumuladas, que versan acerca de los efectos de la construcción y puesta en funcionamiento de una represa sobre la subsistencia, el modo de vida y el territorio del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú. Los distintos planteos responden a una situación de división política de la comunidad.

El Tribunal decidió revocar las decisiones de instancias anteriores y tutelar los derechos a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo indígena. Sobre los agravios particulares, la Corte resolvió lo siguiente:

-consideró violado el derecho del pueblo indígena a ser consultado sobre la realización de la obra y –dado el comienzo de las obras pese a la falta de consulta– ordenó a la empresa indemnizar a la comunidad y a sus miembros en una cuantía que garantice al menos su supervivencia. Respecto de la ejecución final de la obra, el Tribunal ordenó realizar una consulta acorde con las bases que fija la sentencia –inspiradas en el Convenio núm. 169 de la OIT–, y la suspensión del llenado del embalse hasta tanto no se cumpla con la consulta.

-Ordenó a las autoridades gubernamentales unificar el resguardo (reserva) del pueblo Embera-Katío, por considerar que su división es artificial y atenta contra la unidad e identidad del pueblo indígena.

-Ordenó a las autoridades gubernamentales concertar el régimen especial correspondiente a la zona en la que los resguardos indígenas se superponen con un parque natural, por considerar que, dada la inundación de sus tierras cultivables, era necesario establecer excepciones especiales en favor del pueblo indígena al régimen que prohíbe cultivar en las reservas naturales.

-Ordenó a las autoridades municipales inscribir a los miembros del pueblo indígena en el Sistema General de Salud, otorgarles atención médica y medicamentos, por considerar que las modificaciones provocadas por la obra dificultaban y encarecían su acceso a servicios de salud.

-Ordenó a las autoridades responsables intervenir activamente en el proceso de consulta, poner cuidado en que no se minimizaran los riesgos previsibles para la salud y la supervivencia del pueblo indígena, y reiniciar los programas acordados en el plan del

marco de etnodesarrollo, hasta tanto fueran reemplazados por los acuerdos surgidos del proceso de consulta.

-Consideró que las autoridades gubernamentales interfirieron indebidamente en los asuntos propios de la autonomía del pueblo indígena, y ordenó a las autoridades implicadas abstenerse de hacerlo nuevamente.

Derecho aplicado: Constitución Política, artículos 7, 11, 12, 29, 40.2, 58, 79, 80, 329, 330 y 333; Decreto 2001 de 1988, artículo 2; Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 1, 5, 6, 7 y 15.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre los territorios que tradicionalmente habitan, comprende el derecho a la constitución del resguardo en cabeza del pueblo indígena. Ahora bien: las actuaciones administrativas orientadas a constituir los resguardos deben partir del respeto por el derecho a la personalidad de cada uno de los pueblos indígenas y raizales; para efectos jurídicos, estos pueblos deben ser identificados aplicando el artículo 1°, numerales 1 -literal b)-, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, o el artículo 2° del Decreto 2001 de 1988, según los cuales: [transcribe los artículos del Convenio 169 y del decreto]

Ahora bien: tanto en la copia del expediente No. 40.930 de la actuación administrativa adelantada por INCORA para la constitución del Resguardo Iwagadó, como en la del expediente No. 40.827 para la constitución del Resguardo Karagabí, se encuentra acreditado que se trata de un solo pueblo indígena: el Embera-Katío del Alto Sinú; también consta allí que no hay solución de continuidad entre el área geográfica habitada por una y otra parte de ese pueblo, y la constitución de dos resguardos colindantes en lugar de uno, sólo obedece a que el INCORA, por una consideración puramente procedimental, no acumuló tales actuaciones administrativas. De esa manera, se abstuvo de reconocer y proteger el derecho a la integridad cultural de este pueblo, violó el artículo 330 de la Carta Política, y dejó de aplicar los citados artículos del Convenio 169 y el Decreto 2001 de 1988, sin dejar constancia de las razones que, a su juicio, justificaban tal comportamiento; por tanto, esta Sala considera que el INCORA incurrió en una vía de hecho, y tal constitución irregular de dos resguardos, claramente obstaculiza en la actualidad la solución del conflicto interno. Por tanto, se ordenará al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y al Ministerio del Interior que procedan, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, cada una de esas entidades en lo que es de su competencia legal, a iniciar la actuación tendente a unificar el resguardo del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú; además, deberán dar prioridad al trámite de esta actuación”.

(...)

[Sobre la consulta omitida]

“En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacerse. Así, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y párrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que

se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los Embera del Departamento de Córdoba (C.P. art. 11), a más de que el Estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas”.

(...)

[Sobre la consulta que debe realizarse, en relación con el llenado y funcionamiento de la represa]

“Como quedó establecido, ya la Empresa Multipropósito corrigió y precisó la información referente al área del territorio de propiedad de los Embera que resultará anegada al llenar la represa y, si bien no amojonó el perímetro de la misma, sí lo demarcó con la claridad requerida para que los indígenas tengan absoluta certeza sobre la pérdida de recursos que sufrirán. Las pocas vegas bajas periódicamente abonadas por las crecientes de los ríos, que quedaron comprendidas en los terrenos que el INCORA les adjudicó como resguardo, sólo podrán ser usadas para cultivos temporales cuando el nivel del embalse eventualmente esté por debajo de lo previsto para el funcionamiento normal de la hidroeléctrica.

Sin embargo, la firma propietaria del proyecto no ha reconocido los reales efectos de la obra sobre los recursos ictiológicos de toda el área de influencia de la hidroeléctrica, ni el largo término y alto costo que requerirá el repoblamiento de los ríos del área con especies nativas (mucho mayores desde que se decidió no remover la mayor parte de la biomasa presente antes de llenar la presa), ni los efectos sobre las condiciones climáticas de las cuencas, ni los impactos previsibles sobre la morbi-mortalidad en la zona de influencia de la represa.

Por estas razones, por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades Embera (asunto que considerará esta Sala en aparte posterior), y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos, la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 [es decir, el Convenio 169 de la OIT]; por tanto, se ordenará a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen, y atiendan en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, *“la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de*

la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros”.

Comentarios: Se trata de un caso complejo, por abordar múltiples aspectos relacionados con el impacto de la obra en discusión sobre el pueblo indígena.

El Tribunal decide, en línea con el Convenio núm. 169 de la OIT, cuestiones vinculadas con el respeto por la integridad del territorio del pueblo indígenas; cuestiones relacionadas con la autonomía y representación política del pueblo; cuestiones relacionadas con el derecho de consulta, en dos instancias (ante la aprobación de la realización de la obra, y ante su ejecución final); cuestiones relacionadas con el efecto que ha tenido y que tendrá la obra sobre la integridad, la cultura, el territorio y el modo de vida de la comunidad indígena. En todos estos casos, la Corte Constitucional ordena al Estado y a la empresa consultar al pueblo, indemnizarlo por los daños ya causados, adoptar medidas que aseguren su supervivencia y el respeto a su integridad cultural, y asegurar la participación informada del pueblo indígena en la toma de decisiones destinadas a minimizar el impacto de la obra sobre la comunidad y a compensarlo por las consecuencias inevitables.

Además de citar directamente el Convenio núm. 169, también se hace referencia en el caso a jurisprudencia previamente adoptada por el tribunal –como la sentencia SU- 039/97– en la que el Tribunal también apoyó su decisión en el Convenio.

Informes y comentarios pertinentes de los órganos de control de la OIT.

Los órganos de control de la OIT trataron detalladamente la cuestión de la construcción de la represa hidroeléctrica Urrá en un informe adoptado por el Consejo de Administración en noviembre de 2001 relativo a una reclamación presentada con arreglo al artículo 24 de la Constitución de la OIT en la cual se alegaba la no observancia por Colombia del Convenio núm. 169 (doc. GB.282/14/4). Además la CEACR se refirió a esta cuestión en 1999, 2001, 2003 y 2004.

En particular, en el informe GB.282/14/4, el Comité tripartito encargado de examinar la reclamación presentada, entre otras cosas, sobre la cuestión de la falta de consulta previa acerca del proyecto Urrá con las comunidades indígenas afectadas, remarcó que el requerimiento de la consulta previa debe ser considerado a la luz de los párrafos 1) y 3) del artículo 7. El Comité consideró que “si bien el artículo 6 no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí se prevé que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente”³³⁾. Además, el Comité se refirió expresamente a la orden de convocar un proceso de consulta contenido en la sentencia de la Corte Constitucional núm. T-652 comentada en esta sección. Al notar que las autoridades gubernamentales y la Empresa Urrá mantuvieron mesas de concertación y negociación separadas para diferentes grupos del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú y se firmaron diferentes acuerdos, el Comité subrayó que hubiera sido deseable respaldar “el desarrollo de un solo proceso de consulta con todas las autoridades legítimas del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, así como el

33) Véase el párrafo 61 del documento GB. 282/14/4.

establecimiento de un único acuerdo, en la medida de lo posible, con miras a preservar la integridad étnica de dicho pueblo”³⁴). Finalmente, cabe remarcar que, al igual que la Corte Constitucional, el Comité consideró que el decreto núm. 1320 de 1998, que reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales renovables dentro de su territorio, era contrario al Convenio. Consecuentemente, el Comité pidió al Gobierno que lo modificara, “para ponerlo en conformidad con el espíritu del Convenio, en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas de Colombia, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”³⁵).

34) *Ibidem*, párrafo 63.

35) *Ibidem*, párrafo 68 (a).

COLOMBIA 6

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia C-088/01, de 31 de enero de 2001 (Magistrada Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez).

Palabras clave: derechos económicos, sociales y culturales; obligaciones positivas; mujeres indígenas; seguridad social y salud; acciones positivas; medidas especiales; discriminación.

Sumario de los hechos: El caso trata sobre la objeción presidencial presentada contra diversos artículos del proyecto de Ley *“mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud.”* De acuerdo con la demanda del Presidente de la República, estos artículos violan el derecho a la igualdad de personas de bajos recursos económicos porque se privilegia a los indígenas y se genera un desajuste fiscal para cubrir las necesidades de salud de estas poblaciones. El Presidente objeta particularmente: i) la exclusión de pago por el servicio de salud a personas que probablemente pueden costearlo; ii) que se beneficie a ciertas mujeres indígenas gestantes y a menores de 5 años a recibir subsidio alimentario, privilegio que no reciben otras personas que pertenecen al sistema de seguridad social; iii) que la fijación del pago por persona se haga en función de la calidad de indígena, y no sobre la base del perfil epidemiológico, los riesgos y el costo de la prestación; iv) que es probable que la creación de aseguradoras indígenas no tengan solidez para brindar la cobertura que el servicio requiere; v) que se incumple con los principios de la función administrativa, ya quien escoja a las entidades administradoras deben ser las autoridades administrativas y no los beneficiarios; y vi) que se vulnera el principio de solidaridad, al no exigirse copago ni cuota moderadora.

El Congreso de la República no acepta estas objeciones porque la iniciativa del proyecto de ley se fundamentó en que las comunidades indígenas necesitaban un trato diferenciado en el sistema de salud para garantizar, una atención adecuada a su realidad cultural –características epidemiológicas, talla, peso y concepción de la enfermedad de la comunidad. Además, el Congreso sostiene que las comunidades indígenas tienen una economía basada en la solidaridad y que, en virtud de lo establecido por el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, el Estado está obligado a facilitar que los pueblos indígenas administren el servicio de salud, y que por tanto estas comunidades pueden organizarse para tal fin.

La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la casi totalidad de las normas objetadas. El Tribunal señala que el trato desigual que se da a las comunidades indígenas sobre otras personas en su misma situación de hecho se encuentra justificado constitucionalmente en la diversidad, que en materia de salud se manifiesta a través del concepto de enfermedad y prácticas médicas propias de aquellos pueblos. Adujo igualmente que en principio no puede justificarse la no realización de los derechos económicos sociales y culturales por falta de asignación presupuestal. La Corte sostiene además que las acciones positivas –como la de otorgar auxilio alimentario a este sector– se debe a las altas tasas de mortalidad infantil que se presentan en estas comunidades. De igual forma y en virtud de la diversidad étnica de estas comunidades, la Corte sostiene que es importante que sean ellas quienes libremente escojan las instituciones prestadoras de salud.

Derecho aplicado: Constitución Política artículos 7, 209, 246, 230; Ley 100 de 1993; Decreto 23578 de 1995, artículo 6; Decreto 1804 de 1999 artículo 5 numeral 5; Convenio núm. 169 de la OIT, artículo 25.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “En su insistencia, el Congreso aduce que la norma constituye un desarrollo del artículo 25 del convenio 169 de la OIT, según el cual los servicios de salud deben organizarse en el nivel comunitario, planearse y administrarse en cooperación con las comunidades interesadas, y tener en consideración sus condiciones particulares así como “sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales”. De otra parte, explica que la ley ha establecido condiciones más estrictas que las contempladas en el Decreto 2357 de 1995. Finalmente, afirma que “no tiene razón el Ministerio de Hacienda al pretender aplicar el Decreto 1804, que se hizo para solucionar la insolvencia de las grandes EPS’s y aplicarse de manera general se atentaría contra una forma de economía solidaria como son las ARS’s conformadas por las comunidades indígenas, por tal razón no hay motivo para no permitir este tipo de discriminaciones positivas que permiten el acceso de grupos vulnerables en igualdad de condiciones frente al resto de la sociedad nacional a la administración de los recursos del régimen subsidiado”.

El artículo 6 del Decreto 2357 de 1995 disponía:

“Las Empresas Solidarias de Salud estarán autorizadas para afiliar a los beneficiarios del régimen subsidiado, con el objetivo de garantizar la prestación del POS-S, cuando acrediten ante la Superintendencia Nacional de Salud un patrimonio equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada cinco mil afiliados. Este patrimonio podrá estar compuesto por los aportes de los asociados, las donaciones y los excedentes que logre capitalizar”.

El Decreto 1804 de 1999 (art. 5, núm. 5) derogó esta disposición, y estableció que toda entidad que administrara recursos del régimen subsidiado debería tener como patrimonio 10.000 salarios mínimos legales mensuales.

Es evidente que la pretensión del legislador es permitir la existencia de administradoras del régimen subsidiado creadas por las comunidades indígenas, al margen de las exigencias generales ha dispuesto el Gobierno Nacional para las restantes.

La objeción presidencial no se apoya en razones constitucionales, sino de mera conveniencia. En efecto, no le corresponde a la Corte Constitucional evaluar, salvo que la acusación se apoye en datos empíricos de los cuales se desprenda claramente la violación de la Constitución, si el capital mínimo exigido a las administradoras formadas por las comunidades indígenas es suficiente para atender debidamente las obligaciones derivadas del contrato de administración de recursos del régimen subsidiado. Por lo tanto, se declarará exequible el artículo 14 del proyecto”.

Comentarios: Lo interesante de este caso es que quien invoca el Convenio 169 núm. de la OIT es el Congreso de la República, para justificar la constitucionalidad y defender la insistencia sobre el texto de una norma aprobada por el propio Congreso, frente a la objeción presidencial. Si bien la Corte Constitucional no se explaya mayormente sobre el Convenio núm. 169, el

pronunciamiento sigue los parámetros de ese instrumento en relación con la prestación diferenciada del servicio de salud a las comunidades indígenas, los principios que deben guiar el servicio y la posibilidad de escoger a los prestadores del servicio de salud.

COLOMBIA 7

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia C-418/02, de 20 de mayo de 2002 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis)

Palabras claves: consulta y participación; recursos naturales; recursos del subsuelo; tierras y territorios; status del Convenio en el derecho nacional

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de inconstitucionalidad, dirigida contra una norma del Código de Minas (Ley 685 de 2001). La norma cuestionada (artículo 122 de la citada ley) establece la facultad de la autoridad minera estatal de señalar y delimitar, dentro de los territorios indígenas, las denominadas “zonas mineras indígenas”, en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deben ajustarse a las disposiciones del Código sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en esos territorios. De acuerdo con el demandante, el establecimiento de una facultad de señalamiento y delimitación de “zonas mineras indígenas” en favor de la autoridad minera vulnera el derecho de las comunidades indígenas a ser consultados previamente a la toma de decisiones que puedan afectarlos. Esto podría afectar, a su vez, las formas de vida de los pueblos indígenas. Se alegan violaciones a normas constitucionales y a los artículos 6 y 7 del Convenio núm. 169 de la OIT.

La Corte Constitucional señala la protección reforzada del derecho a la consulta a los pueblos indígenas, como mecanismo de preservación de la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, apoyándose para ello en normas constitucionales y en el Convenio núm. 169. Al examinar la norma impugnada, la Corte recuerda la necesidad de interpretarla en el contexto de otros artículos del Código de Minas, y de las normas constitucionales y las del Convenio 169. Así, se subraya que el sentido de la norma es el de establecer, dentro de un territorio indígena, un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales del suelo y el subsuelo. Este régimen otorga prelación a las comunidades indígenas en la exploración y explotación, y dispone además que, en caso de propuestas de explotación de particulares, estas deban ser resueltas con la participación de las comunidades indígenas. La Corte sostiene, de todos modos, que la decisión de establecer y delimitar “zonas mineras indígenas” puede afectar los derechos e intereses de la comunidad, y que por ende, le es plenamente aplicable el requisito de la consulta previa a la comunidad interesada, de acuerdo con el artículo 330 de la Constitución colombiana y el Convenio núm. 169 de la OIT.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia, artículos 1, 79 y 330; Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 6 y 7.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. Ahora bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de

éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado. La Corte ha tenido ocasión de precisar los alcances de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 OIT en los siguientes términos:

“De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1.989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1.991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, *“mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*. Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades *“el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*.

De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: *“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”*. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual *“un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos **y teniendo en cuenta su objeto y fin**”* (subraya fuera del texto).

Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias”.

En ese orden de ideas, la Corte, en la sentencia en cita, destacó que la Constitución solo

reconoce explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el párrafo del artículo 330, a saber:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

En armonía con la finalidad constitucional asignada al mecanismo de la consulta mediante el cual – constitucional y legalmente se materializa la especial proyección del derecho de participación en referencia la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que:

*“comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la **comunidad tenga un conocimiento pleno** sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que **igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.** c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.*

La Corte también ha avanzado sobre el alcance de la Consulta y ha destacado que:

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica”.

(...)

“En armonía con lo anteriormente expuesto, para la Corte resulta claro que si la delimitación y señalamiento de la “zona minera indígena” dentro de un determinado territorio indígena tiene por directa finalidad la de determinar el específico régimen de la explotación de los recursos naturales que se hallen en el suelo o en el subsuelo de aquel debe darse aplicación a la regla contenida en el Artículo 330 de la Constitución en armonía con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 93 y 94 del Estatuto Superior”.

Comentarios: La sentencia ofrece un buen resumen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derecho a la consulta, reiterando los alcances de ese derecho, y destacando su raigambre constitucional (y su fundamento en el Convenio núm. 169 de la OIT). Al aplicar los principios al caso, el tribunal efectúa una interpretación integradora de la norma impugnada: declara su compatibilidad con la constitución en la medida en que se la interprete en el sentido de requerir la realización de una consulta previa con las comunidades interesadas antes de que la autoridad minera ejerza las facultades que la norma le concede. De acuerdo con esta interpretación, si bien la consulta no se menciona expresamente en el artículo impugnado, su texto no impide la aplicación de las normas constitucionales y del Convenio 169 que obligan a la realización de una consulta cuando se tomen decisiones que puedan afectar los derechos e intereses de un pueblo o comunidad indígena. La doctrina se ha repetido en sentencias posteriores (ver, por ejemplo, Sentencia C-891-00, de 22 de octubre de 2002).

COLOMBIA 8

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia SU-383/03, de 13 de mayo de 2003 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis)

Palabras clave: cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; consulta y participación; derechos humanos; derechos colectivos; medio ambiente; status del Convenio en el derecho nacional; procedimientos de supervisión de la OIT.

Sumario de los hechos: La Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía colombiana (OPIAC) demandaron la protección transitoria de sus derechos a la vida, identidad e integridad cultural, libre desarrollo de la personalidad y debido proceso, que consideran vulnerados por la Presidencia de la República, los Ministerios del Interior y Justicia, Medio Ambiente, el Consejo y la Dirección Nacional de Estupefacientes, y la Policía Nacional. De acuerdo con los demandantes, la realización de aspersiones aéreas de glifosato para erradicar los cultivos ilícitos en la zona amazónica, afectan los cultivos legales de los cuales subsisten los habitantes de la región. Además, las comunidades indígenas allí asentadas alegan que desde tiempos inmemoriales han utilizado la coca, que la cultivan en sus territorios y que ese cultivo también es afectado por las fumigaciones. Las autoridades omitieron también la realización de la consulta previa respecto a la política de erradicación de cultivos, tal como lo prevé el Convenio núm. 169 de la OIT, que integra el bloque de constitucionalidad.

Los demandados por su parte afirman, entre otros argumentos, que las comunidades indígenas no debían ser consultadas, pues de acuerdo a lo establecido en el Convenio núm. 169, la consulta previa se realiza cuando se trata de explotación de recursos naturales y expedición de licencias ambientales y estudios de impacto, lo que no corresponde al caso. Las autoridades señalan también que el glifosato es un producto de baja toxicidad y que no se encuentra comprobado el daño a la salud humana y que, a diferencia de los que alegan los demandantes, el efecto que causa sobre el ambiente es el restablecimiento del mismo después de las consecuencias ocasionadas por quienes sembraron cultivos ilegales.

La Corte Constitucional determinó que la acción de tutela era la idónea para resolver la controversia relativa a la falta de consulta, debido a que la misma Corte había establecido en su jurisprudencia que el derecho a la consulta de las comunidades indígenas era un derecho fundamental y también que las comunidades son un colectivo sujeto de derechos – de modo que no es necesaria la prueba de afectaciones individuales. La Corte analiza minuciosamente las normas internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo jurisprudencial y normativo de la consulta previa.

La Corte concluye que el Estado tenía la obligación de consultar debidamente a las comunidades indígena sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Indígenas que tienen efectos en sus territorios, y que la falta de realización de esa consulta afectó los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana. Ordena en consecuencia a la Presidencia de la República, a los Ministerios del

Interior y la Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Consejo Nacional de Estupefacientes y a cada uno de sus integrantes, a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la Policía Nacional, consultar de manera efectiva y eficiente a los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana sobre las decisiones relativas al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que los afecten, “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT”.

En relación con los agravios relacionados con los daños al medio ambiente presuntamente causados por las fumigaciones, la Corte decide que la vía idónea no es la tutela, sino la denominada acción popular –de modo que no decide sobre la cuestión.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia artículos 7°, 286, 287, 329 y 330 C.P., Convenio núm. 169 de la OIT Ley 21 de 1991, Decreto 1050 de 1968, Decreto 1320 de 1998, Decreto 1397 de 1996.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “[E]l Consejo de Administración de la OIT inscribió el tema de la revisión del Convenio 107 para que fuera tratado en las conferencias de 1988 y 1989 de la Organización, dando lugar al Convenio 169 el que se funda en el principio de que las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales “es permanente y perdurable”, y que la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de las culturas nativas sea salvaguardado³⁶⁾.

La Guía de aplicación del instrumento en cita³⁷⁾, sintetiza el enfoque principal del Convenio en los siguientes términos:

“El nuevo Convenio promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Asume que éstos seguirán existiendo como parte de sus sociedades nacionales, manteniendo su propia identidad, sus propias estructuras y sus tradiciones. Asimismo se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado.

Este instrumento también asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en el que habitan” –se destaca- .

Ahora bien, Colombia se cuenta entre las naciones que han ratificado el Convenio núm. 169 “Sobre Pueblos indígenas y Tribales” aprobado en la 76° Conferencia Internacional de dicha Organización reunida en Ginebra el 27 de junio de 1989³⁸⁾, instrumento que abarca los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, participación, educación, cultura y desarrollo, enmarcados

36) Idem.

37) El artículo 31 común a las Convenciones de Viena Sobre el Derecho de los Tratados –Leyes 32 de 1985 y 406 de 1997- dispone que todo tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos, en el contexto de éstos, teniendo en cuenta su objeto y fin, también destaca la norma en mención que el preámbulo es relevante en la aplicación integral, en la interpretación y en las prácticas de cada instrumento.

38) El Convenio Núm. 169 de la OIT ha sido ratificado por Noruega, México, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Dinamarca, Guatemala, Países Bajos, Fiji y Ecuador. Entró en vigor el 6 de septiembre de 1991, doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de los dos primeros Estados (Noruega y México) fueron registradas.

dentro del contexto global de salvaguarda a su identidad, con miras a que los pueblos indígenas de la humanidad puedan gozar de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados miembros, y en consideración a la especial contribución de éstos pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales –Preámbulo-.

De suerte que el Estado colombiano, como los demás Países miembros del Convenio en referencia, se encuentra obligado a adoptar las medidas que sean necesarias para que los pueblos indígenas y tribales que habitan en el territorio nacional asuman el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, dotándolos de instrumentos que propicien el fortalecimiento de su identidad, lengua y religión, a fin de salvaguardar a las personas que los integran, sus bienes, su cultura, y sus territorios.

Dentro del Convenio núm. 169 tienen especial connotación y desarrollo el derecho de estos pueblos a que las decisiones que los afectan les sean consultadas, aspecto no contemplado en el Convenio 107, y que marcan una gran diferencia entre los dos instrumentos, en cuanto el último de los nombrados por partir *“de la idea de que el problema de las poblaciones indígenas y tribales desaparecieran a medida que estas poblaciones se integraran en las sociedades en que vivían”*, supuso que los Estados podían tomar decisiones atinentes a la estructura de los pueblos indígenas y a su desarrollo.

En cambio el Convenio núm. 169 *“asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan³⁹⁾”*, por ello los artículos 6^o⁴⁰⁾ y 7^o⁴¹⁾, en cuanto establecen la Consulta Previa y la forma en que éste mecanismo de participación debe ser adelantado, son considerados por la Guía de aplicación como primordiales.

Con respecto al artículo 6^o la Guía en mención informa:

“El artículo 6 requiere que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles a nivel de

39) Guía de Aplicación, citada en 7.

40) Convenio 169 artículo 6^o “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

41) Convenio 169, artículo 7^o: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

instituciones legislativas y de organismos administrativos. También exige que consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”.

Y sobre el artículo 7 el documento explica:

“Las consultas con los pueblos indígenas y tribales también son obligatorias en los casos que se indican a continuación:

- antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos;*
- cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y*
- antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos”.*

Para el caso en estudio, resulta pertinente destacar que los artículos 8 y 9 del Convenio núm. 169⁴²⁾ demandan de los Países miembros acciones positivas tendientes al reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la diferencia, la Guía de aplicación del instrumento se refiere al punto en los siguientes términos:

“El Convenio establece, en el artículo 8,3), que los pueblos indígenas deben ejercer los mismos derechos que los demás ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Sin embargo, en la práctica estos derechos, a menudo, les son negados. Lo anterior se debe con frecuencia al hecho que los referidos pueblos no conocen ni sus derechos, conforme a la legislación nacional, ni los procedimientos a utilizar para hacer valer sus demandas. A menudo se les condena por delitos que ellos desconocen. Los miembros de las comunidades indígenas y tribales y la mayoría de los jueces tienen, con frecuencia, dificultades de comunicación y comprensión mutua, ya que no hablan una lengua común, así como por el hecho de que los delitos definidos en la legislación nacional no coinciden con aquellos previstos por el derecho consuetudinario. Para remediar esta situación, el Convenio dispone en los artículos 8, 2) y 9, 1) que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, inclusive los métodos a los que recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en la medida en que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Los conflictos que puedan surgir de la

42) “Artículo 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9: 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

aplicación de estas disposiciones deberán de resolverse por medio de procedimientos establecidos ad hoc. También se le exige a los gobiernos que, al aplicar las leyes y reglamentos nacionales e imponer las sanciones penales, tengan debidamente en cuenta las características sociales, económicas y culturales de los pueblos indígenas y tribales. Estos pueblos, según el artículo 12, deberán poder iniciar procedimientos legales para asegurar la protección de sus derechos, y deberán tomarse medidas para que puedan comprender y hacerse comprender en dichos procedimientos. A tal fin, los gobiernos deberán adoptar servicios de interpretación u otros medios efectivos”.

Se debe destacar, además, que con el fin de limitar la aplicación del Convenio, el párrafo 2° del artículo 1⁴³⁾ del instrumento utiliza como criterio fundamental, aunque no único, para determinar si el grupo involucrado puede ser tenido como “pueblo”, el grado de conciencia de identidad indígena o tribal del mismo, porque, tal como lo denota la Guía del instrumento, el término “pueblos” fue acordado luego de *“largas discusiones y consultas dentro y fuera de las reuniones (...) ya que este reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales.”*⁴⁴⁾

El Convenio núm. 169 de la OIT es el instrumento internacional vinculante de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales más importante⁴⁵⁾, i) porque *“los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja ni tienen intereses propios sino un interés común”*⁴⁶⁾, ii) en razón de que *“cada una de sus disposiciones sustantivas genera obligaciones cuyo cumplimiento debe certificarse mediante memorias periódicas que los gobiernos envían a la OIT y que son objeto de examen por órganos de supervisión independientes o tripartitos”*⁴⁷⁾, y iii) a causa de que junto con 32 tratados más, también de la Organización Internacional del Trabajo, hace parte de los Convenios internacionales contra las discriminaciones. Además es marcada la influencia que ha tenido el instrumento en el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la supervivencia cultural, social y económica.⁴⁸⁾

(...)

43) “1. El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”

44) La Guía también advierte que “[el] Convenio núm. 169 no impone ninguna limitación al derecho a la autodeterminación de los referido pueblos ni se pronuncia a favor o en contra de tal derecho. En otras palabras, no hay ninguna disposición en el Convenio 169 que sea incompatible con cualquier con cualquier instrumento legal internacional que puede definir o establecer el derechos de los pueblos indígenas y tribales a la autodeterminación” –Guía para la aplicación del Convenio 169, Organización Internacional del Trabajo y Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático-.

45) En la lista de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas actualizada en diciembre de 2001, el Convenio 169 ocupa el número 65- curso de Derecho Internacional de los derechos humanos, Villán Durán Carlos, Editorial Trotta, Madrid 2002.

46) Opinión Consultiva CIJ de 28 de mayo de 1951, en el asunto de las reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio.

47) OIT, Equipo Técnico Multidisciplinario “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión”, Arturo S. Bronstein.

48) Colombia 1991, Paraguay 1992, Perú y Chile 1993, Bolivia y Argentina 1994, Nicaragua 1995, Ecuador 1998, Venezuela 1999.

“En consonancia con lo expuesto los comités de las Naciones Unidas encargados de vigilar la aplicación de los derechos humanos reconocidos en los acuerdos antes nombrados –Comité de los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos de la Mujer- al analizar los informes de los Estados sobre la aplicación de los tratados examinan con especial cuidado las cuestiones indígenas.

Informes que también presentan los gobiernos a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, integrada por personas independientes, en relación con la aplicación del Convenio núm. 169, instancia que además propicia un dialogo entre la OIT y las autoridades nacionales, a fin de que puedan evaluar los esfuerzos y las medidas que adoptan los Estados Miembros de la OIT para dar cumplimiento a sus disposiciones.

Al respecto se debe tener en cuenta que ante el Consejo de Administración, con arreglo al artículo 24 de la Constitución de la Organización Internacional de Trabajo, cursaron sendas reclamaciones admitidas en las reuniones 276^a y 277^a de noviembre de 1999 y marzo de 2000, siguiendo la recomendación de la Mesa, en las que la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS) y la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) alegaron el incumplimiento por parte del Gobierno de Colombia del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales⁴⁹.

Asuntos que culminaron con la aprobación del informe del Director General, aprobado en la 282^a reunión del Consejo de Administración, que solicita al Gobierno Nacional, entre otros aspectos, modificar el decreto 1320 de 1998 *“para ponerlo en conformidad con el espíritu del Convenio en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas y tribales (..)”*.

(...)

“4.2 Desarrollo normativo y jurisprudencial del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa

4.2.1 Principios y reglas constitucionales y su entendimiento por la jurisprudencia constitucional

a) Por medio de la Ley 21 de marzo de 1991 el Congreso de la República aprobó el Convenio 169 de la OIT, el que estableció –como quedó dicho- entre otras previsiones, que los gobiernos deberán consultar previamente a los pueblos indígenas y tribales cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Medida que como lo estipula el Preámbulo del Convenio responde *“a la evolución del derecho*

49) Las reclamaciones a que se hace referencia (docs. GB 282/14/3 y 282/14/4 se centraron i) en la construcción y entrada en operación de la represa hidroeléctrica de Urrá, así como en la circunstancia de que el Gobierno no adelantó el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas afectadas con el proyecto T-652 de 1998-; ii) en la expedición del decreto núm. 1320 de 1998 sobre la consulta previa ídem-; iii) en la construcción de la carretera Troncal del Café que atraviesa la comunidad indígena de Cristianía sin haber consultado previamente con la comunidad interesada -T-428 de 1992-; y iv) en la expedición de la licencia ambiental para actividades de explotación petrolera a la empresa Occidental de Colombia sin haber realizado la consulta previa requerida con el pueblo indígena U'wa -SU-039 de 1997- (notas 64, 95, 99, 100, 105, 114, 159, 160 y 162).

internacional y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo (...) a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”; y que como el mismo aparte del instrumento lo reconoce propende por hacer realidad “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco en que viven”.

Aspectos que recoge la Guía de Aplicación del instrumento al determinar la consulta previa como uno de los aspectos fundamentales del Convenio, y que la jurisprudencia constitucional ha definido como herramienta básica *“para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.”*⁵⁰⁾

Ahora bien, el avance del derecho de los pueblos indígenas y tribales al reconocimiento dentro de la comunidad internacional, sin lugar a dudas, constituye un antecedente de la definición de Colombia como un Estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, y del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana –artículos 1° y 7° C.P.-; disposiciones que han sido entendidas por la jurisprudencia constitucional como *“principios fundamentales que representan un obligado marco de referencia en la interpretación de las normas constitucionales”*⁵¹⁾.

(...)

“Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales (...).”

(...)

“[P]rocede recordar que los pueblos indígenas y tribales, obtenido el reconocimiento de la

50) Sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell –nota 64-.

51) Sentencia T-380 de 1993 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

comunidad internacional de su derechos a no ser asimilados por las culturas dominantes, emprendieron la lucha para que este avance se incluya en los ordenamientos constitucionales, de suerte que no es dable suponer que la Carta Política de 1991 implicó un retroceso en el proceso, el que, además, como quedó explicado, avanza en la comunidad internacional hacia la autodeterminación plena.

De suerte que el mecanismo de la consulta previa, y el derecho de participación de los pueblos indígenas, como acción concreta y específica de participación, con los lineamientos en que la misma debe surtirse según los términos del Convenio 169, su Guía de aplicación y las recomendaciones de la OIT, y conforme lo dictaminan los artículos de la Carta atinentes a la participación ordinaria de los pueblos indígenas, y a su participación específica, obligan al Estado:

- Porque el artículo 6° del Convenio 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, dispone que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados, previamente, sobre las decisiones y medidas administrativas y legislativas que los afecten, sin restricciones.
- Dado que ninguna de las disposiciones del Convenio puede dar lugar a la asimilación de los pueblos indígenas y tribales a la cultura mayoritaria.
- Debido a que los derechos y deberes consagrados en el ordenamiento constitucional se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.
- En razón de que el Convenio 169 de la OIT es un instrumento del derecho internacional de los derechos humanos, y el de mayor significación en el respeto de los derechos de las minorías étnicas.”

(...)

“Es más, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, como quiera que este mecanismo, por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano –artículos 6 del Convenio, 1° y 7° C.P.-.

De ahí que el artículo 13 del Convenio 169 estipule que al aplicar las disposiciones del acuerdo los Gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con sus tierras y territorios, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, atendiendo de manera particular los aspectos colectivos de dicha relación.

No implica lo anterior que la Corte esté desconociendo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser previamente consultados cuando se adelanten proyectos de explotación de los recursos naturales en sus territorios ancestrales, por el contrario i) la Carta destaca esta modalidad de consulta, ii) la trascendencia de la misma ha sido reconocida por la jurisprudencia

constitucional⁵²⁾, y iii) la observancia estricta de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas “(..) *amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus* (...)” de su hábitat ⁵³⁾.

Lo que acontece es que el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, en cuanto propende por la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, es una modalidad de participación de amplio espectro, como viene a serlo la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en la que la especificidad del mecanismo para decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas está comprendida.”

(..)

En consecuencia las decisiones de instancia deberán revocarse, parcialmente, para conceder el amparo constitucional de los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana a su integridad cultural, mediante el mecanismo de la consulta previa sobre las medidas atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos, que los afectan directamente.

Protección ésta que deberá abarcar todas las etapas de la consulta, incluyendo lo atinente al procedimiento a seguir, porque tal como quedó definido en la sentencia C-410 de 2002, ya reseñada, y tal como lo consideró la Comisión de Expertos que el Consejo de Administración de la OIT designó para adelantar el estudio de las reclamaciones presentadas contra el Gobierno Nacional por la aplicación del Convenio núm. 169 “*si bien el artículo 6° no requiere que se logre el consenso en el proceso de consulta previa, sí prevé que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente en todos los niveles de la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente*” –GB.282/14/4 .61-”.

(..)

“Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que los pueblos indígenas y tribales de la región Amazónica Colombiana sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales.

52) En la sentencia SU-039 de 1993 esta Corporación tuteló el derecho de la comunidad U'WA a ser consultada antes de que sea proferida una licencia ambiental en su territorio. En éste caso la Corte señaló: “(..) la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.” Asimismo en la sentencia T-652 de 1998 se protegió a la comunidad emberá catíos, porque la entidad ambiental expidió una licencia para la construcción de una hidroeléctrica en su territorio sin el requisito de la consulta previa -nota 92-.

53) Una Agenda Internacional, Burger Julian, responsable del programa a favor de los pueblos indígenas en el Centro de Naciones Unidas por los Derechos Humanos, en “Estado de los Pueblos” Cultural Survival 1993, edicions bellaterra 2000, Barcelona.

Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas.

Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.

Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizada para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios”.

Comentarios: Se trata de una de las sentencias constitucionales que desarrolla con mayor extensión y detalle la aplicación del Convenio núm. 169. A partir de las normas del Convenio núm. 169, la Corte llega a la conclusión de que cualquier decisión legislativa o administrativa que afecte a los pueblos y comunidades indígenas debe ser consultada, ya que considera que la consulta es un mecanismo de participación de “amplio espectro”.

Además de citar extensamente el Convenio núm. 169, la Corte Constitucional utiliza también como criterio interpretativo la Guía para la Aplicación del Convenio núm. 169 elaborada por la OIT. La Corte menciona también las recomendaciones del Consejo de Administración de la OIT, a raíz de reclamaciones presentadas por organizaciones sindicales colombianas alegando el incumplimiento por parte del Estado colombiano del Convenio núm. 169.

La Corte presenta también un ilustrativo resumen de su desarrollo jurisprudencial en la materia, mencionando las sentencias C-169 de 2001, C-418 de 2002, SU- 039 de 1997, SU-510 de 1998; T- 488 de 1992 y T-422 de 1992 como precedentes relevantes.

COLOMBIA 9

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia T-603/05, de 9 de junio de 2005 (Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández)

Palabras claves: elecciones; consulta y participación; organización política; instituciones; niños, niñas y adolescentes indígenas; acceso a la justicia.

Sumario de los hechos: Dos adolescentes indígenas de 16 y 17 años inician acción de tutela (equivalente al amparo), alegando violaciones a los derechos fundamentales a manifestar su opinión, a la participación, al sufragio, a la integridad étnica, cultural, social y económica y supervivencia de los pueblos indígenas, los derechos de los niños y a la igualdad. Denuncian que la forma de realización de las elecciones en la comunidad indígena a la que pertenecen impidió votar a más de la mitad de los habilitados para hacerlo, debido a problemas organizativos y a la manipulación política de las autoridades. Reclaman la anulación de la elección, su nueva realización y la suspensión de la toma de posesión del alcalde electo en esa elección. Cabe señalar que, de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad indígena, el derecho de voto puede ejercerse a partir de los 15 años –a diferencia del régimen general, en la que la edad de la ciudadanía política es la de 18 años.

La Corte subraya el carácter fundamental del derecho al voto y a la participación, y reafirma el derecho de las comunidades indígenas a preservar sus usos y costumbres y a mantener su identidad cultural. Señala, sin embargo, que si bien las comunidades indígenas gozan de autonomía para la elección de sus autoridades conforme a sus usos y costumbre, es su deber también garantizar una adecuada, conciente y eficiente organización de los procesos electorales, de manera que se facilite la realización del derecho al voto a todos los miembros de la comunidad.

Sobre el caso concreto, la Corte Constitucional da por probados los hechos alegados, y considera que las deficiencias presentadas en el mecanismo electoral diseñado según los usos y costumbres de la comunidad han violado los derechos fundamentales alegados y en especial del derecho a la participación y al sufragio, en tanto se restringió injustificadamente su ejercicio, al igual que el de un número significativo de personas pertenecientes a la comunidad que tampoco pudieron votar por los mismos motivos. Ordena, por ende, a las autoridades de la comunidad tomar las medidas necesarias para garantizar a todos sus integrantes el libre ejercicio al voto, de conformidad con el principio democrático de participación ciudadana.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 40, 258 y 330; Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 2, 4, 5, 6, 7 y 8.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “En el plano del derecho internacional, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por nuestro país mediante la Ley 21 de 1991, se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas y el reconocimiento de los derechos fundamentales constitucionales en sus territorios, como

límite al principio de diversidad étnica, al reconocer la aspiración de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, así como su desarrollo económico y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones.

Es así como el citado instrumento internacional dispone que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática *“con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”*, acción que deberá incluir medidas tendientes a promover la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (art. 2° literal b); también deberán adoptar medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados (art. 4° num. 1°); igualmente los Estados partes deben respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos (art. 5° literal b); establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin (art. 6° literal c).

Particularmente el Convenio garantiza el derecho de las comunidades indígenas a *“decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”* (art. 7° num. 1°).

Igualmente dispone que *“al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, garantizando a dichos pueblos el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”*, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 8 n.ºs. 1° y 2°).”

Comentarios: Dos aspectos de la sentencia merecen ser destacados. El primero es la tutela del derecho fundamental de votar para adolescentes, en aplicación directa de usos y costumbres indígenas. Si bien la Constitución Política de Colombia no garantiza el derecho de voto a adolescentes, la Corte Constitucional –haciendo empleo implícito del principio *Pro homine*– extiende la protección de la acción de tutela a la extensión de ese derecho fundamental a los adolescentes efectuada por el derecho consuetudinario indígena.

La segunda es el sometimiento de la autonomía de las comunidades indígenas –en este caso, en materia de elecciones de sus autoridades– al control de constitucionalidad, como garantía de los derechos de los miembros de la comunidad.

En ambos casos, la Corte Constitucional encuentra apoyatura en el Convenio núm. 169, al que emplea como marco general de interpretación.

COLOMBIA 10

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia T-737/05, de 14 de julio de 2005 (Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis)

Palabras claves: consulta y participación; instituciones; organización política; acceso a la justicia; procedimientos de supervisión de la OIT.

Sumario de los hechos: Los peticionarios, autoridades del Cabildo Indígena Yanacona Villamaría de Mocoa interpone acción de tutela (equivalente al amparo en Colombia) en contra del Alcalde Municipal de Mocoa, alegando violaciones a sus derechos fundamentales de petición, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, debido proceso y el principio de respeto y reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. Señalan que como miembros del Pueblo Indígena Yanacona, los integrantes del cabildo, luego de obtener el aval de su Cabildo Mayor y de la Organización Zonal Indígena, solicitaron del alcalde su reconocimiento como autoridades, de acuerdo con la ley vigente. El alcalde rechazó la petición, por cuanto previamente había efectuado un reconocimiento a otras autoridades de ese Cabildo Indígena Yanacona Villamaría. Los peticionarios, sin embargo, señalan que dicho “cabildo y autoridades reconocidas” corresponde a un grupo de familias que se separaron de su parcialidad indígena y que de manera abusiva usurparon su nombre y su derecho como cabildo. Los accionantes solicitaron al Alcalde de Mocoa la revocatoria del acto por el cual reconoció otra persona como gobernador del Cabildo Yanacona de esa municipalidad, y que procediera a reconocerlos a ellos como autoridades legítimas. El alcalde también rechazó la nueva petición, argumentando que la revocatoria fue presentada tardíamente, y que las autoridades del cabildo reconocido ya habían asumido su cargo.

La Corte Constitucional destaca el derecho fundamental al reconocimiento y a la especial protección que merece la diversidad étnica y cultural, dada la pluralidad de pueblos indígenas que habitan en Colombia. Recuerda además la obligación estatal, establecida por el Convenio núm. 169, de convocar a consultas previas con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas, respecto de todas aquellas decisiones que involucren sus intereses, a través de mecanismos que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas comunidades.

La Corte Constitucional sostuvo que, dado el conflicto entre los distintos grupos de la comunidad, el Alcalde debió haber convocado a una consulta. La falta de convocatoria a una consulta en los términos del Convenio núm. 169 de la OIT, por ende, constituye para la Corte Constitucional una vulneración a los derechos a la diversidad e integridad étnica y cultural y al debido proceso de los accionantes. El Tribunal ordena el inicio del proceso consultivo y la posterior realización de una consulta con la comunidad del pueblo Yanacona, con previo asesoramiento del Instituto Colombiano de Antropología.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia, artículos 7, 8, 9, 23, 68, 70, 72, 329 y 330; Convenio núm. 169 de la OIT, artículo 6.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “En esta medida, la protección de los territorios de dichas comunidades indígenas o étnicas se ve reflejada en la controlada explotación de los recursos naturales que existan y en las garantías de desarrollo económico, social, educativo y en salud de los cuales merecen beneficiarse dichas comunidades. De otro lado, el Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las comunidades étnicas e indígenas del país, respeto de todas aquellas decisiones que involucren sus interés, ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales, para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades, así como lo señala el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991: [cita el artículo]

(...)

Así, se imprime un especial respeto por la multiculturalidad en nuestro territorio nacional, procurando con ello la plena aplicación a los deberes constitucionales impuestos al Estado a favor de estos grupos sociales y extendiendo dicho compromiso respecto de los acuerdos de derecho internacional que se hayan suscrito sobre el particular.

De esta manera, mediante Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, relativa a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, se impone a los estados en los que existan poblaciones indígenas, el deber de asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir, como lo señala la misma Ley 21 de 1991, la promoción y plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, así como a sus instituciones”.

(...)

“En consecuencia, la protección constitucional y la ratificación por parte del Estado colombiano de instrumentos jurídicos de carácter internacional que velan por la integridad de los pueblos indígenas, pretende antes que nada, asegurar que estos últimos preserven de manera autónoma e independiente, la vigencia de su cultura, su estructura social y económica según su propia visión del mundo, en claro respeto a su derecho a la diferencia. Por ello, estos pueblos, tienen garantizado el respeto de su cultura y su permanencia hacia el futuro.

De esta manera, la importancia del Convenio 169 de 1989 de la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena”.

(...)

“Ahora bien, el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo. Ciertamente, el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.

En este contexto, debe señalarse que al no haberse hecho la consulta previa por parte del Estado para la expedición del Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamentaba el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales en su territorio, llevó a que el Consejo de Administración de la OIT examinara reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y la Central Unitaria de Trabajadores, en la que recomendó al Gobierno nacional modificar el decreto 1320 de 1998, adecuándolo al Convenio 169, para lo cual deberá consultar de manera previa con los pueblos indígenas de Colombia. Igualmente instó al Gobierno para que estableciera *“consultas en cada caso concreto, conjuntamente con los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, o antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras”*.

De esta manera, el proceso de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones del Estado colombiano cuando quiera que éstas involucren sus intereses se desarrolla dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades.

Aunado a los procesos consultivos que deberá desarrollar el Estado en cada caso en particular, y siempre que alguna de sus actuaciones involucre o afecte intereses de los pueblos indígenas, debe advertirse que los procesos organizativos de tipo social y político en cada una de las parcialidades o pueblos indígenas, se estructura a partir de sus normas internas o reglamentos, que buscan propender por la protección y desarrollo de su cultura, su ideología y sus costumbres ancestrales, asegurando la permanencia en el tiempo de la multiculturalidad que se señala en la Carta Política y que además se garantiza en los términos del artículo 7° de la misma. Por esta razón los procesos de consulta previa que se hagan a los pueblos indígenas y la forma en que dicha consulta se habrá de hacer, deberá igualmente ser consultada de forma anticipada con estos pueblos indígenas en cumplimiento de lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT”.

(...)

“Así, y ante los anteriores acontecimientos, el Alcalde Municipal de Mocoa, al encontrarse enfrentado a un conflicto de estas características en donde están en juego los intereses de la

comunidad indígena Yanacona, debió de manera inmediata proceder a convocar a una consulta a las partes involucradas tal y como lo dispone el Convenio 169 de 1989 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991 y como se planteara en varias decisiones tomadas por esta Corporación”.

(...)

“Por ello, y en la medida en que el accionado no dio en su momento aplicación a las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, en especial las relacionadas con la consulta previa que debió haberse adelantado frente a la comunidad Yanacona, si debió proceder a convocar a una consulta de manera inmediata, tan pronto como percibió el conflicto entre los grupos en los cuales dicho pueblo se había dividido”.

Comentarios: Además de reafirmar principios de interpretación ya establecidos en casos anteriores, esta sentencia resulta interesante porque la Corte Constitucional hace aplicable la obligación de consulta a las comunidades indígenas, en los términos del artículo 6 del Convenio núm. 169, a un conflicto entre distintos grupos del mismo pueblo indígena –es decir, a un conflicto intracomunitario, y no, como en otros casos, a un conflicto entre la comunidad y autoridades ajenas a ella.

Cabe también señalar que la sentencia recoge las recomendaciones hechas a Colombia por el Consejo de Administración de la OIT, a raíz de una reclamación presentada por sindicatos, respecto del incumplimiento de la convocatoria a consulta previa con los pueblos indígenas antes de modificar legislación que los afecta.

COLOMBIA 11

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia T-778/05, de 27 de julio de 2005 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa)

Palabras claves: elecciones; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; medidas especiales, consulta y participación; organización política; derecho consuetudinario; mujeres indígenas, áreas urbanas.

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de tutela (equivalente del amparo en Colombia) contra una sentencia judicial que anuló la elección de una candidata a concejal (miembro del Consejo Municipal) de la ciudad de Bogotá, por no cumplir con la edad mínima (de 25 años) establecida en el decreto que regula las condiciones para ser elegido concejal. La candidata electa, de origen indígena Arhuaco, alega la inconstitucionalidad de la aplicación del artículo que establece el requisito de edad a su caso y, por ende, solicita que se revoque la sentencia y que se le permita asumir el cargo electivo. De acuerdo con la impugnante, el requisito, aplicado a la candidata de origen indígena, vulnera los derechos a la identidad cultural de los pueblos indígenas, el carácter multiétnico y pluricultural del Estado colombiano y sus derechos políticos.

La Corte recoge su jurisprudencia sobre el carácter multiétnico y pluricultural del Estado colombiano, de acuerdo con la Constitución Política de Colombia y con el Convenio núm. 169 de la OIT. El Tribunal desarrolla distintos aspectos del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, señalando que –de acuerdo a la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional– se trata de un derecho fundamental, protegido constitucionalmente. Subraya también que una de las posibles consecuencias del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es el establecimiento de excepciones a normas de alcance general que rigen para el resto de la comunidad, cuando estas normas estén en conflicto con los valores culturales de la comunidad. En cuanto al ámbito territorial de aplicación del derecho a la identidad cultural, el Tribunal sostiene que ese derecho no se restringe al lugar donde está ubicada la comunidad, dado que el principio de diversidad étnica y cultural “es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho”. Aunque algunas manifestaciones del derecho a la identidad cultural puedan estar circunscritas al territorio de una comunidad (en particular, aquellos directamente ligados al territorio), el Tribunal afirma que este no es el caso del derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política.

En el caso concreto, la Corte da por probado –valorando al respecto pericias antropológicas– que la impugnante es indígena, y que en la comunidad Arhuaca la madurez en el plano político se alcanza “cuando habiendo pasado por los rituales de bautizo y menstruación, da señales de querer actuar públicamente”. La Corte advierte también que el requisito de la edad mínima no está establecido por la Constitución, sino por un decreto. El Tribunal concluye que la aplicación del requisito de edad mínima para ser concejal vulnera el derecho de la impugnante al goce efectivo del derecho a la identidad cultural, y decide que en el caso es necesaria la aplicación de una excepción por diversidad etnocultural a ese requisito. De acuerdo con la Corte

Constitucional, “[c]omo el derecho a la identidad cultural en el ejercicio de la representación política no se encuentra circunscrito a un ámbito territorial ni anulado por la pertenencia a un movimiento político que no es exclusivamente indígena, la tutelante puede ejercer dicho derecho de acuerdo a las costumbres de su comunidad”. En consecuencia, la Corte concede el amparo, suspende los efectos del fallo que anulaba la elección de la impugnante, y dispone que asuma el cargo para el cual fue elegida.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 7, 63, 70, 108, 171, 176, 246, 329 y 330; Convenio núm. 169 de la OIT.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “En desarrollo del principio de diversidad cultural las comunidades indígenas ostentan la titularidad de derechos fundamentales como sujetos colectivos. La sentencia SU-510 de 1998 es ilustrativa de este avance conceptual, además de unificar la jurisprudencia sobre el tema hasta ese momento.

En la sentencia SU- 510 de 1998 se revisó el caso de unos miembros de la comunidad Ika que abandonaron sus creencias religiosas tradicionales para acoger la religión evangélica. Los demandantes alegaban que las autoridades arhuacas los sancionaban colgándolos de los árboles, entre otras cosas, y que se estaba violando el derecho de los evangélicos a profesar su religión. La Corte decidió proteger el derecho a la diversidad cultural y étnica encontrando una limitación válida al derecho a la libertad de religión. La Corte consideró permisible que las autoridades tradicionales que prohibían el proselitismo religioso en su territorio sancionaran a sus miembros por actos externos contrarios a la religión Ika y, por lo tanto, contrarios al derecho del pueblo indígena a preservar su identidad cultural dada la trascendencia de la religión en la comunidad. En la sentencia, la Corte se pronunció de la siguiente manera respecto del principio de diversidad étnica y cultural:

43. En general, la Corporación ha entendido que los artículos 1° y 7° de la Carta Política consagran el principio de respeto a la integridad y diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los artículos 8° (protección de la riqueza cultural de la nación), 9° (derecho a la autodeterminación de los pueblos), 10 (oficialidad de lenguas y dialectos de los grupos étnicos), 68 (respeto a la identidad en materia educativa), 70 (cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas) y 72 (protección del patrimonio arqueológico de la nación) constitucionales. A este respecto, no sobra advertir que las normas constitucionales citadas, sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades indígenas, resultan fortalecidas y complementadas por lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.”

(...)

“Otra manifestación del derecho a la identidad cultural, que ha sido objeto de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, corresponde al derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas y respetando su organización política, cada vez que se vayan a adoptar medidas susceptibles de afectarlas directamente en sus territorios en ciertas materias

definidas jurídicamente, derecho que ha sido calificado como derecho fundamental de las comunidades indígenas. Respecto al tema, la jurisprudencia se ha pronunciado estableciendo que el Convenio 169 de 1.989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1.991 hace parte del bloque de constitucionalidad, reforzando la protección al principio establecido en el artículo 7 de la Constitución”.

(...)

“Otra manifestación del derecho a la identidad cultural es el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. El derecho a la autodeterminación es un derecho colectivo que recae sobre los pueblos y que ha sido reconocido en tratados internacionales, aprobados y ratificados por el Estado colombiano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Convenio 169 de la OIT, al igual que en nuestra propia Constitución en su artículo 330. El derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas ha sido abordado por la Corte Constitucional en varias ocasiones y se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas de autogobernarse de conformidad con sus propias tradiciones y así asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y orientar su evolución económica y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones”.

Comentarios: La novedad interesante que trae esta sentencia es la de la aplicación de la norma cultural propia de la comunidad indígena (en el caso, sobre la edad desde la cual se adquiere madurez para la representación política) en una elección general –es decir, no limitada a una comunidad o resguardo indígena. La Corte emplea normas de la Constitución y del Convenio núm. 169 para sostener que el carácter multicultural y pluriétnico del Estado colombiano implica el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas en todo el territorio. De allí, la Corte deriva la preeminencia de la norma consuetudinaria Arhuaca respecto de la edad a partir de la cual se considera a las personas maduras para la actividad política, por sobre el decreto que establece el límite mínimo de edad.

COLOMBIA 12

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia T-382/06, de 22 de mayo de 2006 (Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas)

Palabras clave: consulta y participación; organización política; medio ambiente, salud, educación.

Sumario de los hechos: Los demandantes, representantes de las etnias Uitoto, Andoque, Muinane Monoyuna, consideran que el Gobierno Nacional y el Congreso de la República vulneraron el derecho a de las comunidades indígenas a la consulta previa al tramitar el proyecto sobre la Ley Forestal. Fundan su demanda en normas constitucionales y en el Convenio núm. 169 de la OIT. Los demandados responden, por su parte, que la acción de tutela no era la vía adecuada para atacar un acto de carácter general.

La Corte Constitucional, reiteró aquí su jurisprudencia acerca del carácter constitucional del derecho a la consulta previa de las comunidades y su sustento en el Convenio núm. 169 de la OIT. De allí concluyó que, a la luz de lo establecido previamente en la sentencia C-891 de 2002, las autoridades deben brindar a las comunidades indígenas todos los elementos necesarios para que incluso antes y durante el trámite legislativo, esas comunidades conozcan los proyectos, se informen de manera clara y precisa y puedan participar en el debate legislativo según sus intereses.

Sin embargo, la Corte consideró que la vía elegida no era la idónea, pues la tutela no procede contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, como las leyes y otros actos legislativos. La Corte advierte, de todos modos, que dado que la ley está vigente, está abierta la vía de la acción de inconstitucionalidad.

Derecho aplicable: Constitución Política, artículos 40.2, 93, 171 y 330; Decreto 1797 de 1996, artículos 12 y 13; Convenio núm. 169 de la OIT, artículo 34.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “3.3.2. No obstante lo anterior, con base en la pedagogía constitucional que debe promover esta Corte, la Sala procederá a precisar si, conforme lo consideraron las instancias de la presente tutela, el amparo es absolutamente improcedente por esta misma causal, para proteger el derecho de consulta previa de las comunidades indígenas frente al trámite de un proyecto de ley en el Congreso de la República.

Para este efecto, es útil diferenciar preliminarmente los escenarios que comprometen la operatividad del derecho. La importancia de distinguir cada uno de estos contextos es indudable, si se tiene en cuenta el antedicho mandato de *flexibilidad* previsto en el artículo 34 del Convenio 169. De acuerdo a éste, los Estados tienen un margen flexible para establecer a través de la Ley o la Constitución las medidas que hagan efectiva la consulta previa. Por tanto, debido a que el alcance del derecho depende de las características, procedimientos y los límites previstos para cada ámbito de poder –bien sea administrativo o legislativo- la acción de tutela debe remitirse a ellos a fin de establecer el alcance concreto del derecho en cada uno. No tiene

la misma repercusión o igual contenido, la consulta que se efectúa para el otorgamiento de una licencia ambiental, conforme a la Ley 99 de 1993, frente a la que se realiza para la formación de una iniciativa legislativa.

Así pues, los escenarios en los que podemos agrupar el desenvolvimiento del derecho de consulta previa son: el primero, la construcción de la iniciativa gubernamental antes de presentar el texto ante el congreso; el segundo se refiere, en estricto, a la eficacia del derecho durante el trámite de un proyecto de ley y, el tercero, aplica a la práctica del derecho en sede administrativa, cuando se ejecutan actos específicos o individuales que puedan afectar o interesar a las comunidades indígenas, v. g. la expedición de una licencia ambiental, la constitución de una concesión, la ejecución de un programa de fumigación de cultivos ilícitos⁵⁴⁾ o la contratación de una obra⁵⁵⁾.

Los dos primeros escenarios, conforme a lo establecido en el Convenio 169 de 1989, constituyen dos puntos de referencia a partir de los cuales se puede hacer efectiva la consulta previa y la participación de las comunidades indígenas, ante medidas o actos de carácter legislativo.

a.- El primero, como se observó, comprende la obligación que tiene el Gobierno de concertar con los pueblos indígenas, a través de sus diferentes herramientas institucionales, los proyectos de ley que pretenda presentar ante el legislativo. Sobre el particular podemos observar que la jurisprudencia ha consentido la posibilidad de usar talleres preparatorios en los cuales se informe debidamente cuáles son las medidas normativas a presentar y qué tipo de consecuencias pueden tener éstas sobre cada tribu, para después efectuar la Mesa de Concertación respectiva. Más sin embargo, tal y como se anotó, lo anterior no obsta para que en caso de no llegarse a un consenso, una vez agotados de buena fe todos los recursos administrativos para llegar a éste, se presente el proyecto de ley ante el Congreso.

(...)

b.- Ahora bien, el segundo evento en el cual se compromete la efectividad del derecho de consulta previa es el trámite de un proyecto de ley al interior del Congreso. De acuerdo a los jueces de instancia en ningún evento procede el amparo de los derechos fundamentales cuando se encuentre bajo trámite un proyecto de ley conforme al artículo 6° numeral 5 del Decreto 2591 de 1991. Inclusive consideraron que frente a éste procede exclusivamente la acción de inconstitucionalidad. Al respecto esta Sala debe precisar que tratándose del derecho de participación y de consulta previa de las comunidades indígenas, la tutela sería excepcionalmente procedente para garantizar que el núcleo esencial de los derechos de estas minorías en el parlamento sea respetado. Por supuesto, el juez no tiene potestades para inmiscuirse en los términos o conclusiones de un debate o para influir la regla de mayorías que gobierna las decisiones del legislativo. El amparo, conforme a la ratio decidendi de la sentencia T-983A de 2004, se limitaría a proteger los privilegios y poderes esenciales asignados a congresistas y ciudadanos conforme a los términos estrictos señalados en el reglamento orgánico que rige los procedimientos parlamentarios”.

54) Cfr. sentencia SU-383 de 2003, citada.

55) Cfr. sentencia T-652 de 1998, citada.

Comentarios: Aunque la acción es finalmente rechazada por no haberse elegido la vía procesal adecuada, la sentencia es interesante porque ofrece pautas para la aplicación del derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la consulta antes de la toma de decisiones que puedan afectarlos al trámite de discusión parlamentaria de una ley. Para ello, empleando la noción de “flexibilidad” mencionada en el artículo 34 del Convenio núm. 169, la Corte sugiere algunas de las vías a través de las cuales podría hacerse efectivo el derecho a la consulta antes y durante el trámite parlamentario.

La Corte señala, además, que queda abierta la vía de la acción de constitucionalidad, y en una sentencia posterior en la que tuvo la oportunidad de juzgar un planteo similar a través de esa vía, declaró la inconstitucionalidad de la Ley Forestal –entre otros argumentos, por violación al derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes⁵⁶⁾.

56) Ver Sentencia C-030/08, de 23 de enero de 2008 (Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil).

COLOMBIA 13

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia T-704/06, de 22 de agosto de 2006 (Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto).

Palabras claves: medidas especiales; acciones positivas; obligaciones positivas; derechos económicos, sociales y culturales; derechos humanos; derechos colectivos; acceso a la justicia.

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de tutela (equivalente al amparo en Colombia) iniciada por la asociación de jefes de una comunidad indígena en situación de extrema pobreza contra autoridades municipales y nacionales. La comunidad denuncia la omisión de las autoridades involucradas en hacer efectiva la entrega de partidas presupuestarias destinadas a la comunidad y correspondientes a cuatro años. De acuerdo con la demanda, la autoridad municipal de Uribia no ha hecho entrega de las partidas correspondientes, y se niega a incluir en el Convenio interadministrativo que es necesario formalizar para la ejecución de las partidas y el reconocimiento de la deuda anterior. La demanda se dirige también contra las autoridades nacionales que debieron fiscalizar la entrega de fondos y no lo han hecho. Los representantes de la comunidad alegan violaciones a los derechos a la dignidad humana, a la participación, a la autonomía de las comunidades indígenas, al reconocimiento de la diversidad cultural, a no ser discriminado por razones culturales, a la salud, a la educación, al reconocimiento de la personería jurídica y a peticionar a las autoridades. Fundan la acción en normas constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos, incluido el Convenio núm. 169 de la OIT.

La Corte recuerda las obligaciones constitucionales y las internacionales asumidas por el Estado colombiano en materia de respeto a la subsistencia e identidad cultural de los pueblos indígenas, refiriéndose de manera destacada al Convenio núm. 169 de la OIT. El Tribunal señala que el Estado está obligado poner en marcha acciones positivas para el pleno goce de estos derechos por las comunidades indígenas, subrayando la estrecha relación entre el goce de derechos económicos, sociales y culturales, y el goce del derecho a la subsistencia e identidad cultural. Esto se traduce en la obligación de aportar a las comunidades indígenas, en especial a aquellas más postergadas, los recursos necesarios para satisfacer tales derechos. Destaca también que, pese a la existencia de regímenes descentralizados de repartición de competencias en un Estado, rigen los principios de coordinación, subsidiaridad, concurrencia y solidaridad –de acuerdo con los cuales, todas las entidades territoriales involucradas tienen responsabilidad en asegurar que los recursos lleguen efectivamente a las comunidades indígenas.

En el caso concreto, el Tribunal da por probado que, pese a que los recursos fueron girados al municipio, esta entidad no los entregó a la comunidad, y tampoco consta que los haya reservado. No obstante, la Corte también declara responsables de la violación del derecho de la comunidad indígena a los órganos departamentales y nacionales, por falta de controles acerca de la efectiva entrega de los fondos a las comunidades. La Corte señala también que el Estado tenía la obligación de capacitar a la comunidad para que fiscalizara adecuadamente la entrega de los recursos –obligación que tampoco ha cumplido. En conclusión, la Corte declara violados los derechos al respeto de la dignidad humana, a la salud, a la educación, a la participación y

a la autonomía de las comunidades indígenas, y a no ser discriminado por razones culturales. La Corte dispone, como forma de reparación, la entrega de los recursos que correspondían a la comunidad indígena y no fueron entregados, dividiendo la carga financiera entre los órganos declarados responsables. Ordena también al municipio la firma del Convenio interadministrativo necesario para la entrega de los fondos.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia, artículos 1, 7, 8, 9, 10, 13, 49, 63, 67, 68, 70, 72, 93 y 330; Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 2, 6 y 7.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “12.- El Convenio 169 de la OIT *“sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”* fue aprobado en Colombia por la Ley 21 de 1991. Este documento es vinculante para el Estado colombiano y ocupa un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico constitucional según lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 93 superior. En esta línea de pensamiento, el Convenio 169 de la OIT pertenece al llamado bloque de constitucionalidad y ha de tenerse en cuenta como canon de interpretación de los derechos constitucionales fundamentales. Debe, por consiguiente, servir de punto de referencia para fijar el sentido y alcance del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

El Preámbulo del Convenio núm. 169 de la OIT evoca, en primer lugar, el papel que han desempeñado tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como otros numerosos instrumentos internacionales orientados a impedir la discriminación, en relación con la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo y cómo, gracias a ello, a partir de 1957 comenzaron a adoptarse medidas dirigidas a que los pueblos indígenas asuman por sí mismos *“el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico [para poder] mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”* (Énfasis añadido).

En la parte preliminar del Convenio se destacan, entre otros, los siguientes reconocimientos y observaciones: (i) que en muchos países los pueblos indígenas no pueden gozar de sus derechos humanos fundamentales en el mismo grado en el que lo hace el resto de la población; (ii) que las leyes, valores, costumbres y cosmovisiones propias de los pueblos indígenas han sufrido, con frecuencia, una fuerte erosión; (iii) que es preciso recordar la gran contribución que los pueblos indígenas y tribales han realizado a la diversidad cultural, a *la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.*

En este orden de ideas, el Convenio tiene el propósito de continuar y acentuar los aportes hechos por Naciones Unidas, por algunas de sus agencias (la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Organización Mundial de la Salud) y por el Instituto Indigenista Interamericano. El Convenio consta de diez partes. A continuación, considera pertinente la Sala pronunciarse sobre algunos de los artículos contenidos en la parte de Política General del Convenio.

El artículo 2º del Convenio pone énfasis en la responsabilidad que le cabe a los Gobiernos en

relación con la necesidad de desarrollar – con la debida participación de los pueblos indígenas – una acción coordinada y sistemática que busque garantizar el respeto por los derechos de los pueblos indígenas y asegurar su integridad. Estas acciones deben incluir, entre otras, que los pueblos indígenas estén habilitados para disfrutar los derechos y oportunidades que se desprenden de la legislación nacional de la misma manera en que lo hacen los otros miembros de la población.

Esta acción también estará orientada a procurar el pleno ejercicio de los derechos sociales económicos y culturales de estos pueblos y a respetar tanto su diversidad social y cultural como sus costumbres, tradiciones e instituciones. Las acciones deben procurar, del mismo modo, que se eliminen las diferencias socioeconómicas existentes entre los miembros de los pueblos indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional. Lo anterior, subraya el artículo 2º, debe efectuarse de manera tal que las actuaciones armonicen con las aspiraciones y formas de vida propias de los pueblos indígenas.

El artículo 6º del Convenio prescribe, por su parte, las condiciones que deberán cumplir los gobiernos para aplicar el Convenio 169 de 1989. Enfatiza, de un lado, la necesidad de que cada vez que se proponga dictar alguna medida, bien sea de carácter legislativo o bien de orden administrativo - susceptible de afectar los intereses de los pueblos indígenas - es preciso consultarlos por medio de mecanismos apropiados y garantizarles, particularmente, acceso a instituciones donde tales pueblos indígenas tengan representación. Subraya, de otro lado el artículo 6º, la necesidad de asegurar la existencia efectiva de medios que hagan posible esta libre participación de los pueblos indígenas en los asuntos que puedan afectar sus intereses, al menos en la misma medida en que otros sectores de la población participan en la defensa de sus propios intereses.

Según lo dispuesto por el artículo 6º, es imprescindible facilitar a los pueblos indígenas escenarios e instrumentos para el desarrollo de sus propias instituciones así como para que puedan presentar sus propias iniciativas y dotarlos de los recursos necesarios para tales efectos. Insiste el artículo 6º, por lo demás, en que lo preceptuado en el Convenio debe efectuarse de buena fe, ajustándose a las circunstancias y con el fin de llegar a acuerdos o a decisiones donde medie el consentimiento de los pueblos indígenas sobre las medidas propuestas.

Especial relevancia adquiere lo dispuesto en el artículo 7º en el cual se subraya los alcances del derecho de las comunidades indígenas a participar en la decisión de sus asuntos. En lo que concierne al proceso de desarrollo así como en el manejo de las tierras que ocupan, los pueblos indígenas deben poder definir sus propias prioridades en armonía con sus creencias, instituciones y bienestar espiritual y deben poder controlar su desenvolvimiento en el ámbito económico, social y cultural.

Insiste el artículo 7º en la necesidad de habilitar a los pueblos indígenas para que participen *“en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”* Añade, que los planes de desarrollo económico global de las regiones habitadas por los pueblos indígenas deben prever de maneja prioritaria *“el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación.”*

Se puede decir, en suma, que la parte donde se fija la política general del Convenio pone énfasis en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y, de ese modo, proporcionarles espacios, instrumentos y recursos suficientes para participar libre, autónoma y activamente en la formulación, ejecución, control y evaluación de las medidas de orden legislativo o administrativo que puedan afectar sus intereses, de modo, que se respeten sus tradiciones, costumbres e instituciones y se promueva su mejoramiento en todos los frentes.

Se acentúa, de otra parte, la necesidad de un permanente trabajo de cooperación con fundamento en estudios que evalúen el impacto social, espiritual y cultural o la incidencia que sobre el medio ambiente puedan tener las medidas legislativas o reglamentarias adoptadas. La cooperación con los pueblos interesados así como la preservación del medio ambiente tendrán prioridad en las políticas que adopten los gobiernos”.

(...)

“En esta misma línea de argumentación es deber del Estado garantizar la disponibilidad de recursos, emitir un grupo de medidas y realizar un conjunto de tareas y actuaciones dirigidas a asegurar que se cumplan las condiciones para hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales. Las omisiones del Estado en relación con este propósito puede acarrear el grave desconocimiento de estos derechos. No cosa distinta se desprende de lo establecido en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, en la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas y en la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como tuvo oportunidad de indicarlo la Sala en párrafos precedentes, el Convenio, la Declaración y la jurisprudencia del Tribunal asentado en San José de Costa Rica exigen que el Estado proporcione a las comunidades indígenas los recursos suficientes, que tanto en el ámbito nacional como en el territorial se adopten las medidas pertinentes y se desplieguen actuaciones conducentes a asegurar una efectiva participación de las comunidades indígenas en los asuntos que puedan afectar sus intereses y puedan hacerlo de manera autónoma, sin imposiciones, del modo que mejor concuerde con sus propias tradiciones e instituciones”.

(...)

“17.- No es suficiente, por tanto, que la Constitución, los Pactos Internacionales aprobados y ratificados por Colombia establezcan un conjunto de derechos por medio de los cuales se afirme el reconocimiento y protección del derecho a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Es preciso que se garanticen también las vías para hacer factible este derecho en la práctica. De lo contrario, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas correría el riesgo de verse convertido en letra muerta. De ahí la estrecha conexión entre los derechos políticos y civiles, los derechos sociales económicos y culturales y los derechos colectivos. La realización efectiva de los derechos sociales es conditio sine qua non para garantizar el goce del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Para ponerlo en otros términos: sin la garantía de cumplimiento de los derechos sociales, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas se vería por entero vaciado de contenido.

Así por ejemplo, el artículo 25 del Convenio núm. 169 de 1989 determina que los gobiernos habrán de procurar que:

“se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.”

El artículo 25 subraya la importancia del carácter comunitario en la organización de estos servicios y destaca igualmente la necesidad de que se planeen y administren en cooperación con los pueblos interesados teniendo en cuenta, para tales efectos, “sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales”. Añade el artículo 25 que la prestación del servicio de salud debe coordinarse con otras medidas sociales, económicas y culturales que se adopten en el país.

En relación con el derecho a la educación, el artículo 26 del Convenio exige que los Estados adopten medidas con el propósito de que los miembros de los pueblos indígenas puedan “adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.” El artículo 27 prescribe, a su turno, que:

“los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.”

Insiste el artículo 27, muy especialmente, en la necesidad de asegurar a los pueblos indígenas la formación requerida para que puedan participar en la formulación y ejecución de programas de educación de suerte que la realización de esos programas se transfiera de modo progresivo a los pueblos indígenas. Subraya, por lo demás el artículo 27, que los gobiernos:

*deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. **Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.*** (Subrayas añadidas).
Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

(...)

“Aquí es preciso recordar que la situación de abandono y de pobreza en que se encuentran por lo general los pueblos indígenas – durante siglos objeto de la imposición o de la indiferencia estatal – y la falta de realización en la práctica de sus derechos constitucionales fundamentales puede llegar a diezmar de manera considerable el derecho que tienen las comunidades indígenas a participar de manera activa y conciente en el manejo de los asuntos que los afectan y termina por desconocer de facto el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Puede, incluso, conducir a la extinción misma de los pueblos indígenas. Es quizá por esta razón que el Convenio 169 de 1989 en su artículo 30 pone énfasis en la necesidad de que los Gobiernos adopten:

“medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.”

(...)

“44.- A juicio de la Sala, ninguna entidad estatal sea ella del nivel nacional o del nivel territorial puede permanecer indiferente en relación con la obligación que se desprende del artículo 7° superior y de los demás artículos constitucionales que desarrollan la exigencia constitucional de reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y que vincula a todas las autoridades públicas sin excepción. Las responsabilidades en cabeza de las entidades estatales tanto de orden nacional como territorial para efectos de cumplir con las participaciones de los Resguardos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación deben interpretarse de conformidad con la Constitución en su conjunto. Han de ejecutarse esas obligaciones, de buena fe de acuerdo con lo prescrito por el Convenio 169 de 1989 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991, por la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas y en armonía con los principios constitucionales de concurrencia, coordinación, subsidiariedad y solidaridad. De ahí que ni las entidades del orden nacional ni las del orden territorial puedan permanecer indiferentes ante al hecho de que los recursos de los Resguardos se desvíen o se manejen de manera irregular o en contradicción con los objetivos constitucionales, legales y reglamentarios”.

(...)

“58.- Respecto de la responsabilidad que le cabe a la Nación y al Departamento en relación con el asunto bajo examen, no sobra recordar aquí que antes de la vigencia de la Ley 715 de 2001 las obligaciones de las entidades del orden nacional, a saber, Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Gobierno y Ministerio de Hacienda y Crédito Público no se reducían al giro de los recursos. Lo anterior se mostró de manera detallada en párrafos precedentes. También se indicó que luego de la reforma, en el artículo 89 de la referida Ley 715, se dispuso que esa responsabilidad se restringiera únicamente al giro de los recursos. Señaló la Sala, no obstante, que esta disposición contenida en el artículo 89 de la citada Ley debía ser leída en consonancia con lo establecido por el ordenamiento constitucional en su conjunto, en armonía con las obligaciones derivadas de los compromisos internacionales contraídos por el Estado colombiano y, en particular, a la luz de lo dispuesto por el Convenio 169 de 1989 de la OIT y de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas para la protección del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas”.

Comentarios: Se trata de una importantísima sentencia, en la que la Corte Constitucional subraya el estrecho vínculo entre el derecho a la subsistencia y al respeto de la identidad cultural de las comunidades indígenas, y la adecuada entrega de recursos presupuestarios para que ello sea posible. El Tribunal emplea extensamente el Convenio núm. 169 de la OIT para identificar esas obligaciones positivas del Estado, como condición para el pleno goce de los derechos de las comunidades indígenas.

La Corte interviene enérgicamente, señalando responsabilidades de las diversas reparticiones del gobierno involucradas, en un caso en el que es evidente el inadecuado manejo de los fondos públicos por parte del municipio, y la falta de controles por parte de otros niveles de gobierno. Al respecto, es importante destacar que el Tribunal establece una relación directa entre la falta de entrega de fondos a la comunidad y la violación de sus derechos, y reconoce además a la comunidad el derecho a un recurso judicial para remediar esa violación.

COLOMBIA 14

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia C-208/07, de 21 de marzo de 2007 (Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil)

Palabras claves: educación; educación bilingüe; medidas especiales; acciones positivas; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; consulta y participación; derechos colectivos; status del Convenio en el derecho nacional.

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de inconstitucionalidad, iniciada por un miembro del Resguardo Indígena Nasa “Kwet Wala”, y dirigida contra el Decreto 1278 de 2002, que regula el concurso público para el ingreso al servicio educativo estatal, y omite toda mención a las particularidades de la educación en relación con los pueblos indígenas. De acuerdo con el impugnante, la imposición de un régimen uniforme de concurso para el ingreso al servicio educativo, sin tomar en cuenta las necesidades educativas específicas de los pueblos indígenas, vulnera el derecho de los pueblos indígenas a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural. El impugnante señala que en regímenes anteriores se establecieron excepciones a las normas generales –por ejemplo, estableciéndose que las comunidades indígenas seleccionaran entre sus miembros a los docentes, y la excepción a algunos requisitos formales como el título o el concurso–, como resultado de una consulta y concertación con los pueblos indígenas. En este caso, no hubo consulta previa, y el decreto no hace mención alguna a la educación en relación con los pueblos indígenas, ni establece ninguna excepción ni modulación. Esto permitiría que personas que no pertenezcan a los pueblos indígenas y que desconozcan su cultura puedan ejercer cargos docentes en las comunidades. Por ende –de acuerdo con el impugnante– el Decreto violaría tanto el derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los pueblos indígenas, como el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cuando se tomen medidas legislativas que puedan afectarlos. Cita al respecto normas constitucionales y del Convenio núm. 169 de la OIT.

La Corte Constitucional reafirma su jurisprudencia anterior sobre el derecho de las comunidades indígenas al respeto de su diversidad étnica y cultural, y subraya dos derechos que forman parte de ese derecho a la identidad cultural: el derecho a la consulta previa, y el derecho a la identidad educativa, a partir de bases constitucionales, que incluyen –mediante el empleo de la noción de “bloque de constitucionalidad”– las normas del Convenio núm. 169 de la OIT. De acuerdo a los principios fijados por la Corte de Constitucionalidad, toda decisión estatal que proyecte sus efectos sobre los intereses de los grupos indígenas –incluidas las referidas a la dotación de profesionales de la educación– requiere la participación y la consulta de esos grupos en el proceso. En relación con el derecho a la identidad educativa, este se concreta en el derecho a recibir del Estado una educación especial, ajustada a sus requerimientos culturales.

La Corte considera que, pese a que la Ley General de Educación, que es objeto de reglamentación por vía del decreto impugnado, establece las bases de la educación especial para grupos étnicos, y pese a que reglamentos anteriores trataban la cuestión, la norma discutida ha omitido, al consagrar un nuevo Estatuto Docente de aplicación general, toda

mención específica a las medidas destinadas a asegurar el derecho a la identidad educativa de los pueblos indígenas. Aunque el Tribunal considera que el establecimiento de requisitos de concurso o un sistema de carrera no es per se violatorio del derecho a la identidad educativa, el decreto impugnado omite toda mención sobre las medidas destinadas a garantizar la identidad educativa de los pueblos indígenas, de modo que las autoridades estatales han incumplido con el mandato de adoptar medidas especiales en la materia aplicable a las comunidades indígenas. Esta omisión es, por ende, inconstitucional. La Corte decide que dado que la Ley General de Educación incluye principios que regulan la cuestión, el efecto de la sentencia será el de hacer inaplicable el decreto impugnado a las situaciones administrativas relacionadas con la dotación de establecimientos educativos situados en territorios indígenas que atienden a población indígena, hasta tanto el legislador no expida un estatuto que subsane la omisión y establezca las normas aplicables a los grupos indígenas.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia, artículos 7, 40.2, 67, 68, 70, 125, 150.23, 329, 330 y 365; Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 2, 6, 7 y 27; Ley General de Educación, artículos 55 a 63.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Es importante anotar que el tratamiento especial que la Constitución Política de 1991 dispensa a la diversidad étnica y cultural, encuentra pleno respaldo en el derecho internacional y, de manera específica, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.-, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Dicho instrumento, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional hace parte del bloque de constitucionalidad, desde su preámbulo deja en claro cuál es su objetivo, señalando que se ocupa de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a la participación, a la educación, a la cultura y al desarrollo, en el contexto global de la protección a su identidad y en el propósito de que las comunidades indígenas que subsisten en el planeta puedan gozar de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados miembros, y en consideración a la especial contribución de éstos pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.

En esa orientación, el Convenio impone a los gobiernos el deber de asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas y tribales interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de dichos pueblos y garantizar el respeto de su integridad (art. 2°). En palabras del mismo Convenio, dicha acción debe incluir medidas que cumplan los siguientes tres presupuestos básicos: (i) que aseguren a los miembros de las comunidades tradicionales gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional reconoce a los demás miembros de la población; (ii) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; y (iii) que ayuden a los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

En consecuencia, en atención a los mandatos constitucionales y a las disposiciones del citado Convenio, que propugnan por el pluralismo y por la protección de la identidad étnica y cultural, el Estado Colombiano tiene la altísima responsabilidad de adoptar un papel activo en el propósito

de lograr que las comunidades indígenas y tribales que habitan en el territorio nacional puedan asumir el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, dotándolas de los instrumentos que permitan el fortalecimiento de su identidad, educación, lengua y religión, para así asegurar la supervivencia de las comunidades tradicionales, las personas que la integran, su cultura, sus bienes y los territorios que ocupan”.

(...)

“Interpretando los mandatos contenidos en el artículo 7° de la Carta y 6° del Convenio 169 de la O.I.T., también la Corte ha expresado que el proceso consultivo que las autoridades gubernamentales tienen que llevar a cabo ante los grupos étnicos para adoptar una decisión que afecte sus intereses, “deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”. Ha dicho al respecto que “el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y en el artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado””.

(...)

“Este derecho fundamental de las comunidades indígenas a recibir una educación especial, también es reconocido por el Convenio 169 de la O.I.T. que, como se anotó anteriormente, se incorpora al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991 y hace parte del bloque de constitucionalidad, razón por la cual sus normas, al lado de la Carta Política, se constituyen en referente obligatorio para la Corte dentro del juicio de constitucionalidad de las leyes.

En los artículos 26, 27, 28 y 29, el citado instrumento, además de reivindicar la necesaria existencia del derecho a una identidad educativa para los grupos indígenas y tribales, se ocupa de definir su verdadero ámbito de aplicación disponiendo: (i) que debe garantizársele a los miembros de los pueblos indígenas interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional; (ii) que los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos autóctonos deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales; (iii) que la autoridad competente está en la obligación de asegurar la formación de maestros miembros de los grupos étnicos y garantizar su participación en la formulación y ejecución de los programas de educación; (iv) que la educación debe ser bilingüe al menos en los primeros años, lo cual significa que debe enseñarse a los miembros de las comunidades indígenas a leer y escribir en su propia lengua y en la lengua nacional; y, finalmente, (v) que deberán adoptarse medidas que permitan preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Tal y como puede observarse, en el campo de la implantación de un sistema de educación especial para los grupos étnicos, el Convenio núm. 169 de la O.I.T. prevé el mecanismo de

la consulta previa, al consagrar expresamente en su artículo 27 que *“Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”*.

En esa medida, no cabe duda que la consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental de éstos y, por tanto, debe estar presente en cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia; medidas que, además, deben adoptarse teniendo en cuenta las particulares condiciones de los distintos grupos étnicos, de manera que se les garantice y asegure la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia”.

(...)

“La Constitución Política y la Convención 169 de la O.I.T., suscrita por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, le otorgan un estatus especial a las comunidades nativas asentadas en el territorio nacional, entre las que se cuentan los grupos indígenas, al reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

(...)

De acuerdo con tal estatuto, la provisión de cargos docentes y directivos docentes para las comunidades indígenas estaría llamado a regirse por el sistema tradicional de concurso público abierto en él previsto, lo cual hace posible que cualquier persona, bajo las reglas generales, pueda aspirar a dichos cargos, desconociéndose la premisa de que los docentes de estas comunidades deben ser preferiblemente miembros de las mismas y conocedores de sus lenguas, dialectos, culturas, cosmogonías, cosmovisiones, usos, costumbres y creencias propias, conforme lo exigen la Constitución Política, la Convención núm. 169 de la O.I.T., incorporada al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991, e incluso la propia Ley General de Educación (Ley 115 de 1994).

(...)

Al respecto, no sobre reiterar que la Constitución Política y el Convenio núm. 169 de la O.I.T., le reconocen a los integrantes de los grupos étnicos el derecho a recibir una formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural, bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas y, en complemento de lo anterior, el derecho a que los programas y los servicios de educación destinados a dichos pueblos se encuentren regulados en la ley, y se desarrollen y apliquen en cooperación con sus autoridades más representativas, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Bajo ese entendido, es evidente que, aun en el supuesto de que los principios generales del régimen de carrera docente le resulten aplicables a las comunidades indígenas, las referidas especificidades no fueron tenidas en cuenta por el legislador, ignorando por completo la diferencia cultural que el ordenamiento jurídico les reconoce en el campo de la educación y la enseñanza.

Comentarios: La Corte Constitucional vigila aquí el cumplimiento de la obligación estatal de adoptar medidas especiales para garantizar que la educación impartida a los pueblos indígenas respete y promueva su identidad cultural. Es interesante recalcar aquí que lo que la Corte considera como omisión inconstitucional es la falta de un tratamiento específico de la cuestión –y por ende, el sometimiento de los pueblos indígenas al régimen general del Estatuto Docente, sin consideración de las necesidades educativas particulares de estos grupos.

La Corte reitera aquí parte de su jurisprudencia anterior relativa al bloque de constitucionalidad, empleando el Convenio núm. 169 de la OIT para identificar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, y las correlativas obligaciones estatales en la materia.

COLOMBIA 15

Tribunal: Corte Constitucional

Caso: Sentencia C-030/08, de 23 de enero de 2008 (Magistrado Ponente: Rodrigo Gil Escobar).

Palabras claves: tierras y territorios; consulta y participación; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; recursos naturales; derechos colectivos.

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de inconstitucionalidad dirigida contra la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006). La ley fue impugnada por haberse omitido la consulta previa establecida por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas por las disposiciones de la ley.

La Corte Constitucional reiteró la línea jurisprudencial trazada en materia de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como principio constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana. Destacó que esa especial protección se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones susceptibles de afectarlas, deber que surge de diversas normas constitucionales y del Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, dado que en el caso se cuestionaba la sanción de una ley sin consulta previa, la Corte agregó nuevos criterios a su jurisprudencia anterior. Así, la Corte señaló que, cuando se trata de proyectos de ley, el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente. La Corte aclaró, de todos modos, que la afectación directa puede darse tanto cuando el legislador decida expresamente regular las materias previstas por el Convenio 169, como cuando la medida, pese a su alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales. La Corte también agregó algunas consideraciones sobre la oportunidad y modo de realización de la consulta en caso de medidas legislativas, y sobre las posibles consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

La Corte consideró que pese a que existían en la ley previsiones conforme a las cuales se preservaba la autonomía de las comunidades indígenas y afrocolombianas para los aprovechamientos forestales en sus territorios, también se establecen políticas generales, definiciones, pautas y criterios susceptibles de afectar las áreas en las que de manera general se encuentran asentadas las comunidades indígenas y afrodescendientes, con la posibilidad de que ello repercuta sobre sus formas de vida y sobre la relación estrecha que mantienen con el bosque. De modo que, de acuerdo con el Tribunal, la adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que la misma las afectara negativamente, e incluso sobre el contenido mismo de las pautas y criterios que, aún cuando son de aplicación general, pueden tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales, o sobre sus formas de vida. La falta de consulta determina, para la Corte, la inconstitucionalidad de la norma. La Corte fija además las pautas que deben cumplirse para que la consulta pueda considerarse válida: poner en conocimiento de las comunidades el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera en que podría

afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo.

Derecho aplicado: Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93, 103, 329 y 330; Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 6, 20 y 21.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “De conformidad con la jurisprudencia constitucional, por otra parte, el derecho general de participación que tienen las comunidades indígenas de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, encuentra una manifestación especial en las previsiones del convenio 169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y conforme a las cuales los gobiernos deben “... consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.⁵⁷⁾”

“En ese contexto, la Corte Constitucional ha puntualizado que, en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, y que tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos”.

“De este modo, es posible apreciar que del marco del Convenio 169 de la OIT surgen dos grandes conjuntos de compromisos para los Estados signatarios, el primero, referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía”.

“4.2.2.2.1. En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas *directamente*, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan

57) Convenio 169 de la OIT, Artículo 6°,

la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afectan a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del Convenio 169.

(...)

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de *directa* que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de la misma procede cuando se trate de *aplicar las disposiciones del Convenio*. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales”.

“4.2.2.2. En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso señalar que en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar. Así, por ejemplo cuando de lo que se trata es de regular la intervención del Estado para la explotación de

recursos naturales en una determinada área del territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha comunidad, pero si de lo que se tratase, también por vía de ejemplo, fuera de regular la manera como, en general, debe surtir el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría que acudir a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta”.

“En primer lugar debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo. El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados”.

“[E]n la medida en que, como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno”.

“[S]ería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una

materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple provisiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas”.

“En este caso, no obstante el carácter general de la ley -no dirigida a regular especialmente, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, la situación de las comunidades indígenas y tribales-, de su contenido material se deriva la posibilidad de una afectación específica a tales comunidades, como quiera que sus provisiones recaen sobre un objeto -el bosque- que tiene particular relevancia para las mismas y guarda una íntima e indisoluble relación con su modo de vida.

A partir de las anteriores consideraciones, concluye la Corte que la materia propia de la Ley 1021 de 2006 es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades indígenas y tribales y que, por consiguiente, previamente a su expedición debió surtir el trámite de la consulta con dichos pueblos, en los términos del literal a) del artículo 6° del convenio 169 de la OIT.

5.2. De los antecedentes de la ley que obran en el expediente puede concluirse sin mayor dificultad que en relación con la Ley 1021 de 2006 no se surtió la consulta a los pueblos indígenas y tribales en los términos del Convenio 169 de la OIT.⁵⁸⁾ Hubo, si, un proceso amplio de socialización que no satisface, sin embargo, los criterios fijados por la Corte Constitucional porque, no fue específico, no hay evidencia de que las comunidades hayan sido debidamente informadas y se les hayan puesto de presente los impactos que el proyecto podía significar para ellas, ni se generaron espacios de concertación.

Si bien es cierto que, como se ha señalado, existe un margen de flexibilidad en torno a la manera como debe hacerse efectiva la consulta, en la medida en que no existen desarrollos legislativos sobre la materia y que, inclusive, la exigencia de que la consulta sea previa, en materia de medidas legislativas no es absoluta en relación con el momento de presentación del proyecto de ley, no es menos cierto que un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones del que pretenda regular de manera integral los asuntos forestales, exigía que, como condición previa a su radicación en el Congreso, el gobierno adelantara un ejercicio específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales, que permitiera hacer efectivo su derecho de participación. Dicho proceso habría permitido identificar dificultades, establecer las discrepancias relevantes en las aproximaciones, buscar alternativas, y, en todo caso, propiciar que el debate en el Congreso se enriqueciera con el aporte de posiciones previamente decantadas en las que, si bien no era imperativo el consenso, si permitirían apreciar con nitidez los aspectos que desde la perspectiva de las comunidades podrían resultar problemáticos.

Por esas razones, no son suficientes, ni las actividades de socialización general del proyecto, ni las medidas unilaterales orientadas a depurarlo de los aspectos que pudiesen considerarse críticos desde la perspectiva de las comunidades indígenas y tribales, sino que se requería un

58) La ausencia de consulta previa se aprecia en las intervenciones del Ministro de Agricultura durante el debate del proyecto de ley en el Congreso, y en las que manifestó que la misma no se requería porque bastaba con el amplio proceso de socialización que había recibido el proyecto; en las comunicaciones dirigidas por las organizaciones indígenas al Congreso en relación con la falta de consulta; en las constancias que en ese sentido dejaron algunos congresistas y, finalmente, en las intervenciones gubernamentales en el presente proceso, cuyo punto de partida es, precisamente, la consideración de que la consulta no se realizó debido a que, por la naturaleza de la ley, la misma no era necesaria.

proceso de consulta que respondiera a los lineamientos del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, en las condiciones que se han decantado por la jurisprudencia constitucional”.

“d. En esa medida, de acuerdo con el ordenamiento constitucional y en particular con el Convenio 169 núm. de la OIT, que en esta materia hace parte del bloque de constitucionalidad, la adopción de la ley debió haberse consultado con esas comunidades, para buscar aproximaciones sobre la manera de evitar que la misma las afectara negativamente, así como sobre el contenido mismo de las pautas y criterios que, aún cuando de aplicación general, pudiesen tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales, o sobre sus formas de vida.

e. Esa consulta, que tiene unas características especiales, no se cumplió en este caso, y la misma no puede sustituirse por proceso participativo que de manera general se cumplió en torno al proyecto de ley.

Para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario, poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo. Ese proceso no se cumplió, razón por la cual la Corte concluye que, dado que la ley versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, no hay alternativa distinta a la de declarar la inexequibilidad de la ley”.

Comentarios: Otra interesante aplicación de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional en materia de derecho de consulta a los pueblos y comunidades indígenas y tribales, en caso de adopción de medidas que puedan afectarlos. En este caso, la falta de consulta determinó la inconstitucionalidad de una ley sancionada por el Congreso. La Corte amplía su doctrina anterior acerca del deber de consulta, aplicándola en el caso al procedimiento de sanción de una ley. El Tribunal analiza en el caso el impacto que la ley puede tener sobre las comunidades indígenas y afrodescendientes, llegando a la conclusión de que las disposiciones de la ley son susceptibles de afectar el bosque, y por ende el modo de vida y la integridad cultural de esas comunidades. Por ende, dada la potencial afectación de los derechos o intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes, el Congreso debió haberlos consultado. La falta de consulta acarrea entonces la invalidez de la norma, a la luz de las disposiciones constitucionales pertinente, y del Convenio núm. 169, que –de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional– forma parte del llamado “bloque de constitucionalidad”.

La decisión del Tribunal tiene relación con la Sentencia T-382 de 2006, también comentada en esta publicación, en la que un planteo similar se rechazó por no tratarse de la vía idónea –aunque la Corte Constitucional señalaba ya la necesidad de consulta, de acuerdo con la materia abordada por la ley.

COSTA RICA

COSTA RICA 1

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional

Caso: Voto 1992-3003, Expediente 3003 07/10/1992 L, sentencia de 7 de octubre de 1992.

Palabras claves: Status del Convenio en el derecho nacional.

Sumario de los hechos: Se trata de una consulta preceptiva de constitucionalidad del entonces proyecto de ley de aprobación de Convenio núm. 169 de la OIT, elevada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

La Sala Constitucional comenta el Convenio núm. 169, su justificación y sus conexiones con otros instrumentos internacionales, y con normas constitucionales y legales costarricenses. Señala también algunos puntos que podrían llegar a generar dudas, ofreciendo una interpretación que los hace compatibles con la Constitución. El Tribunal llega a la conclusión de que el Convenio núm. 169 no se opone en absoluto a la Constitución Política de Costa Rica y que, por el contrario, se ajusta plenamente a los valores consagrados por la Constitución.

Derecho aplicado: Constitución Política de Costa Rica; Convenio núm. 169 de la OIT.

Consideraciones relevantes del Tribunal: "1. El Convenio consultado, dentro del ámbito general de las materias encomendadas a la Organización Internacional de Trabajo (OIT) plasma en un instrumento internacional jurídicamente exigible, una serie de derechos, libertades y condiciones económicas, sociales y culturales tendentes, no sólo a fortalecer la dignidad y atributos esenciales a los indígenas como seres humanos, sino también, principalmente, a proveer medios específicos para que su condición de seres humanos se realice plenamente a la vista de la situación deprimida, a veces incluso explotada y maltratada, en que viven los aborígenes de muchas naciones; situación que no es del todo ajena al Continente Americano, donde las minorías, y a veces mayorías indígenas se encuentran prácticamente marginadas de la civilización predominante, mientras, por otra parte, sufren la depresión y el abandono de sus propias tradiciones y culturas. Hoy, en el campo de los derechos humanos, se reconoce, en resumen: a) Que es necesario reconocer a los indígenas, además de la plenitud de sus derechos y libertades como seres humanos, otras condiciones jurídicamente garantizadas, mediante las cuales se logren compensar la desigualdad y discriminación a que están sometidos, con el propósito de garantizar su real y efectiva igualdad en todos los aspectos de la vida social; b) Que es también necesario garantizar el respeto y la conservación de los valores históricos y culturales de las poblaciones indígenas, reconociendo su peculiaridad, sin otra limitación que la necesidad de preservar, al mismo tiempo, la dignidad y valores fundamentales de todo ser humano reconocidos hoy por el mundo civilizado -lo cual implica que el respeto a las tradiciones, lengua, religión y en general cultura de esos pueblos solo admite como excepciones las necesarias para erradicar prácticas universalmente consideradas inhumanas, como el canibalismo-; c) Sin perjuicio de lo anterior, debe también reconocerse a los indígenas los derechos y medios necesarios para acceder, libre y dignamente, a los beneficios espirituales y materiales de la civilización predominante -medios entre los cuales destaca por su importancia el acceso a la educación y a la lengua oficial-. En estos sentidos merecen deshacerse las disposiciones de las partes, 1, 2 y 4 -artículos 1 y 19 y 26 a 31 del Convenio-."

“8. En el articulado del Convenio no parece hacer nada que, correctamente interpretado y aplicado, puede contravenir el Derecho de la Constitución. En este sentido merecen algún comentario las disposiciones de los artículos 6.1.a), 16 y 25.2, como únicos que pudiesen suscitar alguna duda: a) En cuanto al artículo 6.1. a) entenderse que la obligación de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, lo mismo que las siguientes de establecer canales de participación, desarrollo e iniciativa de esos pueblos, aquí únicamente se señalan objetivos que coinciden por cierto, con los principios y valores democráticos correctamente entendidos, los cuales implican el ejercicio permanente del poder por el pueblo o, dicho de otra manera, su permanente participación en la toma de las decisiones que les atañen; b) En lo que se refiere al artículo 16, que prevé el traslado no voluntario de poblaciones indígenas, es necesario recalcar que esta disposición no atenta o amenaza atentar contra normas o principios constitucionales, porque la Sala consideran que, al remitirse expresamente a los procedimientos apropiados establecidos por la legislación nacional, elimina la posibilidad de cualquier limitación en tal sentido; c) En lo que se refiere al artículo 25.2. la Sala entiende que el Convenio, al dar vigencia a los “métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales” de los indígenas, lo hacen en un contexto paralelo o complementario de los procedimientos o medios curativos impuestos por normas de orden público en materia de salud.

9, Conclusiones: La Sala estima que, lejos de contener enfrentamientos con la Constitución de nuestro país, el Convenio refleja los más caros valores de nuestra nacionalidad democrática, desarrollando los derechos humanos de los indígenas costarricenses y puede ser un punto de partida para iniciar una revisión de la legislación secundaria para adaptarla a estas necesidades.”

Comentarios: Aunque no se trata de una decisión en un caso contencioso –ya que la función de la consulta preceptiva de constitucionalidad es determinar la compatibilidad de un proyecto de ley que propone la aprobación de un tratado internacional con la Constitución costarricense– el voto es importante no sólo porque declara que el Convenio núm. 169 está en línea con la Constitución, sino también porque sugiere pautas de interpretación del Convenio. Este voto ha sido empleado como antecedente en decisiones posteriores de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

COSTA RICA 2

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional

Caso: Voto 2253-96; Expediente 4320-P-92, sentencia de 14 de mayo de 1996.

Palabras claves: instituciones; organización política; discriminación; medidas especiales; acciones positivas; consulta y participación.

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por los representantes de una asociación de desarrollo comunitario indígena contra la Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI). La acción está dirigida a impugnar el modo de integración de la Asamblea de la CONAI establecida por la ley. De acuerdo con los actores, el hecho de que puedan participar en la Asamblea con voz y voto las denominadas agrupaciones “pro indígenas”, que no representan a comunidades o pueblos indígenas y que pueden crearse sin límite, distorsiona la composición de la Asamblea, que ya asigna un peso excesivo a organizaciones que no son indígenas y que no representan necesariamente el interés de los indígenas. De acuerdo con los litigantes, esta forma de integración de la Asamblea de la CONAI sería violatoria del principio de igualdad.

El Tribunal señala que en realidad la cláusula no viola el principio de igualdad, sino que es contrario al Convenio núm. 169, en el sentido de no establecer una integración de la Asamblea adecuada para la correcta representación de los pueblos indígenas. De acuerdo con la Sala Constitucional, el Convenio núm. 169 impone la adopción de medidas especiales a este respecto, en el caso, a través del diseño de mecanismos jurídicos que permitan a los pueblos y comunidades indígenas una adecuada y organizada participación. La composición de la Asamblea, sin embargo, no cumple con esta finalidad, ya que la posibilidad de que participe un número indeterminado de organizaciones no representativas debilita la voz y la participación de los pueblos y comunidades indígenas. En consecuencia, el Tribunal declara que la norma impugnada es inconstitucional, por infringir el Convenio núm. 169.

Derecho aplicado: Convenio 169 núm. de la OIT, artículos 6, 7, 8, 12 y 33.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Los accionantes acusan la violación al principio de igualdad establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según este principio, debe darse un mismo trato a los iguales, y un trato diferente a los desiguales; debido a que las diferencias existentes entre los sujetos, justifican dar un trato diverso. Estas diferencias o situaciones particulares, constituyen lo que la sala ha denominado en su reiterada jurisprudencia (ver sentencia N° 337-91 de las 14:56 horas del 8 de febrero de 1991), “elementos objetivos de diferenciación” que justifican y ameritan un trato diferente, conocido en la doctrina constitucional como “discriminación positiva”, que consiste en dar un tratamiento especial a aquellas personas o grupos, que se encuentren en una situación de desventaja con respecto a los demás. Este tratamiento diferenciado busca compensar esa situación de desigualdad original; y se orienta al logro de una “igualdad real” entre los sujetos. Debe resaltarse que, esa diferencia de trato no quebranta el principio de igualdad; más bien, resulta de la aplicación del mismo, y de una adecuada interpretación

del Derecho de la Constitución. Existen diversos instrumentos jurídicos tendientes a fomentar esa igualdad real entre los sujetos; entre ellos puede ubicarse la situación particular de los aborígenes, quienes tradicionalmente han sido marginados, por razones históricas, sociales, económicas y culturales. Ellos sufren las consecuencias de una sociedad que no comprende ni respeta sus diferencias; y que en ocasiones, tiende a verlos como seres incapaces de dirigir sus propias vidas y destinos. Ante esa situación, la comunidad internacional sintió la necesidad de adoptar medidas a favor de los indígenas. Así, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, denominado “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 7316 de 3 de noviembre de 1992, estableció la especial protección de los indígenas y de su cultura. Dicho Convenio busca dotar a los indígenas de medidas de protección, tanto a nivel individual como colectivo.”

“IV.- Como ya la Sala señaló, el Derecho de la Constitución, instaura la responsabilidad del Estado de dotar a los pueblos indígenas de instrumentos adecuados que les garanticen su derecho a participar en la toma de decisiones que les atañen, y a organizarse en instituciones electivas, organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (artículos 6 y 33 del Convenio N° 169 de OIT). Resulta entonces que el legislador debe diseñar mecanismos jurídicos que les permitan ejercer plenamente ese derecho. Las normas en esta materia han de orientarse en el sentido de permitir una amplia y organizada participación de los indígenas. Sin embargo, no sucede así en el caso de la norma impugnada, pues ésta establece un mecanismo que lejos de beneficiar a los indígenas, más bien los perjudica, lo que la torna no idónea para lograr los fines que procura el Convenio 169; en virtud de que, al prever la participación en la Asamblea General de tantas asociaciones pro-indígenas como se quieran crear, se resta fuerza e importancia a la voluntad del pueblo indígena.

V.- En conclusión, el inciso d) del artículo 2 de la Ley en estudio no viola el principio de igualdad, por lo que no merece el reproche de los accionantes en ese sentido. Sin embargo, resulta contrario al Derecho de la Constitución, por quebrantar los artículos 6, 7, 8, 12 y 33 del Convenio N° 169 de OIT, al tenor de lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política, ya que la participación de un número indefinido de Asociaciones Pro-indígenas en la Asamblea General de CONAI, hace imposible que los pueblos indígenas tengan una representación que permita que su voluntad sea la que determine el rumbo de las decisiones que les atañen, como lo exige el Convenio 169 de la OIT.”

Comentarios: En esta decisión la Sala Constitucional aplica el Convenio núm. 169 para analizar la idoneidad del diseño institucional de la Asamblea del órgano destinado a velar por los derechos intereses de los pueblos indígenas, a la luz del mandato de adopción de mecanismos adecuados de participación de los pueblos y comunidades indígenas. El Tribunal atribuye especial importancia al mandato de adoptar medidas especiales para la garantía de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas –de modo que somete a un estricto escrutinio el diseño institucional de un órgano administrativo.

COSTA RICA 3

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional

Caso: Voto 2002-02623, Expediente 96-006433-0007-CO, sentencia de 13 de marzo de 2002.

Palabras claves: organización política; instituciones; personalidad jurídica; medidas especiales.

Sumario de los hechos: El caso consiste en una acción de inconstitucionalidad dirigida por un miembro de una comunidad indígena contra un Decreto del Poder Ejecutivo que reglamenta la Ley Indígena. De acuerdo con el impugnante, pese a que la Ley Indígena señala que los habitantes de las reservas podrán organizarse internamente en “*estructuras comunitarias tradicionales*”, el decreto les impone la obligación de conformarse en una Asociación de Desarrollo Comunal para el disfrute pleno de los derechos. Esto vulneraría la libertad de asociación establecida por la Constitución.

El representante del interés del Estado (Procuraduría General de la República) sostiene que no puede afirmarse que la norma impugnada lesione la libertad de asociación. Entre sus argumentos, señala que el Convenio núm. 169 de la OIT obliga a las autoridades gubernamentales a tomar las medidas necesarias para asegurar que los indígenas gocen, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la colectividad, y que esa es precisamente la finalidad de la norma impugnada.

La Sala Constitucional justifica la norma impugnada señalando que no existe violación a la libertad de asociación porque nadie está obligado a formar parte de una Asociación de Desarrollo Comunal. De acuerdo con el Tribunal, esta ha sido la forma elegida por el legislador y por el Ejecutivo para cumplir la obligación, establecida por el Convenio núm. 169 de la OIT, de garantizar el derecho de los pueblos indígenas de organizarse y participar en la toma de decisiones que les conciernen, así como de constituir órganos de representación y participar en la elección de las personas que ocuparán esos cargos. El Tribunal señala además que la “asociación de desarrollo comunal” es la figura jurídica que más se asemeja a la naturaleza comunitaria de la organización tradicional indígena, y sugiere que es razonable imponer ciertas condiciones de organización para recibir subsidios y beneficios financiados por el erario público.

Derecho aplicado: Constitución Política de Costa Rica, artículo 25; Ley Sobre el Desarrollo de la Comunidad; Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 2, 6 y 7.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Como se desprende de las normas transcritas, [los artículos 2, 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT] el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho de los pueblos indígenas de organizarse y participar en la toma de decisiones que les conciernen, así como de constituir órganos de representación y participar en la elección de las personas que ocuparán esos cargos. En el artículo 6° del citado Convenio se estableció la obligación de los Estados de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente y de consultar a los grupos indígenas –por medio de sus instituciones representativas- cada vez que se discuta la emisión de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos, lo que no supone como se señala en la acción una

obligación de formar parte de esas agrupaciones, antes bien, es una decisión libre que involucra tomar parte en el rumbo de la comunidad. De manera expresa el Convenio dispone que la adopción de una determinada organización no impide a los miembros de dichos pueblos “ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

“Ahora bien, es la Ley Sobre el Desarrollo de la Comunidad (N° 3859), la que regula las Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y el artículo 3° del Reglamento a la Ley Indígena que se impugna, no ha hecho más que concretar el tipo de organización que responde a las bases establecidas por el legislador en la Ley Indígena que le sirve de marco, lo que además, se ajusta al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en tanto materializa la obligación del Estado de velar porque las comunidades indígenas adopten una organización jurídica acorde a sus tradiciones, que les permita el ejercicio de los derechos y obligaciones que la ley les reconoce. No debe perderse de vista que las Asociaciones de Desarrollo Comunal –más que ninguna otra figura jurídica– es la que más se asemeja a naturaleza comunitaria de la organización tradicional indígena; adicionalmente, este tipo de estructura jurídica le permite disfrutar a este sector de la población de especiales beneficios (artículo 19 de la Ley 3859) de los que no disfrutarían con otro tipo de estructuración jurídica –verbigracia recibir servicios, donaciones, subvenciones, y transferencias anuales de dinero, tanto del Estado como de sus instituciones–, lo que conlleva, desde luego, el control ordinario de esos recursos públicos”.

Comentarios: La Sala Constitucional de la Corte de Suprema de Justicia ha empleado aquí el Convenio núm. 169 para justificar la exigencia de que las comunidades indígenas se constituyan en asociaciones de desarrollo comunal para obtener beneficios y para canalizar su participación. Es necesario entender la decisión en relación con el planteo formulado por el actor, que impugna la ley por considerarla violatoria del derecho individual a la asociación. El planteo, sin embargo, parecía desencaminado. En ese sentido, cabe preguntarse si la decisión hubiera sido similar si la impugnación se hubiera fundado no en la violación del derecho individual a la libertad de asociación, sino en el posible conflicto de la obligación de constituir un tipo específico de asociación con la obligación de respeto del derecho colectivo de las comunidades y pueblos indígenas de mantener y ejercer sus formas tradicionales de organización política. Como el planteo no ha sido ese, quedan algunas dudas sobre el alcance de la posición de la Sala Constitucional al respecto.

COSTA RICA 4

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional

Caso: Voto 2000-08019, Expediente 00-000543-0007-CO, sentencia de 8 de septiembre de 2000.

Palabras claves: consulta y participación; tierras y territorio; recursos naturales; recursos del subsuelo; Status del Convenio en el derecho nacional.

Sumario de los hechos: Se trata de un recurso de amparo iniciado por asociaciones de desarrollo de comunidades indígenas y otros litigantes, contra la adjudicación de una concesión de exploración y explotación de hidrocarburos a una empresa privada por parte del poder Ejecutivo. Por medio del Ministerio de Ambiente y Energía. La impugnación se funda en el incumplimiento de requisitos de carácter procedimental y de exigencias de participación previa, entre ellas, la falta de consulta a las comunidades indígenas a cuyos territorios afecta la concesión. Entre las normas violadas, identifican el Convenio núm. 169 de la OIT.

La Sala Constitucional trata de forma separada los argumentos referidos a la participación de la comunidad en general en cuestiones que afectan al medio ambiente, y los relacionados específicamente con la consulta respecto de los territorios y comunidades indígenas. Así, la Sala juzga que el procedimiento no ha vulnerado los requisitos de información adecuada y consideración del derecho de petición fundados sobre el derecho al medio ambiente sano.

Sin embargo, el Tribunal considera que las autoridades incumplieron con el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas, tal cual es establecido por el artículo 15.2 del Convenio núm. 169 de la OIT. La Sala Constitucional tiene por probado que el Ministerio respectivo omitió la convocatoria a consulta, que resultaba obligatoria, y que el acto no quedó saneado por la publicidad del proceso de licitación en la prensa. En consecuencia, hace lugar al amparo y declara anulado el acto de adjudicación.

Derecho aplicado: Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 6.1, 13, 15.2 y 15.6; Constitución Política de Costa Rica, artículos 11, 41 y 129.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Sin embargo, como los recurrentes invocan también quebranto del Convenio No. 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por la Asamblea Legislativa según ley No. 7316, también ha de examinarse el alcance de esta normativa. En su numeral 15.2 dispone el Convenio:

“En el caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y qué medidas, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que pueden sufrir como resultado de esas actividades.”

De lo que aparece agregado a este amparo, y sus atestados, en criterio de la Sala, se deriva que la autoridad recurrida ha actuado en forma ilegítima, por violación al Convenio No. 169 de la OIT, y consecuentemente del artículo 48 de la Constitución Política, en el tanto que está probado que el Ministerio recurrido omitió aplicar lo allí dispuesto, pues tales normas son de obligatorio acatamiento de nuestras autoridades, en tanto consagran derechos fundamentales de los miembros de las poblaciones indígenas. En ese sentido, también resultan alcanzados los artículos 11, 41 y 129 de la Constitución Política. No admite discusión alguna la obligatoriedad de la consulta a los pueblos indígenas, previo al acto adjudicatorio de la licitación petrolera No. 1-97, es decir, la Sala tiene claro que antes de comprometer los recursos del Estado, se debió dar cumplimiento a lo que dispone el Tratado Internacional citado”.

“De la lectura del expediente administrativo resulta que efectivamente se ha omitido con la formalidad de la consulta, situación que quebranta el debido proceso respecto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas interesados, dejándolos en la imposibilidad de poder defender el entorno natural de sus tierras y su derecho a desenvolverse con garantía de su calidad de vida (artículo 13 del citado Tratado y 50 de la Constitución Política).”

“Si bien la autoridad recurrida ha informado que el proceso licitatorio, así como el acto adjudicatario fueron publicados, el primero en La Gaceta y en dos periódicos de circulación nacional, y el segundo, en un Diario nacional, es lo cierto, que estas actuaciones no satisfacen la concreta obligación jurídica que existe frente a los pueblos indígenas, en donde los medios de comunicación colectiva nacionales o no llegan, o no podrían ser comprendidos, y que, de toda suerte, no constituyen un medio admisible o “apropiado” en la inteligencia del Convenio citado. En otras palabras, el proceso de consulta no puede sustituirse en este caso por una publicación de prensa, como se indicó Sutra, sino que habría de llevarse a cabo a través de procedimientos apropiados, tal y como lo precisa el artículo 6.1. del Convenio. No es exacto, entonces, como se ha venido sosteniendo, que la discrecionalidad para el Estado de la audiencia pública, materia aplicable en general a la SETENA, se aplica también a las comunidades indígenas, porque el artículo 15.2 del Convenio, con claridad meridiana impone este deber, en los términos del artículo 6.1”.

“Asimismo, para efectos de ejecutar debidamente esta sentencia, la Administración tendrá a su cargo, paralelamente, establecer cuáles son las comunidades indígenas involucradas en el tema de este amparo, a fin de que se ejecute un programa de consulta que satisfaga la previsión del Convenio No. 169 de la OIT”.

Comentarios: Se trata de una sentencia breve y contundente, en la que la Sala Constitucional de la Corte Suprema hace aplicación directa del Convenio núm. 169, en cuyas normas se funda la anulación de la adjudicación de una licitación petrolera. La Sala considera de cumplimiento obligatorio la consulta a las comunidades indígenas ante la toma de decisiones que puedan afectar su territorio y recursos. La Sala interpreta el derecho de las comunidades a ser consultadas como un requisito necesario para la participación y respeto de las minorías en una democracia.

Ver también voto 2000-10075, en esta misma publicación.

COSTA RICA 5

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional

Caso: Voto 2000-10075, Expediente 00-000543-0007-CO, sentencia de 10 de noviembre de 2000.

Palabras claves: consulta y participación; tierras y territorio; recursos naturales; recursos del subsuelo; Status del Convenio en el derecho nacional.

Sumario de los hechos: El caso está vinculado con el voto 2000-8019, comentado también en esta publicación, en el que la Sala Constitución anuló la adjudicación de una licitación de exploración y explotación petrolera a una empresa privada por incumplimiento del requisito de consulta previa a las comunidades indígenas cuyos territorios resultarían afectados. En esta instancia, el representante de la empresa que había resultado adjudicataria de la licitación anulada y la Ministra de Ambiente y Energía solicitan la anulación de la sentencia.

En lo que aquí resulta relevante, la Ministra de Energía señala que la Sala Constitucional ha interpretado erróneamente el artículo 15 del Convenio núm. 169 de la OIT, ya que – según su entender – el Convenio no señala el momento preciso en el que debe realizarse la consulta a las comunidades indígenas. La Sala rechaza este argumento, señalando que la consulta debe ser “apropiada a las circunstancias”, de acuerdo al texto del Convenio. Considera, al respecto, que mal puede entenderse la necesidad de consulta si los trabajos de exploración ya han comenzado.

La sentencia, sin embargo, modifica el alcance del voto 2000-8019, en el sentido de restringir la nulidad de la adjudicación estrictamente a las áreas en las que existen territorios indígenas. La Sala señala que es para la exploración y la explotación de esas áreas para las que se ha de cumplir el mecanismo de consulta.

Derecho aplicado: Convenio núm. 169 de la OIT, artículo 15.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “La señora Ministra le da al artículo 15 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo una lectura diferente a la que la Sala Constitucional ha hecho, lo que le permite afirmar que este Tribunal le ha otorgado una inapropiada apreciación a sus alcances. Posiblemente el desencuentro de lecturas radique en el hecho de que, como ella agrega a folio trescientos ochenta, *“la consulta a las citadas comunidades es un acto del procedimiento previo a la exploración o prospección, sin que ello implique que deba ser realizado en un preciso momento”*. Es cierto que el Convenio no se ocupa de indicar cuál es ese preciso momento, pero sí consigna el numeral en comentario, que los gobiernos (las autoridades correspondientes, o con competencia en una determinada materia) *“deberán”* consultar a los pueblos interesado, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, *“cada vez que se prevean medidas (...) administrativas susceptibles de afectarles directamente”*.

¿Cómo entender esa norma en el sentido de que si el Ministerio de Ambiente y Energía se

dirigía a conceder autorización a alguna (s) empresa (s) para realizar exploraciones, había que esperar a que todo el procedimiento hubiera terminado, o lo que es peor, a que ya la empresa adjudicataria hubiera iniciado los trabajos de exploración, para entonces poner en marcha mecanismos de consulta a las comunidades? Según se ve a folio trescientos ochenta y uno, la gestionante admite que ya se están realizando actividades en el bloque número doce (bloque marino), que no es territorio indígena, pero eso significa que con motivo de la contratación administrativa hay actos de ejecución, independientemente de si corresponde a territorios indígenas o no. Además, debe hacerse notar que el informe que en su oportunidad rindió a la Sala el Ministro a.i. (folio 110 y ss), no se ocupó de mencionar siquiera lo relativo a las comunidades indígenas y precisamente a raíz de que la sentencia no tenía claro en qué sentido y cuáles comunidades quedaban alcanzadas por la exploración, en el último párrafo de la parte considerativa, se indica que será la administración la que establezca cuáles sean, para que se proceda a ejecutar el fallo. De toda forma, el alcance que la Sala otorga al artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT, basada en sus propios precedentes, permite reiterar aquí que debe cumplirse con un procedimiento de consulta *“apropiada a las circunstancias”*, como también lo destaca esa norma, de modo que se conjugue el interés público que las autoridades del Estado legítimamente tienen en que se lleve a cabo una exploración o explotación petrolera, con el de las comunidades indígenas que puedan ser alcanzadas por ello, según los bloques que hayan sido adjudicados y en esa medida. No está de más insistir en que no debe esperarse a que una empresa autorizada (concesionario) vaya a iniciar trabajos de esa naturaleza en un territorio indígena para, a partir de ese momento, (realizar la consulta), porque no se trata de “una eventualidad”, desde que a partir del cartel con que se inició todo este proceso, hasta la autorización que implica el acto adjudicatario, ya de por sí implican medidas (administrativas) que podrían llegar a afectar (la comunidad), puesto que la administración razonablemente ha de haber anticipado, desde la decisión misma de iniciar un procedimiento para dar en concesión ese tipo de actividades, la posible incidencia que puedan tener en los territorios o comunidades indígenas. Ya, en ese momento, surge el derecho que reconoce el Convenio, para que se les consulte sobre las medidas que podrían tomarse más adelante, como ahora sabemos que finalmente se tomaron. Por tal motivo, el incidente de nulidad planteado debe desestimarse como en efecto se dispone.”

Comentarios: Esta sentencia, que también constituye una aplicación directa del Convenio núm. 169, reitera el criterio sentado en el voto 2000-8019, en el sentido de la obligatoriedad de la consulta previa a la adjudicación de licitaciones para exploraciones y explotaciones de recursos del subsuelo que afecten a territorios de las comunidades indígenas.

COSTA RICA 6

Tribunal: Tribunal de Casación Penal, Segundo Circuito Judicial de San José

Caso: Resolución 2001-817, Expediente 00-429-597-PE-3, resolución de 18 de octubre de 2001.

Palabras claves: Derecho penal consuetudinario; justicia penal.

Sumario de los hechos: En el marco de una investigación penal, un miembro de una comunidad indígena es imputado y sometido a prisión preventiva. Vencido el plazo legal, el Ministerio Público solicita la prórroga de la prisión preventiva, alegando que es probable que el imputado sea responsable de los hechos que se le atribuyen, que hay peligro de fuga, de obstaculización y de reiteración delictiva y que el delito está sancionado con pena privativa de libertad.

El Tribunal de Casación señala que, amén de la excepcionalidad de la prórroga de la prisión preventiva, en el caso no se ha considerado debidamente si existió juzgamiento previo por la comunidad indígena. El Tribunal subraya el apartamiento de la investigación con respeto a lo preceptuado por el Convenio núm. 169 de la OIT. En consecuencia, decide rechazar el pedido de prórroga de la prisión preventiva y ordena la libertad del imputado.

Derecho aplicado: Código Procesal Penal, artículo 258; Convenio núm. 169 de la OIT.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Además de lo anterior debe tenerse en cuenta lo indicado por el convenio 169 de la O.I.T, no existiendo constancia alguna en el expediente de que se haya procedido de acuerdo al mismo ni fundamentación alguna en la acusación ni en la solicitud de prórroga de la prisión preventiva de que el caso concreto debe ser resuelto por los Tribunales de la República y no de acuerdo con la forma de solución de los conflictos de la comunidad indígena. Por todo lo anterior procede rechazar la prórroga de la prisión preventiva solicitada (Art. 258 del Código Procesal Penal). Comuníquese al juzgado penal respectivo esta resolución”.

Comentarios: Se trata de otro ejemplo interesante de aplicación de criterios del Convenio núm. 169 por la justicia ordinaria, en este caso en una decisión relativa a la prórroga de la prisión preventiva, en el marco de una investigación penal que involucra a un miembro de una comunidad indígena. El Tribunal valora negativamente la falta de verificación por parte del Ministerio Público del tratamiento previo del mismo conflicto por parte de la comunidad indígena, de acuerdo al principio de respeto de los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros –incluido en el artículo 9.1 del Convenio núm. 169 de la OIT.

COSTA RICA 7

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional

Caso: Voto 2003-03485; Expediente 99-002607-0007-CO, sentencia de 2 de mayo de 2003.

Palabras claves: instituciones; organización política; discriminación; medidas especiales; acciones positivas; consulta y participación.

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de inconstitucionalidad similar a la decidida en el Voto 1996-2253, ya comentado en esa obra. El actor, en nombre propio y en representación de una asociación de desarrollo comunal indígena, impugna las normas de Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI) que establecen el modo de integración de la Asamblea de ese órgano, por incluir cuotas para la participación y toma de decisiones a instituciones oficiales sin ninguna relación con los pueblos indígenas. De acuerdo con el impugnante, esta composición de la Asamblea perjudica a los pueblos indígenas, ya que se asigna una gran cantidad de votos a esos órganos, de modo que su voluntad está sobrerrepresentada. La demanda señala que la Ley asigna voto, en igual condición que a las comunidades indígenas, a instituciones tales como el Servicio Nacional de Electricidad, el AyA, el INA, el IMAS, el Ministerio de Seguridad Pública, la Universidad de Costa Rica y la Nacional. Apunta también la arbitrariedad de las representaciones municipales –algunas están representadas, otras no, y otras tienen más votos en la Asamblea. El impugnante alega violaciones al Convenio núm. 169 de la OIT, a la Constitución y a la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Sala Constitucional se remite en gran parte a lo ya decidido en el voto 1996-2253, citando varios de los párrafos de esa decisión y haciendo aplicable su doctrina al caso. En consecuencia, concluye que las normas impugnadas son inconstitucionales, por desvirtuar la representación de los pueblos indígenas y debilitar su poder de decisión sobre las cuestiones que los afectan. El Tribunal sustenta su decisión, como en el caso anterior, en la violación del Convenio núm. 169.

Derecho aplicado: Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 6, 7, 8, 12 y 33.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Resulta, pues, evidente, que las normas impugnadas, al incluir a los representantes de dependencias e instituciones estatales y de los entes municipales hace imposible, como lo hacía el inciso d) anulado, que los pueblos indígenas tengan una representación que permita que su voluntad efectivamente determine el rumbo de las decisiones que les atañen, como lo exige el Convenio 169 de la OIT, al punto de que la inconstitucionalidad de los incisos a) y b) de la Ley No. 5251 no viene a ser sino una consecuencia necesaria de la anterior (...)”.

Comentarios: La decisión complementa y reitera el criterio establecido en el voto 1996-2253, cuyo texto (incluidas las transcripciones y aplicaciones del Convenio núm. 169) cita expresamente.

COSTA RICA 8

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.

Caso: Voto 2003-08990, Expediente 03-007279-0007-CO, sentencia de 26 de agosto de 2003.

Palabras claves: obligaciones positivas, medidas especiales, situaciones de emergencia; derechos económicos, sociales y culturales, acción coordinada.

Sumario de los hechos:

La Asociación de Desarrollo de la Reserva Indígena de Guaymí de Osa promueve una acción de amparo en la que denuncia la omisión de las autoridades administrativas responsables –entre ellas el órgano administrativo encargado de velar por los derechos de los pueblos indígenas– de prestar la colaboración necesaria a efectos de reparar el puente sobre el Río Rincón, arrasado debido a las fuertes lluvias de la zona. La población de la Reserva Indígena de Guaymí quedó incomunicada por varios días, viéndose los pobladores obligados a cruzar el río a nado o a caballo. Las autoridades desoyeron el pedido, bajo la excusa de que no se prorrogó la plaza de maestro de obras, que era la necesaria para realizar la reparación solicitada. La Asociación reclama la violación, entre otras normas, del artículo 6 del Convenio núm. 169 de la OIT.

La Sala Constitucional acepta los argumentos de los recurrentes, y considera que el órgano administrativo no tomó las medidas necesarias para superar la situación de emergencia y para garantizar así los derechos de la comunidad indígena. El tribunal emplea el Convenio núm. 169 para subrayar las obligaciones positivas que le caben al Estado en materia de garantía de los derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, declara con lugar el recurso ordena al órgano administrativo competente adoptar las medidas pertinentes a efectos de restaurar el puente sobre el Río Rincón con la mayor brevedad posible.

Derecho aplicado: Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, N° 5251, artículo 4 incisos a y b, y 8; Convenio núm. 169 de la OIT.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “III.- Antes de entrar a resolver el fondo del presente recurso, resulta oportuno referirse al marco jurídico aplicable en materia de asuntos indígenas. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo denominado “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 7316 del 3 de noviembre de 1992, impone la obligación a los Estados de desarrollar con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada en aras de proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Para cumplir con ese cometido, los Gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos –en respeto siempre de su identidad social y cultural–, a través de la creación de un marco institucional y jurídico que establezca mecanismos de coordinación y colaboración entre las autoridades públicas y esta población.”

“(…) [E]stima esta Sala que ante la evidente situación de aislamiento en que se encontraban los indígenas de la Reserva de Guaymí y en virtud de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado costarricense mediante el Convenio 169 de la OIT, se debió proporcionar la ayuda necesaria a efectos de restaurar sin dilación alguna, el acceso de esta población a los diferentes centros de salud y educación, entre otros. Es decir, ante una situación de riesgo como la que afrontaban los habitantes de esa reserva, lo procedente era tomar las medidas acordes con ese estado y si para ese efecto, se requería prorrogar por una vez más las mencionadas plazas –en aras claro está, de contar con el recurso humano necesario para restaurar el puente sobre el Río Rincón- lo correspondiente era realizar dicha prórroga cuando fue solicitado. No omite la Sala en decir, que esa prórroga debió obedecer a la situación de riesgo sufrida por esa población, y en ese sentido el Estado se encuentra obligado a adoptar cualquier medida para garantizar el reestablecimiento y goce de los derechos fundamentales de los habitantes de la reserva indígena Guaymí.”

Comentarios: En este voto, la Sala Constitucional especifica, a partir de los principios derivados del Convenio núm. 169, la conducta que debió haber seguido la autoridad administrativa ante la emergencia que aquejó a la comunidad indígena recurrente. Concretamente, el Tribunal funda su decisión en la obligación estatal, derivada del Convenio núm. 169, de adoptar una acción coordinada con las comunidades indígenas para proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su identidad. En el caso, la sentencia impone al Estado una obligación de hacer –tomar las medidas necesarias para restaurar el puente.

COSTA RICA 9

Tribunal: Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José

Caso: Voto N° 468-F-04, “Proceso de Información Posesoria, incoado por Heluber Madrigal Vargas”, sentencia de 20 de junio de 2004.

Palabras claves: propiedad, tierras y territorios.

Sumario de los hechos: El demandante solicita la inscripción de una finca, alegando haber cumplido actos posesorios que le permiten adquirir título sobre los terrenos reclamados. La solicitud es rechazada en primera instancia, y el interesado apela.

El Tribunal de apelación confirma el rechazo de la solicitud, dado que una parte sustancial del terreno reclamado se sitúa en el territorio de la Reserva Indígena Guaymí de Conte Burica. El Tribunal señala que el territorio indígena es de carácter colectivo, corresponde a toda la comunidad, y por ende no puede ser dividido. La ley le asigna además carácter inalienable. El Tribunal apoya su decisión, entre otras normas, en el Convenio núm. 169 de la OIT.

Derecho aplicado: Decreto 5904-G del once de marzo de 1976; Decreto número 5904-G del 11 de marzo de 1976; Ley 6172 del 29 de noviembre de 1977; Convenio núm. 169 de la OIT, artículo 14.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Toda esta normativa nacional cuenta también con respaldo de convenios internacionales ratificados por Costa Rica, tal es el último Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independiente de la OIT, cuya aprobación se dio mediante ley 7316 del 3 de noviembre de 1992. Dicho Convenio en su artículo 14, reconoce a los indígenas el derecho de propiedad sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.- La propiedad indígena no es una propiedad individual, sino que la misma es colectiva, siendo su propietario la totalidad de la comunidad, no pudiendo ser desmembrada en propiedad privada precisamente por su naturaleza jurídica destinada a la colectividad. De allí el promovente de este proceso no puede aspirar a titular el terreno que indica haber poseído, pues desde la Ley de terrenos baldíos del 10 de enero de 1939 establecía estos territorios son inalienables, es decir, no son objeto de posesión por particulares. Como se indicó esta ley aunque no vigente, dio esa característica de inalienabilidad la cual se fue impregnando en forma continua en normativa posterior hoy coronada por el Convenio Internacional citado”.

Comentarios:

En el caso, un tribunal agrario invoca el Convenio núm. 169 para fundar la inalienabilidad de las tierras ancestrales de las comunidades indígenas, rechazando así la solicitud de inscripción de un particular. Se trata de un ejemplo de aplicación del Convenio por un tribunal ordinario, como pauta interpretativa y justificadora de la solución a la que arriba el juzgador.

ECUADOR

ECUADOR 1

Tribunal: Tribunal Constitucional del Ecuador

Caso: No. 994-99-RA, Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador v. Compañía ARCO Oriente Inc., sentencia de 16 de marzo de 2000.

Palabras claves: tierras y territorios; organización política; instituciones; recursos naturales, recursos del subsuelo; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; consulta y participación; proceso de desarrollo, derechos colectivos.

Sumario de los hechos: Se trata de una demanda de amparo dirigida por la organización legal que representa a una comunidad indígena, el Pueblo Shuar, contra una compañía petrolera privada.

El gobierno ecuatoriano había firmado con la compañía un contrato para la explotación de hidrocarburos, en un bloque situado en un 70% en territorio de la comunidad indígena, sin dar participación a la comunidad. A partir de este contrato, la compañía petrolera ingresó al territorio de la comunidad sin permiso de sus autoridades, e intentó firmar convenios con miembros de la comunidad sin poderes representativos de la Federación indígena y con algunas asociaciones que forman parte de la comunidad, todo ello sin respetar las formas de organización política ni la autoridad comunitaria del pueblo indígena. La demanda señala también que la actividad de la empresa, que ha derivado en actos de dádiva, chantaje y uso de la fuerza en el territorio de la comunidad.

De acuerdo con los demandantes, las actividades desplegadas por la empresa atentan contra la unidad de la comunidad indígena, contra sus formas de organización, contra la integridad de sus prácticas e instituciones y contra la inviolabilidad de su territorio comunitario, desconociendo además el derecho de la organización a decidir sobre sus propias prioridades en el proceso de desarrollo. La demanda alega violación a normas constitucionales y al Convenio núm. 169 de la OIT.

El Tribunal de Primera Instancia (Juez I en lo Civil de Morona Santiago) concede el amparo, ordenando a la empresa no interferir en la vida de la comunidad sin autorización de la autoridad de la comunidad indígena. El Tribunal Constitucional confirma la sentencia.

Derecho aplicado: Constitución Política del Ecuador, artículos 84 numerales 1, 2 y 3 y 273, Convenio núm. 169 de la OIT, artículos Arts. 5; 7; 8.2; 13.1 y 14. 1 (decisión de primera instancia); Constitución Política del Ecuador, Artículos 84 numerales 1,5, 6 y 7 (decisión del Tribunal Constitucional).

Consideraciones relevantes de la Corte: Sobre la identificación de la comunidad indígena como titular de derechos colectivos:

[Los grupos poblacionales organizados en la Federación de Pueblos Shuar] “son esos grupos humanos quienes mantienen la ocupación y tenencia de tales tierras, en las cuales desarrollan “sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad”, como expresamente determina el numeral 7 del Art 84 de la Carta Suprema”

Sobre el perjuicio de la actividad de la empresa sobre la vida comunitaria:

“(L)as acciones discriminadoras y unilaterales de la parte accionada provoca disensos entre grupos de la misma comunidad, dando lugar a enfrentamientos entre quienes aceptan los criterios de la recurrida y aquellos a quienes o no han sido consultados o discrepan con el pensamiento de la accionada, lo cual provoca una división en el seno de la agrupación, y estos enfrentamientos -a decir del accionante- conducen al fraccionamiento social, con escisiones internas, lo cual puede provocar un aculturamiento perjudicial y pernicioso en contra de la comunidad”.

Comentarios: Es interesante señalar que se trata de una acción ejercida por una comunidad indígena, en defensa de sus derechos colectivos, contra la acción de un sujeto privado –en este caso, la empresa petrolera. Aunque es evidente que la cuestión de la explotación de los recursos naturales constituye un factor importante, el hecho es que la comunidad indígena prefirió presentar el caso como una situación de afectación de la integridad y unidad del pueblo indígena y de falta de respeto o desconocimiento de las autoridades comunitarias por parte de la empresa. El Convenio núm. 169 es invocado por el Tribunal de primera instancia para sustentar la afectación de derechos e intereses colectivos de la comunidad.

Informes y comentarios pertinentes de los órganos de control de la OIT.

El caso de la explotación de hidrocarburos en el Bloque 24, donde se ubica el 70 por ciento del territorio de la Federación Independiente del Pueblo Shuar de Ecuador (FIPSE), ha sido tratado detalladamente en el informe adoptado por el Consejo de Administración de la OIT en 2001 relativo a una reclamación presentada con arreglo al artículo 24 de la Constitución de la OIT en la cual se alegaba el incumplimiento por Ecuador del Convenio núm. 169 (doc. GB. 282/14/2). La CEACR se ha referido a esta cuestión en sus comentarios de 2003, 2004 y 2007 y debe dar seguimiento a la cuestión en 2008.

En particular, en el informe GB. 282/14/2, el Comité tripartito encargado de examinar la reclamación relativa a este caso, al notar que las compañías petroleras llevaron a cabo consultas sólo con algunos grupos del pueblo Shuar a fin de obtener el consentimiento para la explotación petrolífera, remarcó que “el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta”⁵⁹⁾. El Comité se declaró consciente de que “podría ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa una comunidad en particular”. Sin embargo, el Comité subrayó que “si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”. Según el Comité, en el caso en examen, “no solamente no se llevó a cabo la debida consulta con una organización indígena claramente representativa de los pueblos interesados en las actividades de Arco en el Bloque 24 la FIPSE sino que las consultas que se realizaron la excluyeron, a

59) Véase el párrafo 44 del documento GB. 282/14/2.

pesar de la declaración pública emitida por la FIPSE en que determinó “no permitir ninguna negociación individual o de sus centros y asociaciones con la compañía Arco”. Por lo tanto, el Comité concluyó que “cualquier consulta llevada a cabo en el futuro concerniente al Bloque 24 deberá tener en cuenta la declaración de la FIPSE antes citada”⁶⁰).

60) *Ibidem*.

ECUADOR 2

Tribunal: Tribunal Constitucional del Ecuador

Caso: No. 020-2000-TC, Ernesto López Freiré y otros v. Presidente de la República y Presidente del Congreso Nacional, sentencia de 21 de noviembre de 2000.

Palabras claves: organización política; instituciones; autoidentificación; consulta y participación.

Sumario de los hechos: Se trata de una demanda de inconstitucionalidad iniciada por más de mil ciudadanos contra la validez de un decreto del Poder Ejecutivo que decide la integración del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y los Pueblos del Ecuador.

El artículo 2 del decreto impugnado (Decreto Ejecutivo Nro. 383 de 3 de diciembre de 1998) establecía que el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) se integraría con un representante de cada una de las “siguientes nacionalidades: Shuar, Achuar, Huaorani, Siona, Secoya, Cofán, Záparo, Chachi, Tsa ‘chila, Epera, Awa y un representante de cada uno de los Pueblos de la nacionalidad Quichua: Saraguro, Cañari, Puruhá, Waranka, Panzaleo, Chibuleo, Salasaca, Quitu, Cayambi, Caranqui, Natabuela, Otavalo, dos representantes de los pueblos Quichuas de la Amazonía, y un representante de los pueblos Manta y Huancavilca”.

Los impugnantes tachan de arbitraria la distinción hecha por el decreto entre “nacionalidad” y “pueblo”, que a su vez redundante en un trato desigualitario de ciertos grupos indígenas con respecto a otros en la composición del Consejo. Los impugnantes señalan que el artículo respectivo de la Constitución (artículo 83)61) no establece diferencia entre pueblos y nacionalidades, de modo que el Presidente se habría excedido en sus funciones al efectuar esa diferenciación y basar sobre ella la diferencia en el número de representantes en el Consejo.

El Tribunal Constitucional interpreta los términos empleados por el artículo 83 de la Constitución a la luz del artículo 1.2 del Convenio núm. 169 de la OIT. El Tribunal concede razón a los impugnantes, señalando que la distinción hecha en el decreto presidencial afecta el principio de igualdad establecido en el artículo 23 numeral 2 de la Constitución ecuatoriana. En consecuencia, declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Derecho aplicado: Constitución Política del Ecuador, artículos 23 numeral 3 y 284; Convenio núm.169 de la OIT, artículo 1.2 y 1.3

Consideraciones relevantes de la Corte:

Sobre la autoidentificación del grupo indígena como criterio para determinar su identidad:

“Que, para comprender mejor el problema planteado, es preciso remitirnos al Convenio 169 “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” aprobado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 7 de junio de 1989 del que el Ecuador es

61) El art. 83 de la Constitución Política del Ecuador establece que “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”.

signatario, y en el que se menciona claramente en el numeral 2 del artículo 1, que “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”, complementando el numeral 3 del mismo que, “La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional””

Comentarios: El Tribunal Constitucional emplea en este caso el Convenio núm. 169 para interpretar los términos de una norma constitucional. De acuerdo con el criterio del Tribunal, el artículo 1.2 del Convenio núm.169 resulta útil para aclarar que el uso del término “autodefinición” por parte del artículo 83 de la Constitución Política del Ecuador no tiene el sentido de distinguir entre pueblos y nacionalidades.

ECUADOR 3

Tribunal: Tribunal Constitucional del Ecuador

Caso: No. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional, sentencia de 13 de agosto de 2002.

Palabras claves: tierras y territorios; consulta y participación; proceso de desarrollo; recursos naturales; recursos del subsuelo; medio ambiente; ocupaciones tradicionales; medios de subsistencia; propiedad; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; derechos colectivos.

Sumario de los hechos: Se trata de una demanda de amparo iniciada por el Defensor del Pueblo, en representación de los derechos de las comunidades Chachis (FECHE) y negras (UONNE), habitantes de las tierras del Río Cayapas, en el Noroccidente de la Provincia de Esmeraldas. Estas comunidades tienen título sobre su territorio, o bien sus miembros son poseesionarios ancestrales. Las comunidades “basan su subsistencia en actividades de caza, pesca, recolección de alimentos naturales y agroforestería, las cuales, así como la transportación e integración cultural, alimentación e higiene, dependen en forma absoluta del Río Cayapas”.

El Ministerio de Energía y Minas otorgó concesión minera a una empresa privada para “prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar minerales” existentes en un bloque situado en el territorio de las comunidades.

El amparo alega que la concesión y el inicio de las actividades mineras provocará daños irreparables a los recursos naturales, a la salud y vida de las familias de las comunidades que habitan la zona, y viola los derechos colectivos de los pueblos negros e indígenas, al haberse ignorado los requisitos de la consulta previa obligatoria a las comunidades y la licencia y evaluación de impacto ambiental.

El Tribunal de Primera Instancia (Juez Tercero de lo Penal de Esmeraldas) concede el amparo. El Tribunal Constitucional confirma la resolución del juez de instancia, y señala que la concesión pone en riesgo el derecho a un medio ambiente sano, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, negros y afroecuatorianos a conservar la propiedad de las tierras comunitarias, participar del usufructo, administración y conservación de los recursos naturales que se hallen en ellas, a conservar sus prácticas de manejo de la diversidad, y a no ser desplazados de sus tierras. Afirmo además que la propiedad de la tierra comunitaria tiene por objeto asegurar el mantenimiento de la cultura, los valores, creencias y tradiciones, y el desarrollo social, económico y organizativo de los pueblos indígenas y afroecuatorianos. Subraya además que se ha violado en el caso el derecho de estos pueblos a ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos renovables que se hallen en sus tierras, y que no puede alegarse para desconocer este derecho su falta de reglamentación legal.

En consecuencia, el Tribunal decide suspender la concesión minera impugnada.

Derecho aplicado: Constitución Política del Ecuador, artículos 23, 83, 84, 85, 88, 91; Convenio núm.169 de la OIT, artículo 15.

Consideraciones relevantes de la Corte:

Sobre la violación del derecho de consulta previa a la concesión: “Que, la concesión minera, a no dudarlo, afectará ambientalmente a los centros chachis y pueblos negros que habitan en la zona de concesión, en posesión ancestral de esas tierras o cuya propiedad ha sido ya legalmente reconocida, en algunos casos, tierras que se encuentran bañadas por el Río Cayapas, que constituye vía de comunicación e integración de tales pueblos, recurso indispensable para el desarrollo de su vida diaria, del que dependen para la alimentación, mediante la pesca, y para la higiene con el uso de sus aguas, por lo que, procedía la consulta previa a la concesión, tanto más que el artículo 88 de la Constitución manda que toda decisión estatal -como es la concesión minera- que pueda afectar al medio ambiente deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual esta será debidamente informada; y el artículo 15 del Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales del que es suscriptor el Estado Ecuatoriano establece la protección de los recursos naturales existente en las tierras y territorios indígenas, a cuyo efecto debe establecerse procedimientos de consulta para evaluar los efectos de la explotación en la vida de los pueblos, determinar si sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. De allí que constituía un imperativo la realización de la consulta, cuya omisión determina la ilegitimidad del acto impugnado”.

Comentarios: El Tribunal Constitucional aplica aquí explícitamente el artículo 15 del Convenio núm. 169, además de interpretar las normas constitucionales pertinentes en un sentido compatible con ese Convenio. Desde el punto de vista sustantivo, se identifica el alcance de los derechos colectivos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, subrayándose la especial importancia que para su subsistencia, cultura y valores tienen su territorio y el medio ambiente. Desde el punto de vista procedimental, la sentencia reconoce el derecho de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa a la toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses. Es importante también señalar que el Tribunal no acepta la excusa alegada por el Estado, es decir, la falta de reglamentación de la consulta: la ausencia de consulta, exista o no ley que la reglamente, tiene la consecuencia de invalidar la concesión.

GUATEMALA

GUATEMALA 1

Tribunal: Corte de Constitucionalidad

Caso: Expediente 199-95, Opinión Consultiva relativa al Convenio Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes (OIT), 18 de mayo de 1995.

Palabras claves: status del Convenio en el Derecho nacional; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; tierras y territorios; consulta y participación.

Sumario de los hechos: Se trata de la opinión consultiva efectuada a la Corte de Constitucionalidad por el Congreso de la República, acerca de la compatibilidad del Convenio núm.169 de la OIT con la Constitución Política de Guatemala, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

La Corte de Constitucionalidad analiza con detalle los antecedentes del Convenio núm.169, y presenta después el marco constitucional guatemalteco relevante en la materia. A continuación, analiza la compatibilidad general del Convenio con la Constitución. Finalmente, analiza la compatibilidad de cada una de las partes del Convenio con la Constitución. La Corte de Constitucionalidad concluye que el Convenio núm.169 es plenamente compatible con la Constitución Política de Guatemala.

Derecho aplicado: Constitución Política de Guatemala; Convenio núm. 169 de la OIT.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “[E]l Convenio 169 de la OIT, aporta nuevos elementos eficaces para remover los obstáculos que impiden a los pueblos indígenas gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales, en el mismo grado que el resto de la población; por una parte, se promueve el respeto a su cultura, religión, organización social y económica y a su identidad propia como pueblos, lo que ningún Estado democrático de derecho o grupo social puede negarles; y, por la otra, incorpora el mecanismo de la participación y consulta con los pueblos interesados, a través de sus organizaciones o de sus representantes, en el proceso de planificación, discusión, ejecución y toma de decisiones sobre los problemas que les son propios, como forma de garantizar su integridad, el reconocimiento, respeto y fomento de sus valores culturales, religiosos y espirituales”.

(...)

“En cuanto al primer aspecto, es decir, su estudio en conjunto, es necesario, previamente a analizarlo, determinar el lugar que el Convenio ocupa dentro del ordenamiento jurídico y su posición respecto de la Constitución para dilucidar si, en un momento determinado, podría substituir aspectos de la norma suprema por contradecirla, como se ha expuesto por algunos sectores. A ese respecto, cabe afirmar que se reconoce en el artículo 46 de la Constitución el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Al respecto, esta Corte ha considerado que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes, que ninguna

disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno, debe entenderse como su reconocimiento a la evolución en materia de derechos humanos, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico interno aquellas normas que superen al reconocimiento explícito de los derechos que ella posee, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso o recepción a la legislación nacional se daría, por lo tanto, no por vía del artículo 46, sino por la del primer párrafo del artículo 44, que dice: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. Congruente con lo anterior la Constitución garantiza su jerarquía y rigidez con las disposiciones de los artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204 y las relativas a que únicamente el poder constituyente o el procedimiento que establece el artículo 280 de la Constitución tienen facultad reformadora de la misma.

(...)

De manera preliminar puede afirmarse que el Convenio 169 de la OIT, en su conjunto, no contraviene la Constitución, ya que no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental sino que, al contrario, trata aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria”.

(...)

“Los artículos 2, 3, 4 y 5 tienden a asegurar los derechos humanos y libertades fundamentales de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, sin incurrir en discriminación, reconociendo los valores, costumbres e ideales que les son propios, lo que guarda armonía con los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 66, 67, 68 y 69.

El artículo 6 del Convenio establece que al aplicar las disposiciones del mismo, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, al prever medidas que les afecten, permitiendo la participación libre de los integrantes de dichos pueblos, a los efectos de alcanzar consensos mediante el diálogo, la negociación y la concertación, tal como se procede en casos similares con otros sectores de la sociedad. La Constitución prevé mecanismos de participación democrática a través de los cuales los ciudadanos pueden pronunciarse en cuestiones de elección de autoridades, respecto de decisiones de especial trascendencia y en aquellos casos en que se haga necesaria su participación en planes de desarrollo urbano y rural, por lo que la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena no vulnera ningún precepto constitucional, sino que reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala”.

(...)

“Así, el artículo 7 del Convenio establece que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades... y de controlar, “en la medida de lo posible”, su propio desarrollo económico, social y cultural, lo que evidencia que no constituye una norma preceptiva de aplicación inmediata e inflexible. El artículo 8 del Convenio establece que se debe tomar

en consideración el derecho consuetudinario de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”, es decir, no existe incompatibilidad con la Constitución.

El artículo 9 también contiene una norma en el mismo sentido, al establecer que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional se respetarán los métodos que estos pueblos utilicen para la represión de los delitos”. Como puede observarse, los artículos 8 y 9 al señalar la aplicación del derecho consuetudinario lo hacen siempre dentro del marco del derecho existente en el país de que se trate; así, el artículo 8 al señalar que al aplicar el derecho a los pueblos interesados deberán tomarse en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario, no establece que se juzgará con base en esas costumbres, sino que se tomarán en consideración éstas al momento de juzgar. El artículo 9 al indicar que deberán respetarse los métodos que los pueblos utilicen para la represión de los delitos prevé que esto será en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional, y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, por lo que si estos métodos los contrarían no serán aplicables. En lo que respecta al artículo 10, al establecer que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”, al imponérselas a los miembros de los pueblos indígenas, debe entenderse también que se refiere a tipos de sanción distintos, contemplados dentro de la legislación. Así puede mencionarse que en muchas comunidades no se utiliza como sanción de un delito la cárcel sino medidas reparadoras del daño, por lo que si estos mecanismos han sido eficaces en ciertas comunidades podrían introducirse en la legislación para que se apliquen a esos grupos indígenas; sin embargo, de no existir tipos de sanción diferentes del encarcelamiento deberá aplicarse éste, pero al haber incorporado dentro de la legislación otras sanciones diferentes al encarcelamiento deberá darse preferencia a las mismas. De ninguna manera, podría pretenderse su aplicación, si no existieran en la legislación”.

(...)

“La Parte II del Convenio, artículos 13 al 20, regula lo relativo a las Tierras, reconociendo la especial relación que tienen los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna manera y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. El concepto de tierras se refiere a los aspectos jurídicos sobre ellas. Se establece que deberá reconocerse el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan; así como el derecho de estos pueblos a no ser trasladados de esas tierras regulando que cuando el traslado y reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, debiendo regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron el traslado y reubicación; y si el retorno no fuere posible deberá compensárseles en los términos contemplados en el Convenio. Se deberán prever sanciones contra intrusiones no autorizadas a las tierras de su propiedad, tomando las medidas para impedir tales infracciones. A ese respecto esta Corte puede afirmar que la obligación de los gobiernos de respetar la importancia especial que para las culturas reviste su relación con las tierras o territorios, así como el hecho de reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, se encuentra concurrente con los preceptos de los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución. Además, los procedimientos a utilizar para decidir las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados, deberán instituirse conforme al artículo 14 inciso 3 del Convenio, o sea adecuados al marco del

sistema jurídico nacional, por lo que estando garantizada la propiedad privada como un derecho inherente a la persona en la Constitución Política de la República (artículo 39), en el caso de que las tierras que ocuparan los pueblos interesados fuesen propiedad de una persona distinta, ésta tiene a su disposición medios legales para reivindicarlas y, para afectar su derecho de propiedad, tendría que recurrirse a un procedimiento legal establecido por la Constitución, el que en este caso podría ser la expropiación por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público (artículo 40), porque de otra manera, conforme a la Constitución se encuentra prohibida la confiscación de bienes, la que, por supuesto, tampoco está admitida por el Convenio”.

(...)

“Como ha quedado expuesto, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no existen disposiciones que puedan considerarse incompatibles con el texto constitucional, pues interpretadas dichas normas dentro del marco general de flexibilidad con que fue concebido, el citado Convenio sólo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala así como la participación de ellos en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones sobre los asuntos propios de su comunidad.

Guatemala, ha suscrito, aprobado y ratificado con anterioridad varios instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento, promoción y defensa de los derechos humanos de los habitantes en general y de los cuales también son nominalmente destinatarios los pueblos indígenas; sin embargo, tomando en cuenta que si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad. Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe, conformada esa unidad dentro de la integridad territorial y las diversas expresiones socio-culturales de los pueblos indígenas, los que aún mantienen la cohesión de su identidad, especialmente los de ascendencia Maya, como los Achi, Akateco, Awakateco, Chorti, Chuj, Itza, Ixil, Jakalteco, Kanjobal, Kaqchikel, Kiche, Mam, Mopan, Poqomam, Poqomchi, Q'eqchi, Sakapulteko, Sikapakense, Tectiteco, Tz'utujil y Uspanteco. Esta Corte es del criterio que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional”.

Comentarios: El Presidente y el Congreso de la República tienen en Guatemala facultades para requerir a la Corte de Constitucionalidad opiniones consultivas. En este caso, el Congreso empleó ese mecanismo para requerir de la Corte de Constitucionalidad una opinión sobre la compatibilidad del Convenio núm. 169, cuya aprobación estaba sometida al Congreso, con la Constitución. La Corte de Constitucionalidad ofrece en esta opinión consultiva tanto una evaluación general del Convenio núm. 169, como un análisis de cada una de sus partes,

señalando la plena compatibilidad de ese instrumento internacional con la Constitución de Guatemala –que también contiene cláusulas de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Aunque no se trata de un caso contencioso, la opinión consultiva es importante porque ofrece pautas de interpretación para nuevos casos –y en ese sentido ha sido empleada por diversos tribunales.

GUATEMALA 2

Tribunal: Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán

Caso: Expediente E.312.2003 Of. 6to., sentencia de 25 de junio de 2003.

Palabras claves: derecho penal consuetudinario; justicia comunitaria; justicia penal; non bis in idem.

Sumario de los hechos: Se trata de una investigación penal por robo agravado, que involucra a tres miembros de una comunidad indígena.

El juez decreta el sobreseimiento de los tres imputados, por haberse demostrado que el hecho fue juzgado por las autoridades de la comunidad indígena, que ha impuesto una sanción a los responsables. El juez señala que del reconocimiento de la validez jurídica de la sanción aplicada por la comunidad se desprende la imposibilidad de aplicar nuevas sanciones penales a los responsables –lo contrario significaría violar el principio non bis in idem. La decisión se funda sobre normas constitucionales y cita extensamente las disposiciones aplicables del Convenio núm. 169 de la OIT.

Derecho aplicado: Constitución Política de Guatemala, artículos 46, 58 y 66; Convenio núm. 169 de la OIT, artículos 2, 8, 9 y 10.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Así también el Juez de autos, al analizar los artículos 46, 58 y 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala como fundamentación jurídica de la vigencia del derecho indígena, se concluye que a través de las mismas se garantiza el libre ejercicio de los derechos reconocidos en estos artículos e implica el derecho que tiene todo ciudadano a ser juzgado en su propio derecho dentro del marco de su identidad cultural, distinta a la que el Estado define como oficial. Lo que implica el legítimo respeto de la aplicación del derecho indígena dentro del marco constitucional del Estado Guatemalteco. Al analizar estos artículos debe quedar clara la obligación que adquiere el Estado al reconocer los derechos y la existencia de los “pueblos” o comunidades indígenas en su estructura jurídica. Los artículos constitucionales van más a fondo al establecer que el Estado promueve esas formas de vida y organización social así como la costumbre, traje é idioma. El mandato constitucional del artículo 66 se desarrolla y se viabiliza en la promoción que el Estado a través de los organismos e instituciones que lo componen, está obligado a llevar a cabo, lo que implica un compromiso explícito de actuar conforme los postulados del texto constitucional y tomando en consideración las opiniones consultivas de la Corte de Constitucionalidad, expediente *ciento setenta y uno guión dos mil dos* referente al estatuto de Roma y expediente *ciento noventa y nueve guión noventa y cinco* referente al Convenio *ciento sesenta y nueve de oit*. En virtud que ya ha quedado explícito, de que el convenio 169 está vigente en nuestra legislación y que no contradice ni es incompatible con la legislación constitucional, como quedó sentado por la Opinión de la Corte de Constitucionalidad, que manifiesta: “Esta Corte es del criterio que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento internacional complementario que viene a desarrollar

las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68, 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiene a consolidar el sistema de valores que programa el texto constitucional”.

“[A]l analizar el acta de fecha Veinticinco de Junio del año dos mil tres, suscrita por las autoridades comunitarias de Chiyax de este municipio y departamento, se concluye en la misma a través de la sanción en ella descrita, que no contraviene disposiciones relativas a Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos ni la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que deviene pertinente su aprobación y reconocimiento legal. En base a tales extremos y las consideraciones de hecho y de derecho anteriormente enunciadas las cuales al analizarse conjuntamente con los principios de no intervención o de mínima intervención del Derecho Penal –que establece en esencia que el mismo debe intervenir en Ultima Ratio, es decir, cuando las demás instancias legales hubiesen fracasado, cosa que no sucede en el presente caso ya que se dio una efectiva y legal aplicación del Derecho Indígena en la solución del presente conflicto– y al concatenarse dicho principio con el de NON BIS IN IDEM, el cual en esencia establece que una persona no puede ser Juzgada (dos veces) por el mismo hecho, y que de aplicarse también una sanción oficial o de los contenidos en el Código Penal se estaría contraviniendo dicho principio rector, y ante la imposibilidad de emitir una sentencia definitiva ya fuese condenatoria o absolutoria en su caso, pertinente resulta ante tal imposibilidad material de juzgar y siendo una causal objetiva de procedencia del sobreseimiento penal procedente resulta declararlo en las presentes actuaciones por Falta de Legitimidad en el ejercicio de la acción penal y pública por parte del Ente Fiscal por ausencia del monopolio de la acción, ya que la misma fue asumida íntegramente por las autoridades comunitarias de la comunidad de Chiyax y en aplicación de su derecho indígena (...)”.

Comentario: Se trata de otro caso de reconocimiento de la validez jurídica de una sanción aplicada por las autoridades comunitarias en un caso de delito, y de consecuente desestimación de la acción penal, por aplicación del principio non bis in idem. Además de citar extensamente las disposiciones del Convenio núm. 169, el juez alude también a la Opinión Consultiva sobre el Convenio núm. 169 de la Corte de Constitucionalidad (también comentada en esta publicación), en la que se consideró que el contenido del Convenio es compatible con la Constitución Política de Guatemala.

GUATEMALA 3

Tribunal: Corte de Apelaciones constituida en Tribunal de Amparo, Sala Tercera.

Caso: Amparo No. 46-2003 Of. 1., sentencia de 30 de octubre de 2003.

Palabras claves: cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; acciones positivas; medidas especiales; discriminación; mujeres indígenas.

Sumario de los hechos: Se trata de una acción de amparo promovida por el Procurador de los Derechos Humanos (Ombudsman) contra una resolución del Director del Sistema Penitenciario que obliga a todas las personas reclusas en centros penitenciarios a utilizar un uniforme color anaranjado. Ello ha obligado a las internas indígenas a despojarse de sus trajes tradicionales. El Procurador alega violaciones al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y cita en su respaldo el Convenio núm. 169 de la OIT.

La Corte de Apelaciones acoge el amparo, señalando que la imposición de la obligación de usar un uniforme y la correlativa prohibición de usar el traje típico constituye un caso de discriminación hacia los grupos indígenas y en especial hacia las mujeres indígenas. La Corte señala la incompatibilidad de la resolución con la obligación estatal de reconocer, respetar y promover la cultura y tradiciones de los pueblos indígenas, entre los que se cuenta el uso del traje típico. En consecuencia, ordena dejar sin efecto la resolución administrativa y restituir el derecho a usar el traje típico a los internos afectados.

Derecho aplicado: Constitución Política de Guatemala, artículos 2, 6, 12, 19, 39, 66, 203 y 204; Convenio núm.169 de la OIT, artículos 1, 2 y 5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “[U]niformar a reclusos o reclusas que representan al pueblo maya como en el presente caso, constituye una flagrante discriminación y una contravención al artículo 66 de la Constitución Política de la República que reconoce que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígena de ascendencia maya.

Que el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres y dialectos; por otra parte, no puede aceptarse que en forma arbitraria y sin ninguna base legal ni justificación se pretenda uniformar a miembros de los grupos indígenas de ascendencia maya en un acto que evidentemente constituye una discriminación a estos ciudadanos, sin perjuicio de los hechos por los que están sujetos a los tribunales. Por otra parte, de conformidad con el artículo 4º de la Constitución Política de la República de Guatemala que señala que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, y que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni otra condición que menoscabe su dignidad, toda vez que ninguna acción ejecutada en nombre del Estado de Guatemala, como ocurre en esta caso, puede fundarse en una acción indigna, de donde deviene procedente el amparo promovido”.

Comentarios: En una sentencia breve, el Tribunal identifica correctamente la afectación del derecho a usar el traje típico, como manifestación del derecho a la identidad cultural y al reconocimiento de la cultura y las tradiciones de los pueblos indígenas, por una resolución administrativa de apariencia en principio neutral. Se trata de un ejemplo sencillo, que ilustra el posible efecto negativo de medidas de carácter administrativo que no han tomado en cuenta la diferencia cultural de sus destinatarios de origen indígena, y la adecuada reparación judicial de esa afectación.

GUATEMALA 4

Tribunal: Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, Departamento de Petén

Caso: Proceso No. 517-2003 Of. I., sentencia de 18 de noviembre de 2003.

Palabras claves: Justicia penal; cultura, valores sociales, religiosos y espirituales; status del Convenio en el derecho nacional.

Sumario de los hechos: Se trata de un proceso penal iniciado contra un miembro de una comunidad indígena por denuncia de agentes de la Policía Nacional. Se le imputa el delito de “tráfico de tesoros nacionales”. De acuerdo a la autoridad policial, el imputado comerciaba con objetos de valor arqueológico, trasladándolos de una comunidad a otra.

El juez desestima la persecución penal, dando por probado que el imputado es un sacerdote Maya. El juez también da por probado que el imputado ha trasladado los objetos de valor histórico y cultural para la práctica de los rituales y ceremonias Mayas, y no con la intención de negociarlos o comercializarlos. Se funda en normas constitucionales y en el Convenio núm. 169 de la OIT, citando además la opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad en la que se considera que dicho Convenio es compatible con la Constitución Política de Guatemala.

Derecho aplicado: Constitución Política de Guatemala, artículo 66; Convenio núm.169 de la OIT, artículos 4, 5, 8, 9.1 y 9.2.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, versa sobre pueblos indígenas y tribales en Países independientes; Guatemala se caracteriza sociológicamente como un País multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio por lo que al suscribir, aprobar y ratificar, el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno... Guatemala, ha suscrito, aprobado y ratificado con anterioridad varios instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento, promoción y defensa de los derechos humanos de los habitantes en general y de los cuales también son nominalmente destinatarios los pueblos indígenas; sin embargo, tomando en cuenta que si bien es cierto que las reglas son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad. Guatemala es reconocida como un Estado unitario Multiétnico Pluricultural y Multilingüe, conformada esa unidad dentro de la integridad territorial y las diversas expresiones socio-culturales de los pueblos indígenas, los que aún mantienen la cohesión de su identidad, especialmente los de ascendencia Maya.”

“[E]l Inciso a) del Artículo 5 [del Convenio 169], establece: “Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se

les plantean tanto colectiva como individualmente.” El inciso b) del precitado artículo, del mismo convenio establece que deberán respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos. Consecuentemente el numeral 1, del artículo 8 del Instrumento Internacional mencionado, establece: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus COSTUMBRES O SU DERECHO CONSUECUDINARIO.” El numeral 2, del precitado artículo establece: “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.” Lo que implica para las instituciones Estatales, incluyendo los tribunales, que como principio fundamental, deben respetarse instituciones y costumbres de los pueblos indígenas. Tomando en cuenta lo que establece el numeral 1 del Artículo 9 del Convenio 169 de la OIT, el que establece: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Pero si en el derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas se encuentra instituida una figura o autoridad comunitaria; las instituciones creadas mediante legislación estatal, incluyendo el Organismo Judicial, no deben recriminarla u observarla como la comisión de un delito, siempre y cuando se esté dedicando a la actividad que por práctica u observancia de la costumbre le pertenece, es decir si desarrolla una actividad propia de la institución de la Comunidad indígena; sino al contrario deben respetar y distinguir las instituciones que paralelamente funcionan dentro del Derecho Indígena, en algún momento las instituciones gubernamentales especialmente el Organismo Judicial, que por norma Constitucional está llamado a impartir Justicia, deben hacer una clara distinción entre la Ley y la Justicia, ya que Nuestro Derecho Indígena, que goza de reconocimiento Internacional, tiene también sus instituciones, en tal sentido no debe aplicarse la ley, sino una Justicia Pronta y cumplida; esta interpretación se hace de conformidad con el numeral 2, del artículo 9, del mismo instrumento Internacional citado, el que establece: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

Comentarios: Aunque se trata de un caso simple –desestimación de la acción penal por no constituir delito los hechos denunciados–, el caso merece destacarse por varios factores. Primero, por la aplicación del Convenio núm. 169 por parte de un juez ordinario. Segundo, por la lectura conjunta y armónica que hace el juez de las normas constitucionales en relación con las del Convenio núm. 169. Tercero, porque el juez identifica correctamente el problema –el traslado de objetos de valor histórico y ritual está motivado en el caso por la realización de ritos y ceremonias indígenas, que lejos de constituir un delito, constituye el ejercicio de un derecho protegido por la Constitución y por el Convenio núm. 169. Cuarto, porque el juez reconoce la aplicación al caso del derecho consuetudinario Maya, como pauta de reconocimiento de la investidura religiosa del imputado. Y quinto, por el empleo de prueba testimonial para demostrar esa investidura.

MEXICO

MÉXICO 1

Tribunal: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Caso: “Herminio Quiñones Osorio y otro c/LVII Legislatura de Estado de Oaxaca y otro”, Expediente SUP-JRC-152/99, sentencia de 11 de noviembre de 1999.

Palabras claves: elecciones, derecho consuetudinario, organización política, instituciones

Sumario de los hechos: representantes de una comunidad indígena del Estado de Oaxaca, México, impugnan la decisión de la Legislatura del Estado que invalida la elección de autoridades municipales (concejales) realizada en la comunidad bajo las normas de derecho consuetudinario. La demanda reclamaba también la convocatoria a nuevas elecciones. Los impugnantes alegan violaciones a los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 7º, 8º y 12 del Convenio núm.169 de la OIT, entre otras.

El Tribunal advierte una aparente contradicción en la demanda, que parece reclamar simultáneamente la convalidación de las elecciones, y la realización de nuevas elecciones. Sin embargo, decide reinterprelarla, de manera que considera que el reclamo principal de los impugnantes es la convalidación de la elección efectuada de acuerdo a normas consuetudinarias indígenas, y que el pedido de convocatoria a nuevas elecciones debe entenderse como subsidiario. El Tribunal también decide recalificar el tipo de acción empleada. Bajo estas consideraciones, declara que la acción es procedente.

Derecho aplicado: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 4º; 41, base IV, y 99, párrafo cuarto, fracción V; Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación artículo 199, fracción XII; Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, artículo 26, párrafo 3; Convenio núm.169 de la OIT

Consideraciones relevantes del Tribunal: “En este sentido, es indudable que los actores hacen valer presuntas violaciones a sus derechos político-electorales de votar en las elecciones que, mediante el sistema de derecho consuetudinario, tienen reconocidos, conforme con lo que se dispone en el artículo 4º, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en relación con el artículo 133 de la Constitución federal, así como 16 y 25 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; de manera que con las expresiones antes transcritas, esta Sala Superior del Poder Judicial de la Federación considera que los hoy inconformes satisfacen el tercero de los requisitos que para la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano se establece en el artículo 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral”.

Comentarios: La decisión del Tribunal Electoral de la Federación es importante, ya que reconoce, sobre la base del Convenio núm. 169, el derecho de los miembros de la comunidad indígena de realizar elecciones conforme a sus normas de derecho consuetudinario, y a su vez el derecho a acceder a la justicia electoral cuando esos derechos son desconocidos.

Cabe, sin embargo, señalar que la recalificación del tipo de acción hecha por el Tribunal no parece haber considerado las implicaciones del Convenio núm. 169. Los impugnantes, en su carácter de representantes de la comunidad, decidieron entablar un juicio de revisión constitucional electoral. El Tribunal consideró improcedente ese juicio, porque, de acuerdo a la ley electoral, sólo están habilitados para presentarlo los partidos políticos. Sin embargo, el Tribunal recalifica la acción, convirtiéndola en un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

La paradoja del caso es que el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano es un juicio para cuyo planteo están habilitados los ciudadanos en su carácter individual –de modo que el Tribunal no legitimó a la comunidad como sujeto colectivo cuyos derechos han sido aparentemente violados, ni consideró a los impugnantes en su carácter de representantes de la comunidad, sino como meros miembros individuales de la comunidad. La aplicación del Convenio núm.169 hubiera requerido una interpretación de los requisitos de legitimación de los instrumentos de tutela en materia electoral, a efectos de captar la dimensión colectiva del derecho de la comunidad indígena a elegir sus autoridades municipales a través de sus normas consuetudinarias.

MÉXICO 2

Tribunal: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Caso: “Joel Cruz Chávez y otros c/Quincuagésima Novena Legislatura del Estado de Oaxaca y otros”, SUP-JDC-11/2007, sentencia de 6 de junio de 2007.

Palabras claves: elecciones, medidas especiales, acceso a la justicia, derecho consuetudinario, organización política, instituciones

Sumario de los hechos: Los impugnantes promueven juicio contra las autoridades del Estado de Oaxaca por la situación de ausencia de convocatoria a elecciones en un municipio indígena. Reclaman el mantenimiento de una situación de suspensión de los derechos electorales a nivel municipal que ha durado casi cinco años, y que además afecta su derecho a elegir autoridades de acuerdo al derecho consuetudinario de la comunidad indígena. Alegan que, a través de distintos actos, las autoridades del Estado de Oaxaca han prolongado la situación de postergación de las elecciones, impidiendo así a la comunidad elegir sus propias autoridades.

El Tribunal señala que los impugnantes no han identificado correctamente el acto lesivo, pero considera que, como medida especial por tratarse de una comunidad indígena, puede subsanar ese defecto (a través de la denominada “suplencia de la queja”). En el mismo sentido, ante la excepción presentada por las autoridades estatales, en el sentido de que la demanda fue interpuesta tardíamente, el Tribunal decide interpretar con flexibilidad el plazo de impugnación, empleando nuevamente la noción de “medida especial”. La flexibilización del plazo de presentación de demanda se funda en las particulares características de la comunidad indígena afectada. En ambos casos, para justificar la adopción de “medidas especiales”, el Tribunal acude al Convenio núm. 169 de la OIT.

Sobre la cuestión de fondo, el Tribunal considera, entre otras cuestiones, la falta de consulta a la comunidad indígena sobre la convocatoria a elecciones como un elemento de juicio para determinar la existencia de una prolongación injustificada de la situación de violación de los derechos electorales de la comunidad. El Tribunal considera que el mantenimiento de la situación carece de motivación adecuada, revoca la norma que prolonga esa situación, y ordena a las autoridades estatales la adopción de las medidas necesarias para convocar a elecciones de concejales en el municipio (que incluyen la consulta a la comunidad).

Derecho aplicado: Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 41, fracción IV, y 99 párrafo IV, fracción V; 184; 186, fracción III, inciso c); Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, artículos 187, y 189, fracción I, inciso f); Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, artículos 25 y 84, párrafo 1, inciso b), Convenio núm.169 de la OIT, artículos 2, 4.1, 8.1, 12 y 30.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “La interpretación sistemática y funcional de los artículos 2, apartado A, fracción VIII, 17 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2, 4, 9, 14 y 15 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 2, 4, apartado 1 y 12 del *Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989*, y 1, apartado 1 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos conduce a sostener, que los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano promovidos por integrantes de comunidades o pueblos indígenas, por medio de los cuales se plantee, como consecuencia del desconocimiento o infracción de las prerrogativas ciudadanas tuteladas con este medio de control constitucional, el menoscabo o enervación de la autonomía política con que cuentan dichos pueblos y comunidades para elegir sus autoridades o representantes conforme sus propias normas, procedimientos y prácticas tradicionales, esta Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está en aptitud no sólo de suplir la deficiencia en los motivos de inconformidad, en términos del artículo 23, apartado 1 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, sino de corregir cualquier tipo de defecto o insuficiencia del escrito de demanda, como por ejemplo, determinar con base en los elementos existentes en autos o los que en su caso se requieran, el acto que realmente causa agravio a la parte actora, aun cuando dicho acto no se señale explícitamente en el escrito de demanda, y actuar en consecuencia, sin más limitaciones que las derivadas de los principios de congruencia y de contradicción inherentes a todo proceso jurisdiccional, en tanto se considera que semejante medida es consecuente con los postulados constitucionales que reconocen los derechos de estas colectividades y sus integrantes, además de ser idónea conforme las exigencias derivadas de la legislación federal vigente y de los tratados internacionales suscritos y ratificados por México en la materia e incluso, es de naturaleza similar a las previstas por el ordenamiento federal en casos análogos en los cuales son parte en un proceso judicial, los integrantes de grupos sociales vulnerables o históricamente desprotegidos”.

“En ausencia de legislación secundaria aplicable de manera directa, el contenido normativo esencial del derecho de acceso pleno de los indígenas a la jurisdicción estatal o, lo que es igual, dada la función que desempeñan los derechos de las colectividades indígenas para erradicar las desigualdades fácticas en las cuales se encuentran respecto del resto de la población, las medidas que deben adoptarse para hacer efectivo este principio constitucional son susceptibles de desarrollarse o concretarse a partir de otras disposiciones de inferior jerarquía normativa, como son los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano o las leyes secundarias (en este caso federales) que se constituyan en forma inequívoca como expresión de las facultades, garantías o posiciones jurídicas no explicitadas constitucionalmente pero que evidentemente se hacen derivar de su relación con el derecho fundamental, o bien, que sin mediar esa relación en forma clara, se trate de mecanismos o instrumentos que respondan a igual o semejante finalidad, pues en este caso, por virtud del principio de completitud, se justificaría su adopción por existir, en lo sustancial, las mismas razones.

Sobre esta base, debe recordarse que en nuestro país está vigente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia General de dicho organismo internacional el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, ratificado por México el cinco de septiembre de mil novecientos noventa y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y uno. Entre sus disposiciones se encuentran las siguientes:

1) La responsabilidad (de los gobiernos) de desarrollar una acción coordinada y sistemática para la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, que debe incluir medidas que: **a)** aseguren a sus integrantes gozar, en pie de igualdad, de los derechos y

oportunidades que la legislación nacional otorgue a los demás miembros de la población, **b)** promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, con pleno respeto a su identidad social y cultural, sus tradiciones y costumbres, y sus instituciones, y **c)** ayuden a sus miembros a eliminar las diferencias socioeconómicas existentes respecto del resto de la población (artículo 2);

2) La obligación de adoptar las *medidas especiales* que se precisen para salvaguardar las persona, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas (artículo 4, apartado 1), y

3) Las colectividades indígenas deben tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, personalmente o por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de semejantes derechos, e incluso, deben tomarse las medidas para garantizar que los indígenas puedan comprender y hacerse comprender en procesos legales, mediante la facilitación si fuere necesario, de intérpretes u otros medios eficaces (artículo 12).

Los preceptos enunciados, por así disponerlo el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, forman parte de la "*ley suprema de toda la Unión*", es decir, integran el sistema de fuentes federal y los juzgadores, estatales o federales, están obligados a observarlas, en su actuación, al resolver los litigios de su competencia.

En aplicación de lo anterior, de las disposiciones del convenio citado se tiene que, en consonancia con la función y naturaleza de los derechos de las colectividades indígenas y de sus miembros, es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a estos sujetos, en condiciones de igualdad real respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses jurídicamente relevantes en aquellos casos en los cuales consideren que han sido violados o desconocidos, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales, como está garantizado para todos gobernado en el ordenamiento jurídico mexicano.

Tales medidas especiales deben ser idóneas, objetivas y proporcionales para la consecución del fin a saber, la eliminación del obstáculo o barrera que se advierta y, en última instancia, a que los indígenas consigan un acceso real, efectivo, a la jurisdicción estatal".

"Con base en esta interpretación, en consonancia con la obtenida a partir del texto constitucional, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y del diverso instrumento internacional que se ha invocado (el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo), el Estado Mexicano, a través de sus órganos, debe proveer las medidas de corrección o compensación necesarias que permitan, a los sujetos situados en desigualdades de hecho, acceder al libre y efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales, pues de otra manera tales derechos se traducen en meras declaraciones retóricas carentes de virtualidad, con lo que se desnaturaliza su función de instrumentos para el pleno desarrollo de la persona y se socava la dignidad de la persona, sustento de todo el andamiaje estatal".

"Por su parte, en consonancia con lo anterior, en términos del artículo 8, apartado 1 del Convenio

sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, cuando se aplique la legislación nacional (en este caso, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral) a los pueblos indígenas (y sus integrantes) deben tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

El mandato en comento se traduce en el deber del órgano judicial o jurisdiccional competente para conocer y resolver de la controversia en la cual formen parte los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas (individual o colectivamente) de interpretar las disposiciones constitucionales y legales que rigen el proceso contencioso y la materia sustantiva del litigio, con especial consideración de las normas consuetudinarias indígenas del caso y de las particulares condiciones o cualidades culturales del pueblo o comunidad de que se trate, mismas que comprenden los modos de vida y costumbres, los conocimientos y el grado de desarrollo artístico, científico o industrial de un determinado conglomerado humano socialmente cohesionado, que les identifica entre sí y les permite autoadscribirse como miembros de ese grupo social.

Tales costumbres y especificidades culturales de los pueblos y comunidades indígenas deben ser ponderados por el juzgador al momento de resolver la controversia o litigio en el cual sean parte los integrantes de estas colectividades, pero también al momento de analizar la satisfacción de los requisitos de procedencia de algún juicio o recurso, dada la importancia que revisten, pues únicamente mediante su acreditación es factible estudiar el fondo del asunto y, en su caso, obtener una tutela judicial completa y efectiva, lo cual es, además, congruente con la finalidad de la disposición constitucional según se estableció en el considerando segundo, pues con la misma se pretende hacer compatible, en la medida de lo posible y dentro de los parámetros de la Carta Magna, la impartición de justicia con la cultura y cosmovisión indígena, de tal suerte que estos justiciables no perciban a la jurisdicción estatal y los órganos que la ejercen como entidades ajenas e incompatibles con su entorno.

De igual forma, la disposición en cita procura que el juzgador esté en posibilidad de analizar los alcances de las normas indeterminadas y abstractas, dispuestas por el legislador para la generalidad de los casos, cuando están involucrados indígenas, cuyas conductas y comportamientos responden a sus propias tradiciones y costumbres, así como a las particulares condiciones en que desarrollan su vida, que no necesariamente son coincidentes con los elementos considerados por el legislador al momento de elaborar las leyes para fijar aquellas hipótesis normativas generales.”

“El deber de actuar en los términos apuntados deriva de lo previsto en el artículo 30 del citado Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, según el cual los gobiernos deben adoptar medidas que vayan acorde con las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas, con el fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente los derivados del propio convenio (entre los cuales están las prerrogativas ciudadanas de participación política), como sería, con carácter ejemplificativo, la utilización de traducciones escritas y otras formas de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos”.

Mas aún, el Consejo General del instituto local electoral, con el fin de determinar la falta de condiciones para la celebración de comicios bajo las normas del derecho consuetudinario, no tomó en consideración la opinión de los habitantes de Tanetze de Zaragoza, cuestión a

la cual estaba obligado, en atención al artículo 6, numeral 1, inciso a), del Convenio núm.169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del cual México forma parte, que a la letra señala:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;”.

Comentarios: El Tribunal Electoral hace uso aquí del Convenio núm.169 para flexibilizar la rigidez de requisitos formales –la identificación exacta del acto impugnado, el plazo para impugnarlo. Emplea para ello la noción de “medida especial”, justificada en el caso por tratarse de los derechos de una comunidad indígena.

El Convenio núm.169 también se invoca para evaluar la diligencia de la autoridad estatal en el reestablecimiento del derecho conculcado –en el caso, la ausencia de consulta a la comunidad sobre la realización de elecciones se toma como indicio de falta de diligencia, que determina, entre otros factores, la decisión del Tribunal en el sentido de considerar indebidamente motivado el acto de postergación de las elecciones según el derecho consuetudinario indígena.

VENEZUELA

VENEZUELA 1

Tribunal: Corte Suprema de Justicia

Caso: “Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasuay s/acción de nulidad por inconstitucionalidad y amparo constitucional”, sentencia de 6 de octubre de 1998 (Magistrado Ponente: José Luis Bonnemaïson W.).

Palabras claves: tierras y territorio, propiedad, personalidad jurídica; medios de subsistencia; discriminación; status del Convenio en el derecho nacional.

Sumario de los hechos: La comunidad indígena Jesús, María y José de Aguasay impugna a través de una acción de nulidad constitucional una Ordenanza dictada por el Municipio Maturín, del Estado Monagas, del noreste de Venezuela. La Ordenanza impugnada, destinada a delimitar el territorio del municipio, declaró terreno del municipio los territorios ancestrales de la comunidad, y autorizó a terceros el uso de esas tierras. Para ello, declaró que la comunidad indígena estaba “extinguida”. La comunidad alega violaciones al derecho de propiedad y a la cláusula constitucional que ordena la protección de las comunidades indígenas. La comunidad solicita que se reconozca la existencia de la comunidad indígena, y la existencia de título de propiedad de sus tierras ancestrales, además de la nulidad de los actos de concesión a terceros de derechos sobre esas tierras.

La Corte Suprema valora la prueba aportada por la comunidad, en el sentido de contar con reconocimiento jurídico a través de los censos indígenas de 1982 y 1992. La Corte valora también positivamente documentos oficiales de la Oficina Central de Estadística e Informática de la Presidencia de la República, que señala que la comunidad ha logrado mantener su identidad étnica, su idioma, diversas costumbres sociales y creencias religiosas, así como el arraigo a sus tierras ancestrales. El Tribunal concluye que la comunidad existe, y no está “extinguida”. Ello la conduce a declarar la nulidad de la Ordenanza, que adjudica al municipio el territorio en disputa por considerar que la comunidad indígena está extinguida. La Corte señala además que la ordenanza desconoce los derechos humanos de la comunidad, y viola la cláusula constitucional que ordena la protección de las comunidades indígenas –empleando para interpretar esta cláusula los Convenios 107 y 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales.

En consecuencia, la Corte acoge el planteo de la comunidad y declara anulada las normas impugnadas de la ordenanza municipal.

Derecho aplicado: Constitución venezolana de 1961 (ya derogada), artículos 58, 61, 72, 77 y 119; Convenio 107 de la OIT, Convenio núm. 169 de la OIT.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “El artículo 77 de la Constitución de la República dispone:

“La ley estableciera el regimen de excepcion que requiera la proteccion de las comunidades de indigenas”.

Para ilustrar el contenido constitucional de esta norma (concisa per se) y configurar su alcance e inteligencia, en definitiva, interpretarla, la Corte estima oportuno citar los siguientes textos:

1) Ley Aprobatoria del Convenio N° 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, Gaceta Oficial N° 3.235 Extraordinaria de 3 de agosto de 1983:

“Artículo 11: Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”.

“Artículo 14: Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de”:

“a) La asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizar los elementos de una existencia normal para hacer frente a su posible crecimiento numérico”

“b) El otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean”.

2) Convenio núm.169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 7 de junio de 1989:

“Parte II. Tierras”

“Artículo 13”

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

“2. La utilización del término <<tierras>> en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

“Artículo 14”

“1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

“2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

“3. *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados*”.
(...)

La Corte asume la esencia de los textos antes señalados, como contenido e interpretación del régimen de excepción, previsto en el artículo 77 constitucional y advierte que la Ordenanza impugnada, lesiona flagrantemente dicho dispositivo puesto que, como se ha reiterado, en la presente sentencia, el acto impugnado *extingue una comunidad indígena existente y, consecuentemente, declara las tierras como ejidos*”.

Comentarios: Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia ya no existe como tal: con la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en marzo de 2000, la Corte fue disuelta, y reemplazada por el Tribunal Supremo de Justicia. Esta sentencia se funda en la Constitución previa, de 1961, que contaba con una cláusula breve sobre derechos de los pueblos indígenas (el artículo 77). La Constitución de 2000 ha incorporado cláusulas más extensas y detalladas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que recogen en parte el lenguaje del Convenio núm.169.

Lo que debe destacarse en el caso es que la Corte Suprema emplea el Convenio núm. 169 para interpretar y darle alcance a la norma constitucional sobre pueblos indígenas aun cuando, al momento del dictado de la sentencia, Venezuela no había ratificado aún el Convenio núm.169 –aunque sí había ratificado el Convenio núm. 107, que también es mencionado en la sentencia como fuente de interpretación de la norma constitucional.

VENEZUELA 2

Tribunal: Tribunal Supremo de Justicia

Caso: “Municipio Aguasay del Estado Monagas v. Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasay y otro s/acción declarativa plena de propiedad”, Expediente N° 1999-16.135, sentencia N° 01035 del 27 de abril de 2006 (Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa).

Palabras claves: tierras y territorio, propiedad; status del Convenio en el derecho nacional.

Sumario de los hechos: Esta sentencia está relacionada con el caso “Comunidad Indígena Jesús, María y José de Aguasay s/acción de nulidad por inconstitucionalidad y amparo constitucional”, sentencia de 6 de octubre de 1998. decidido por la extinta Corte Suprema de Justicia y también comentado en esta publicación.

En este caso, es el Municipio Aguasay quien inició una acción declarativa destinada a que el Tribunal Supremo de Justicia declarara que las tierras ocupadas por la comunidad indígena Jesús, María y José de Aguasay constituían territorio ejidal del municipio, y que por ende los actos de contratación con una compañía minera efectuados por la comunidad eran nulos. El municipio funda su demanda en una nueva Ordenanza, dictada con posterioridad a la sentencia de la Corte Suprema, en la que se reitera el contenido de la anterior Ordenanza anulada, incluyendo una vez más en el territorio del municipio las tierras ancestrales de la comunidad, aunque bajo distinto fundamento. El municipio ya no se adjudica las tierras bajo la justificación de que correspondían a “comunidades indígenas extintas” (ver comentario de sentencia de la Corte Suprema), sino que funda su propiedad en una adjudicación real de 1783, señalando que el municipio ha poseído, disfrutado y administrado pacíficamente ese territorio como único dueño desde la época de la colonia.

El Tribunal Supremo rechaza la acción, señalando que los dichos y pretensiones del municipio son contradictorios. Ello porque el municipio afirma simultáneamente que es poseedor pacífico y continuo del territorio, y que las comunidades indígenas y la compañía minera han perturbado esa posesión, y requiere simultáneamente una declaración de su título, la emisión de una sentencia constitutiva de su título, y la protección contra actos posesorios de los supuestos intrusos. El Tribunal acoge también la excepción de cosa juzgada interpuesta por la comunidad indígena, considerando que existe –pese a los cambios formales– identidad entre lo decidido por la Corte Suprema en su sentencia anterior, y lo reclamado en este caso. El Tribunal sostiene que aquello que el municipio no puede desconocer lo que fue declarado como probado en el juicio anterior –es decir, la existencia de la comunidad y la posesión ancestral de su territorio. Agrega, además, que la nueva constitución y la ratificación del Convenio núm. 169 refuerzan los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema para fundamentar su decisión.

Derecho aplicado: La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Ley Aprobatoria del Convenio N° 169, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Convenio núm. 169 de la OIT.

Consideraciones relevantes del Tribunal: “Dentro de esta perspectiva, debe señalarse que los fundamentos normativos asumidos en esencia por el referido fallo [se refiere a la anterior sentencia de la Corte Suprema], se encuentran ahora ampliados, aumentados y fortalecidos de manera muy especial en nuestro vigente ordenamiento jurídico.

(...)

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, en relación a los derechos de los pueblos indígenas, lo siguiente:

[transcribe normas constitucionales]

Asimismo, la Ley Aprobatoria del Convenio N° 169, sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Gaceta Oficial N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001, aprobado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 26 de junio de 1989, dispone:

“Parte II. Tierras

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

“Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

En relación a la precitada Ley aprobatoria, debe indicarse que dicho Convenio, el cual no estaba aprobado por el extinto Congreso de la República para el momento en que se declaró la nulidad de Ordenanza, constituyó fundamento normativo del citado fallo de la extinta Corte Suprema de Justicia.

Comentarios: El caso guarda estrecha relación con el previamente decidido por la Corte Suprema. Entre los dos casos, se produjo una reforma constitucional, que llevó a la adopción del texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada en marzo de 2000. En lo que importa aquí, la nueva constitución produjo dos cambios importantes. Primero, disolvió la antigua Corte Suprema de Justicia, y la reemplazó por un Tribunal Supremo de Justicia. Y segundo, incluyó un capítulo entero, y disposiciones extensas y detalladas, sobre los derechos de los pueblos indígenas, además de incluir los derechos, intereses y reivindicaciones de los pueblos indígenas en otras cláusulas.

Otro cambio trascendente producido entre ambas decisiones fue la ratificación, por parte de Venezuela, del Convenio núm. 169 (aprobado internamente por ley del Congreso publicada el 17 de octubre de 2001, y ratificado internacionalmente el 22 de mayo de 2002).

Lo relevante, además de la procedencia de la excepción de cosa juzgada interpuesta por la comunidad indígena y el consecuente rechazo de la demanda del Municipio, es que el Tribunal Supremo de Justicia no sólo consideró que los fundamentos normativos expuestos por la Corte Suprema en la sentencia anterior continuaban siendo válidos, sino que sostuvo además –dados los cambios constitucionales y legales, incluyendo la ratificación del Convenio núm.169– que dichos fundamentos normativos se encontraban al momento de dictado de la nueva sentencia “ampliados, aumentados y fortalecidos de manera muy especial en nuestro vigente ordenamiento jurídico”. El Tribunal Supremo de Justicia ha respaldado así la interpretación conforme de las normas constitucionales que establecen derechos de los pueblos indígenas con las disposiciones del Convenio núm.169 de la OIT.







ANEXO 1

CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 1989

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 junio 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957,

adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

PARTE I. POLÍTICA GENERAL

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la indole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario,

intérpretes u otros medios eficaces.

PARTE II. TIERRAS

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
- b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

PARTE III. CONTRATACIÓN Y CONDICIONES DE EMPLEO

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.
2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:
 - a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
 - b) remuneración igual por trabajo de igual valor;
 - c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
 - d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.
3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:
 - a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;
 - b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;
 - c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
 - d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

PARTE IV. FORMACIÓN PROFESIONAL, ARTESANÍA E INDUSTRIAS RURALES

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

PARTE V. SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

PARTE VI. EDUCACIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

PARTE VII. CONTACTOS Y COOPERACIÓN A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

PARTE VIII. ADMINISTRACIÓN

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

Parte IX. Disposiciones Generales

Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

PARTE X. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXO 2

La situación del Convenio núm. 169 en los sistemas jurídicos de los países ratificantes
Debe examinarse la postura legal exacta del Convenio para cada país, según las disposiciones pertinentes de la constitución nacional u otras leyes relevantes, así como la jurisprudencia de los tribunales en este tema. Por lo tanto, el siguiente cuadro presenta solo un punto de partida muy general para un examen de ese tipo. No obstante, el cuadro muestra que en un gran número de países el Convenio forma parte de la legislación nacional y puede invocarse de manera directa ante los tribunales.

La situación del Convenio núm.169 en los sistemas legales de los países ratificantes:

- **Argentina:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y tienen jerarquía superior a las leyes nacionales (Constitución, arts. 31 y 75, párrafo 22);
- **Bolivia:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley; los convenios sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución (Constitución, arts. 257(I) y 410(II));
- **Brasil:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y su jerarquía puede ser superior a las leyes nacionales (Constitución, art. 5);
- **Chile:** Los tratados internacionales ratificados tienen fuerza de ley. La Constitución Política establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, tal como es el caso del Convenio núm. 169 (art. 5 inciso 2°)
- **Colombia:** Los tratados internacionales ratificados tienen fuerza de ley; los convenios sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución (Constitución, arts. 53 y 93, párrafo 1);
- **Costa Rica:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación y su jerarquía es superior a las leyes nacionales (Constitución, art. 7);
- **Dinamarca:** Los tratados internacionales no tienen fuerza de ley a partir de su ratificación;
- **Dominica:** Los tratados internacionales no tienen fuerza de ley a partir de su ratificación;
- **Ecuador:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y tienen jerarquía superior a las leyes ordinarias. Los tratados sobre derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (Constitución, arts. 417, 424 y 425);
- **Fiji:** Los tratados internacionales no tienen fuerza de ley a partir de su ratificación;
- **Guatemala:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación; los convenios sobre derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno (Constitución, art. 46);
- **Honduras:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y tienen jerarquía superior a las leyes nacionales (Constitución, arts. 16 y 18);
- **México:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación y su jerarquía es superior a las leyes nacionales (Constitución, art. 133);
- **Nepal:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley desde su ratificación y prevalecen en el caso de incompatibilidad con las leyes nacionales (Ley de Tratados de 1990, artículo 9);
- **Países Bajos:** Los tratados internacionales se aplican directamente y tienen la misma jerarquía que la Constitución (Constitución, art. 94);
- **Noruega:** Los tratados internacionales no tienen fuerza de ley a partir de su ratificación (Constitución, art. 110);
- **Paraguay:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación y su jerarquía es superior a las leyes nacionales (Constitución, art. 137, párrafo 1, y 141);
- **Perú:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación. Los tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución (Constitución, arts. 3, 55 y Cuarta disposición final y transitoria);
- **España:** Los tratados internacionales tienen desde su ratificación fuerza de ley y su jerarquía es superior a las leyes nacionales (Constitución, art. 96, párrafo 1);
- **Venezuela:** Los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación; los convenios sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución (Constitución, arts. 22 y 23).

ANEXO 3

El sistema de control de la OIT

Los Estados deben **presentar memorias regularmente** a la OIT acerca de la aplicación de los Convenios ratificados, indicando no sólo si las leyes nacionales están en conformidad con el Convenio en cuestión, sino también informando a la OIT de lo que se ha hecho para asegurarse de que el Convenio ha tenido un impacto a nivel práctico.

Es importante recordar que, a diferencia del resto del sistema de la ONU, la OIT es una organización **tripartita**, lo que significa que sus mandantes, y por lo tanto los responsables de la toma de decisiones, no son sólo los gobiernos, sino también los trabajadores y empleadores (**mandantes de la OIT**). Todos ellos desempeñan un papel activo en la supervisión de los convenios ratificados.

- *Puede encontrar información más detallada relativa a los procedimientos de supervisión de la OIT en Las reglas del juego: Una breve introducción a las normas internacionales del trabajo y en Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo⁶²⁾*

El control regular de los Convenios de la OIT

La presentación de memorias en relación a los convenios de la OIT está regulada por el artículo 22 de la **Constitución de la OIT**. Se requiere que los Estados presenten memorias con información referente a los Convenios de la OIT ratificados a intervalos de **uno a cinco años**, dependiendo del convenio en cuestión, e informando de cualquier problema con el que se hayan encontrado al aplicar el Convenio. Se deben entregar memorias con respecto al Convenio núm. 169 por lo menos cada cinco años.

Las organizaciones de trabajadores y empleadores pueden presentar observaciones relativas a la aplicación de los Convenios ratificados a título propio (artículo 23 de la Constitución de la OIT) a sus gobiernos o directamente a la Oficina Internacional del Trabajo. Pueden, por ejemplo, hacer notar una discrepancia en la ley o en la práctica referente a un Convenio que podría de lo contrario haber pasado inadvertida.

El órgano de la OIT que examina la aplicación de los Convenios ratificados es la **Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)**. Se trata de un órgano compuesto por 20 expertos independientes que se reúne una vez al año. La Comisión examina las memorias de los Estados, las observaciones de las organizaciones de trabajadores y empleadores y otra información de relevancia, como información del sistema de Naciones Unidas. La última incluye información de los comités de la ONU responsables del control de los tratados de derechos humanos así como información oficial proveniente de órganos y mandatos pertinentes de la ONU, incluyendo el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

La CEACR participa en un proceso de diálogo continuo con los gobiernos sobre la aplicación de los Convenios ratificados. Este control regular puede ser muy efectivo a la hora de identificar lagunas en materia de aplicación e información y proponer medidas y mecanismos para mejorar la aplicación. Los comentarios de la Comisión sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas por parte de los Estados pueden adoptar la forma de “observaciones” o “solicitudes directas”:

- **Observaciones.** Las observaciones son los comentarios públicos de la CEACR acerca de la aplicación de los Convenios de la OIT. Ponen de relieve los puntos en los que se ha progresado así como las áreas de preocupación; asimismo, pueden solicitar más información acerca de temas determinados. Las observaciones se publican cada año en forma de libro⁶³⁾ y en la base de datos online ILOLEX (<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>).
- **Solicitudes directas.** Éstas se comunican directamente al gobierno en cuestión y normalmente piden más información sobre temas específicos. También se publican en el sitio Web de la OIT (ILOLEX).

62) <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/information/publications.htm>

63) Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Parte III (1A).

Procedimientos especiales

Además de los procedimientos regulares para la supervisión de la aplicación de los Convenios de la OIT, también existen procedimientos para abordar situaciones más serias y supuestas violaciones de estos Convenios. El procedimiento de quejas utilizado más a menudo en el sistema de la OIT es el siguiente:

- Reclamaciones. El procedimiento de reclamación se rige por el artículo 24 de la Constitución de la OIT. Las reclamaciones para alegar el incumplimiento de ciertas disposiciones de Convenios ratificados de la OIT por parte de un gobierno **se pueden presentar a la OIT a través de una organización de trabajadores o de empleadores**. Las reclamaciones se deberían someter por escrito e invocar el artículo 24 de la Constitución de la OIT. Asimismo, deberían señalar qué disposiciones del Convenio en cuestión han sido presuntamente violadas. Una vez se haya recibido la reclamación, el Consejo de Administración de la OIT nombra un **Comité Tripartito** (es decir, un representante del gobierno, un representante de los empleadores y un representante de los trabajadores) para examinarla.

¿Pueden los pueblos indígenas participar en la supervisión de los Convenios de la OIT?

Dada la estructura tripartita de la OIT, **¿cuál es el lugar de los pueblos indígenas?** Existen varias maneras en que los pueblos indígenas pueden asegurarse de que sus preocupaciones se tengan en cuenta en la supervisión regular de los Convenios de la OIT por parte de la CEACR:

- Si aparece una nueva política, ley o resolución judicial, este tipo de información puede ser enviada **directamente a la OIT**. Los textos contenidos en leyes o resoluciones judiciales, por ejemplo, se pueden considerar como **información verificable y objetiva**.
- Para que la OIT pueda tomar en cuenta oficialmente este tipo de información, tiene que ser enviada por uno de los mandantes de la OIT. Normalmente, las organizaciones de trabajadores tienen un interés más directo en los problemas indígenas. Por lo tanto, para asegurarse de que tratan sus preocupaciones, es importante que los pueblos indígenas refuercen sus **alianzas con las organizaciones de trabajadores** (sindicatos).
- La **cooperación técnica** es otra forma de la que la OIT dispone para poder asistir a los gobiernos y los pueblos indígenas en la aplicación de los Convenios ratificados. A veces la cooperación técnica está directamente relacionada con la supervisión de los Convenios de la OIT y puede ayudar a superar los problemas de aplicación.
- A través de **enfoques innovadores**, por ejemplo, por medio del establecimiento de relaciones y procedimientos formales entre los pueblos indígenas y los gobiernos. Por ejemplo, Noruega pidió que el Parlamento Saami presentara sus propios comentarios independientes sobre las memorias regulares del gobierno de acuerdo con el Convenio y que estos comentarios fueran considerados por la OIT junto con la memoria del gobierno.







Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2009
Primera edición 2009

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a pubdroit@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

OIT

La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una compilación de casos / Organización Internacional del Trabajo. - Ginebra: OIT, 2009
193 p.

ISBN: 978-92-2-322602-2 (print)

ISBN: 978-92-2-322603-9 (web)

Pueblo indígena / pueblo tribal / derechos humanos / Convenio de la OIT / aplicación / sentencia judicial / tribunal / tribunal internacional / América Latina / Caribe
14.08

Publicado también en inglés: Application of Convention No. 169 to Indigenous and Tribal Peoples by domestic and international courts in Latin America - A case book (ISBN 978-92-2-122602-4), Ginebra, 2009.

Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones y los productos electrónicos de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías o en oficinas locales de la OIT en muchos países o pidiéndolas a: Publicaciones de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza. También pueden solicitarse catálogos o listas de nuevas publicaciones a la dirección antes mencionada o por correo electrónico a: pubvente@ilo.org.

Vea nuestro sitio en la red: www.ilo.org/publns.

Impreso en Perú.

Publicado con el apoyo de:



Organización
Internacional
del Trabajo

