

Año 6 • Número 10
Junio de 2009
Edición en Español

● ANUJ BHUWANIA

“Muy malos niños”: “La tortura India” y el informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855

● DANIELA DE VITO, AISHA GILL Y DAMIEN SHORT

El delito de violación tipificado como genocidio

● CHRISTIAN COURTIS

Apuentes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina

● BENYAM D. MEZMUR

La adopción internacional como medida de último recurso en África: promover los derechos de un niño y no el derecho a un niño

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS EN MOVIMIENTO:
MIGRANTES Y REFUGIADOS

● KATHARINE DERDERIAN Y LIESBETH SCHOCKAERT

Respondiendo a los flujos “mixtos” de migración:
Una perspectiva humanitaria

● JUAN CARLOS MURILLO

Los legítimos intereses de seguridad de los Estados
y la protección internacional de refugiados

● MANUELA TRINDADE VIANA

Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia:
Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur

● JOSEPH AMON Y KATHERINE TODRYS

Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones
migrantes del Sur Global

● PABLO CERIANI CERNADAS

Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del
carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos



ISSN 1806-6445

SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.revistasur.org>.

A Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos está indexada en *International Bibliography of the Social Sciences* (IBSS).

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidad de Pretoria (Sudáfrica)

Emilio García Méndez

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidad de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidad de Ghana (Ghana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidad de El Cairo (Egipto)

Richard Pierre Claude

Universidad de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)

Upendra Baxi

Universidad de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic

Oscar Vilhena Vieira

EDITORAS EJECUTIVAS

Daniela Ikawa y Juana Kweitel

EDICIÓN

Flavia Scabin, Thiago Amparo y Elaini Silva

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

COLABORACIONES

Clara Parra y Rebecca Dumas

DISTRIBUCIÓN

Mila Dezan

IMPRESIÓN

Pro! Editora Gráfica Ltda.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Barão de Itapetininga, 93 – 5º andar - República

São Paulo - SP - Brasil - CEP 01042-908

Tel/Fax: 55 11 3884-7440

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <www.revistasur.org>

Agradecemos por el apoyo financiero de la Fundación Ford, Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia y de la Fundación de las Naciones Unidas.

SUR – RED UNIVERSITARIA DE DERECHOS HUMANOS es una red de académicos cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del Hemisferio Sur en el debate sobre derechos humanos y justicia social, así como promover una mayor cooperación entre estas y las Naciones Unidas. SUR es una iniciativa de Conectas Derechos Humanos, una organización internacional sin fines de lucro con sede en Brasil. (Sitios de Internet: www.conectas.org y www.conectasur.org)

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa

Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj

Universidad Federal de Rio de Janeiro/Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie

Sciences-Po (Francia)

Cosmas Gitta

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato

Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

Ellen Chapnick

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés

Universidad de Maguncia (Alemania)

Fateh Azzam

Representante Regional, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Líbano)

Guy Haarscher

Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)

Jeremy Sarkin

Universidad de Western Cape (Sudáfrica)

João Batista Costa Saraiva

Tribunal Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

José Reinaldo de Lima Lopes

Universidad de São Paulo (Brasil)

Julia Marton-Lefevre

Universidad para la Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert

FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli

Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak Poppovic

Fundación de las Naciones Unidas (Brasil)

Maria Filomena Gregori

Universidad de Campinas (Brasil)

Maria Hermínia Tavares de Almeida

Universidad de São Paulo (Brasil)

Miguel Cillero

Universidad Diego Portales (Chile)

Mudar Kassir

Universidad Birzeit (Palestina)

Paul Chevigny

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Philip Alston

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios

Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman

Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Victor Abramovich

Universidad de Buenos Aires (UBA)

Victor Topanou

Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand

Centro Irlandés de Derechos Humanos,

Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

CONTENIDOS

ANUJ BHUWANIA	7	“Muy malos niños”: “La tortura India” y el informe de la Comisión sobre la Tortura en Madrás de 1855
DANIELA DE VITO, AISHA GILL Y DAMIEN SHORT	29	El delito de violación tipificado como genocidio
CHRISTIAN COURTIS	53	Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas por los tribunales de América Latina
BENYAM D. MEZMUR	83	La adopción internacional como medida de último recurso en África: promover los derechos de un niño y no el derecho a un niño
Derechos Humanos de las Personas en Movimiento: <i>Migrantes y Refugiados</i>		
KATHARINE DERDERIAN Y LIESBETH SCHOCKAERT	107	Respondiendo a los flujos “mixtos” de migración: Una perspectiva humanitaria
JUAN CARLOS MURILLO	121	Los legítimos intereses de seguridad de los Estados y la protección internacional de refugiados
MANUELA TRINDADE VIANA	139	Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia: Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur
JOSEPH AMON Y KATHERINE TODRYS	163	Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones migrantes del Sur Global
PABLO CERIANI CERNADAS	189	Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos

PRESENTACIÓN



Como hemos hecho en las últimas ediciones, destacamos en el número diez de la Revista Sur un tema al cual dedicamos cinco de los nueve artículos que lo componen. Se trata del problema de millones de migrantes y refugiados que se encuentran en situaciones precarias en muchos países del mundo. El artículo de Liesbeth Schockaert y Katherine Derderian de Médicos sin Fronteras describe de manera realista la terrible tragedia humana de los refugiados, además de discutir, desde el punto de vista de los derechos humanos, la noción de refugiado, considerando los criterios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con cuya orientación y patrocinio contamos para organizar la presente edición. Estos criterios y los fundamentos del sistema de protección internacional de refugiados son explicitados en el artículo de Juan Carlos Murillo Gonzáles.

Además de estos dos artículos, publicamos otros trabajos que tratan algunas cuestiones específicas relacionadas al tema de derechos humanos de migrantes y refugiados:

Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia: Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur, de Manuela Trindade Viana, analiza los problemas relacionados con los desplazamientos en Colombia, país en el que se concentra el 25% de los desplazamientos forzados existentes en el mundo.

Acceso a tratamiento antirretroviral para las poblaciones migrantes del Sur Global, de Joseph Amon y Catherine Todrys, de Human Rights Watch, denuncia la violación a las leyes que garantizan el acceso a la salud también a inmigrantes y refugiados.

Control migratorio europeo en territorio africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos, de Pablo Ceriani Cernadas, analiza las políticas deshumanas de control de la inmigración africana efectuada por los Estados europeos y por las instituciones de la Unión Europea en las costas y aguas de los países del norte de África.

Finalmente, completan el Nro. 10 los trabajos de Anuj Bhuwania; Daniela De Vito, Aisha Gill y Demian Short; Christian Courtis y por fin, de Benyan E. Mezmur.

El primer artículo argumenta que las prácticas modernas de tortura policial en la India son un legado del período colonial, como demuestra el análisis de informe de la Comisión sobre la tortura de Madrás de 1855. El segundo describe las consecuencias teóricas de la definición de violación como un caso particular

de genocidio. El tercero presenta algunos casos emblemáticos de aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en América Latina. Por último, el cuarto trata los problemas de las políticas de adopción de niños africanos por familias en otros continentes.

Esperamos que los artículos de este número contribuyan a enriquecer el debate y propongan soluciones a algunos de los crecientes problemas asociados al desplazamiento de vastos contingentes humanos expulsados de sus lugares de origen no solo por guerras, persecuciones y totalitarismos políticos, sino también por motivos económicos, cuyas consecuencias en detrimento de los derechos humanos son igualmente dramáticas.

Nos gustaría agradecer a los siguientes profesores y colaboradores su apoyo en la selección de los artículos que componen este número de la Revista: Carina du Toit, Carlos Ivan Pacheco Sánchez, Florian Hoffmann, Gaim Kibreab, Glenda Mezarobba, Guilherme da Cunha, Iniyan Ilango, Jeremy Sarkin, José Francisco Sieber Luz Filho, Juan Amaya Castro, Laura Pautassi, Malak Poppovic, Paula Miraglia, Rajat Khosla, Renata Reis, Roberto Garretón, Upendra Baxi.

Como informamos en nuestra página de Internet, asumimos a partir de este número nuevas reglas para citaciones y referencias bibliográficas con el fin de facilitar la lectura de los artículos. Considerando que este cambio es reciente, solicitamos comprensión frente a eventuales incorrecciones. En este sentido, nos gustaría agradecerles a los siguientes individuos su contribución en la formación de los artículos: Clara García Parra, Elaini Silva, Flavia Scabin, Mila Dezan, Rebecca Dumas y Thiago Amparo.

Finalizamos destacando el apoyo y orientación brindados por el ACNUR para la publicación de esta edición, originada como una iniciativa enmarcada en el capítulo de investigación y desarrollo doctrinal del "Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina" y orientada a favorecer la cooperación con las instituciones académicas y de investigación volcadas en la investigación, promoción y formación del derecho internacional de los refugiados.

Les estamos particularmente agradecidos a las oficinas del ACNUR en Argentina y Brasil, y a la Unidad Legal Regional para las Américas.

Los editores.



Christian Courtis es profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor invitado del Departamento de Derecho del ITAM (México). Ha sido profesor e investigador visitante en universidades de América Latina, Estados Unidos y Europa. Se ha desempeñado como consultor de la Organización Mundial/Panamericana de la Salud, UNESCO, la División de Desarrollo Social de la ONU, la CEPAL y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ha sido director del Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión

Internacional de Juristas (Ginebra).

Entre los libros que ha escrito y editado se encuentran *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Trotta, Madrid, 2002, en coautoría con Víctor Abramovich); *Derechos sociales: instrucciones de uso* (Fontamara, México, 2003); *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional* (del Puerto, Buenos Aires, 2006, en coautoría con Víctor Abramovich); *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, (del Puerto, Buenos Aires, 2006); *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (del Puerto, Buenos Aires, 2007); *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability* (Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2008) y *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos* (Fontamara, México, 2009).

Email: courtis@itam.mx

RESUMEN

Este trabajo presenta algunos casos emblemáticos de aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes por Tribunales de América Latina. Discute un número reducido de casos que cubren temas diversos, y representan a distintos países de la región, y al tribunal regional de derechos humanos –la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se destacan por su temática, por lo novedoso de la interpretación que ofrecen o por la relevancia de sus consecuencias. Antes de reseñar los casos, se efectúan algunas aclaraciones previas que pueden ser útiles para explicar el material que aquí se expone, y el contexto en el que debe situarse.

Original en español.

Recibido en octubre de 2008. Aprobado en junio de 2009.

PALABRAS CLAVE

Convenio 169 – OIT. Pueblos Indígenas y Tribales. Tribunales – América Latina – Aplicación de los tratados internacionales



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*.

Este artículo está disponible en formato digital en <www.revistasur.org>.

APUNTES SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS POR LOS TRIBUNALES DE AMÉRICA LATINA

Christian Courtis

Este trabajo presenta algunos casos emblemáticos de aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes por tribunales de América Latina¹. He elegido un número reducido de casos que cubren temas diversos, y representan a distintos países de la región, y al tribunal regional de derechos humanos –la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde ya cabe aclarar que la experiencia de aplicación del Convenio 169 en América Latina es considerable, y que algunos países cuentan ya con un cúmulo importante de sentencias en la materia. De modo que este trabajo no tiene ninguna pretensión de exhaustividad: la perspectiva adoptada es simplemente la de seleccionar un puñado de casos particularmente interesantes por su temática, por lo novedoso de la interpretación que ofrecen o por la relevancia de sus consecuencias. Antes de reseñar los casos, efectúo algunas aclaraciones previas que 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 169 –14 (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 población, o un porcentaje significativo de ella. Además de la ratificación del Convenio 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

Ver las notas del texto a partir de la página 79.

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.

1.1 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 2000 (GARGARELLA, 1997, p. 971-990; SERNA DE LA GARZA, 1998; UPRIMNY; GARCÍA VILLEGAS, 2004). 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 importantes procesos de movilización y renovación política. La mayoría de estas reformas constitucionales ha plasmado una significativa cantidad de nuevos derechos y de innovaciones institucionales, como las comentadas en los puntos que siguen.

1.2 Expansión de la justicia constitucional

Si bien la noción de justicia constitucional no era extraña en muchas de las jurisdicciones de la zona, lo cierto es que durante parte del Siglo XX el empleo del control judicial 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 región (BAZÁN, 2007, p. 37-61).

1.3 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. 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 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 aquellos tratados³.

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 ordinaria (AYALA CORAO, 2003). En algunos casos se les ha dado jerarquía constitucional⁴, en otros se los considera parte del denominado “bloque de constitucionalidad” (UPRIMNY, 2001), y en otros se les concede una jerarquía intermedia – inferior a la Constitución pero superior a la legislación ordinaria.

1.4 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 considerable aumento de la actividad de los órganos del sistema –la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, en términos de casos recibidos y 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.

1.5 Reconocimiento constitucional de nuevos derechos

Un último elemento consiste en 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 región (SIEDER, 2002; BARIÉ, 2003; FLORES JIMÉNEZ, 2004; BONILLA, 2006).

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 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

2. La influencia del Convenio 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 169 en la región, en comparación con otras regiones del globo. Parte de su influencia se ha reflejado en su carácter de modelo inspirador de reformas constitucionales y legales en materia indígena en la región –de modo que muchas de las nociones que lo articulan, como las de “pueblo y comunidad indígena”, “autoidentificación”, “territorios tradicionales”, “autonomía”, “consulta”, “usos y costumbres”, entre otras – aparecen receptadas de una u otra manera en constituciones y en normas legales en los distintos países de la región (BARIÉ, 2003, pp. 58-62).

Pero lo que importa a efectos de este trabajo es que la influencia del Convenio 169 no se ha limitado al papel de “legislación modelo,” a ser seguida por los poderes políticos locales. El Convenio 169 ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores –tanto órganos públicos como organizaciones de la sociedad civil–, 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, en su caso, ante los órganos del sistema regional de derechos humanos.

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

Como dije, este trabajo recoge, de manera selectiva y sin pretensión de exhaustividad, algunas sentencias judiciales que han hecho aplicación del Convenio 169 de la OIT. Las sentencias provienen tanto de tribunales nacionales, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. He elegido agrupar las sentencias temáticamente, para mostrar ciertas líneas de convergencia entre los tribunales de distintos países de la región y el tribunal regional de derechos humanos.

Sin embargo, es útil colocar estos casos en contexto, para entender debidamente la selección. Dada la distinta procedencia de los casos, y la diversidad de sistemas legales y de tradiciones jurídicas locales, el panorama es variado. Cabe aclarar que el grado de desarrollo de la aplicación del Convenio 169 por los tribunales locales de la región varía notoriamente: en algunos países, los casos son pocos y la aplicación del

Convenio 169 por los tribunales locales es incipiente, mientras que en otros –entre los que se destacan Colombia y Costa Rica– la riqueza y variedad de casos es enorme⁵. De todos modos, aunque los ejemplos aquí reseñados sean pocos, el lector puede darse una idea de la variedad de casos existentes si se explican algunas variables que merecen ser tenidas en cuenta.

3.1 Sentencias regionales/sentencias nacionales

El Convenio 169 ha sido aplicado tanto por los tribunales locales de diversos países⁶, como por 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, como la de Belice– de aplicaciones del Convenio 169 en tanto norma incorporada al derecho interno de los países involucrados. En el segundo, en cambio, es importante resaltar que los órganos interamericanos no tienen competencia para resolver controversias basadas sobre violaciones al Convenio 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 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 169.

Aunque la selección de casos que comento en este trabajo consiste en su mayor parte en jurisprudencia nacional, he incluido también algunos casos de suma trascendencia decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo por el interés que pueda generar la interpretación efectuada por ese tribunal, sino también porque la jurisprudencia regional tiene muchas veces impacto ulterior en la jurisprudencia local de los países que son parte del sistema regional de derechos humanos.

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

Otra cuestión está vinculada con el modo de incorporación del tratado al derecho interno, y con su jerarquía normativa, en caso de incorporación directa de derecho internacional. 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. Sin embargo, hay que recordar que en la región hay también países pertenecientes a la tradición del *common law*, en la que predomina el dualismo. Entre ellos, Belice registra un caso interesante de invocación del Convenio 169 en clave interpretativa o persuasiva, aún cuando el país no es parte de ese convenio⁷.

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 de la región que han tenido experiencias de aplicación judicial de Convenio 169. 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 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 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 calificada (artículo 75, inciso 22). Sin embargo, el Convenio 169 no forma parte de esa lista. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela asigna jerarquía constitucional a todos los tratados de derechos humanos (artículo 23), aunque en la práctica los tribunales han sido menos proclives a aplicar directamente tratados que en otros países. Queda también abierta la cuestión de si se considera que el Convenio 169 de la OIT es un tratado de derechos humanos – cuestión que no ha sido discutida aún en esos términos. El caso de Costa Rica es peculiar: aunque el texto de la Constitución asigna a los tratados internacionales jerarquía superior a la ley e inferior a la Constitución (artículo 7), 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 personas⁸.

En los demás países de la región 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 asignarles jerarquía inferior a la Constitución y superior a la legislación ordinaria. Es el caso de Ecuador (artículo 425⁹) y de Guatemala (artículo 46). También es el caso de Argentina, para los tratados internacionales no incluidos en la lista *numerus clausus* de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional –que es el caso del Convenio 169. En México y Brasil, pese a que el texto constitucional no es muy claro al respecto, se va abriendo lentamente paso la interpretación de la jerarquía supralegal aunque infraconstitucional de los tratados internacionales, aunque aún esta tesis no se ha consagrado definitivamente^{10,11}.

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.

3.3 *Tipos de acciones judiciales*

Otro de los factores que permite comprender el alcance de la aplicación del Convenio 169 por tribunales de América Latina (y, en su caso del Caribe) 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 demandante, pero también como excepción o como justificación de defensas de fondo –en algunos casos, por órganos estatales.

Así, por ejemplo, el Convenio 169 fue invocado 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 Chile, 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 de constitucionalidad: en esos, el Convenio 169 ha sido objeto de esta consulta al tribunal o corte constitucional.

En cuanto a la variedad de empleo del Convenio 169 por las partes en un proceso, en un número significativo de casos es la comunidad indígena, sus miembros o quien actúa en su representación quien lo invoca. En varios casos, quien invoca el Convenio es el Defensor del Pueblo –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, quienes han traído a colación el Convenio 169 son el Ministerio Público o la Defensa Pública. En otra serie de casos, el Convenio es empleado por autoridades públicas –legislativas o administrativas– como fundamento 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 169¹². En un caso del Tribunal Constitucional boliviano, es la autoridad administrativa encargada de la reforma agraria la que invoca como defensa el Convenio 169¹³.

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

3.4 *Temas*

Si la variedad de acciones es grande, la variedad temática es aún mayor. Las áreas en las que el Convenio 169 es relevante y en las que ha sido utilizado como criterio interpretativo o decisorio son múltiples.

Puede, con todo, señalarse que un porcentaje importante de los casos decididos por los tribunales de la región versan sobre conflictos relativos a tierras y a la explotación

de las riquezas naturales situadas en ellas, y que varios de esos casos se refieren a la consulta y participación de la comunidad en decisiones relativas a estos temas.

Otro porcentaje importante 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, se registran también 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 169.

3.5 Diferentes formas de empleo del Convenio 169 por los tribunales

Por último, también existen diferencias en el uso que hacen del Convenio 169 los distintos tribunales de la región. Algunas de estas diferencias son consecuencia de la distinto *status* del Convenio en el derecho interno, pero este factor no alcanza a explicar completamente la variedad de formas de invocación registradas. 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 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. Aun en estos casos, el Convenio 169 se ha abierto paso como herramienta interpretativa de otras normas –a veces, de normas constitucionales y, otras veces, de normas legales y de otras normas infraconstitucionales.

Una segunda distinción útil es la del uso de la norma o estándar interpretativo ofrecido por el Convenio 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 efecto, si bien en muchos casos el criterio ofrecido por el Convenio 169, o por la interpretación de una norma nacional a la luz o en armonía con el Convenio 169 –“interpretación conforme”– constituye el fundamento de la decisión, en muchos otros 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 van coloreando la gradual introducción de criterios provenientes del derecho internacional en el derecho interno. En uno u otro caso, los jueces nacionales han cobrado 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. Reseña de casos

He elegido agrupar algunos casos ejemplificativos a partir de criterios temáticos, tomando en consideración cuestiones que son indicativas de la relevancia del Convenio 169 de la OIT para las reivindicaciones de los pueblos y comunidades indígenas, y que han merecido decisiones judiciales en distintos países. Así, reseñaré casos relacionados con cuatro grupos temáticos: a) los reclamos de titularización colectiva de las tierras ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas; b) el derecho de los pueblos y comunidades de ser consultados antes de la toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses; c) las obligaciones positivas del Estado en situaciones de extrema carencia de los pueblos y comunidades indígenas; y d) aplicaciones del Convenio 169 en relación con el derecho penal.

4.1 Los reclamos de titulación colectiva de las tierras ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas

No es de extrañar que uno de los reclamos más importantes de los pueblos y comunidades indígenas sea el del reconocimiento de la titularidad de sus tierras ancestrales. La tierra constituye uno de los rasgos identitarios de los pueblos y comunidades indígenas, definitorio de su modo de vida y de su cosmovisión. La tierra tiene, para los pueblos y comunidades indígenas, un significado religioso, y constituye además la base de su economía, que está pautada generalmente por los ciclos de la naturaleza. Una característica particular de las reivindicaciones indígenas sobre la tierra es el reclamo de su propiedad colectiva, a nombre del pueblo o la comunidad como sujeto titular, y no en términos de propiedad individual de los miembros de la comunidad. En América Latina, la tierra ancestral de los pueblos y comunidades indígenas ha sido objeto frecuente de despojo y de expoliación por parte de autoridades estatales y de terceros. La estrecha relación de los pueblos y comunidades indígenas con la tierra ha llevado a señalar que el reconocimiento de su propiedad colectiva constituye una condición para la misma supervivencia de aquellos pueblos o comunidades.

Dada la importancia del tema, la jurisprudencia de la región no ha sido ajena a estos reclamos, en los que la invocación del Convenio 169 de la OIT ha jugado un papel relevante. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha empleado el Convenio 169 como estándar interpretativo del derecho de propiedad para aquellos casos en los que está en juego un reclamo sobre el territorio ancestral de pueblos y comunidades indígenas¹⁴.

En el caso *Yakye Axa*¹⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se enfrentó con un reclamo de titulación del territorio ancestral de una comunidad

indígena de cazadores-recolectores del Chaco paraguayo, en situación de extrema pobreza. Sus territorios ancestrales se encuentran bajo la propiedad privada de terceros. En el caso, se alegó que la falta de acción efectiva del gobierno de Paraguay para reconocer la personalidad jurídica de la comunidad indígena y para concederle la titularidad de sus tierras ancestrales, llevó 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 causó la muerte a muchos miembros de la comunidad. Dadas las condiciones del asentamiento, los niños de la comunidad se vieron privados de alimentación, salud, vestido y educación adecuados. Se imputó al Estado la violación de los derechos a la vida, a la propiedad privada, al debido proceso y a la protección judicial.

En lo que aquí interesa, la Corte Interamericana consideró que, a efectos de interpretar el alcance del derecho de propiedad –y de los derechos a la vida y al debido proceso y a la protección judicial– cuando se trata de pueblos indígenas, debe acudirse al Convenio 169¹⁶. En ese sentido, el tribunal recuerda 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”¹⁷. En particular, la Corte señala que

(l)o anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio N° 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’¹⁸.

En el caso, la Corte considera que el tiempo transcurrido desde el inicio de los reclamos de la comunidad, sin que el Estado haya hecha efectiva la titulación de sus territorios ancestrales, configuró una violación del derecho de propiedad de la comunidad.

Además, el tribunal interamericano acude al Convenio 169 para determinar el alcance de las medidas que el Estado debe adoptar para restituir a la comunidad la titularidad de sus tierras ancestrales, dada la situación de ocupación de esas tierras por propietarios privados. Al respecto, la Corte invoca el artículo 16.4 del Convenio 169, que señala que cuando el retorno de los pueblos a sus tierras ancestrales 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.

La Corte agrega que el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, sino que deben ser –conforme a una interpretación integral del Convenio 169 de la OIT y de la Convención Americana– consensuadas con los pueblos interesados, de acuerdo con sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario¹⁹.

La Corte Interamericana ha repetido esta doctrina en los casos **Sawhoyamaxa**²⁰ y **Saramaka**²¹.

Algunos tribunales locales han debido resolver también planteamientos similares. Un caso resuelto por los tribunales ordinarios argentinos ofrece un buen ejemplo de interpretación de la ley común –en este caso, de la noción de propiedad del Código Civil– a la luz de los estándares establecidos por el Convenio 169 de la OIT. Se trata del caso de la comunidad de **Quera y Aguas Calientes**²², de la provincia de Jujuy, en el norte de la Argentina, en el que un tribunal de la justicia civil y comercial decidió sobre un pedido de usucapión (prescripción adquisitiva) iniciado por una comunidad indígena. La particularidad del pedido era el reclamo de titulación colectiva o comunitaria de la tierra, a nombre de la comunidad como sujeto titular –y no de sus miembros individuales.

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 artículo 1 del Convenio 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.

Por su parte, el Estado provincial pide que se rechace 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, y elección libre de sus representantes, entre otros requisitos. De modo que el otorgamiento de personalidad es meramente declarativo, y no constitutivo de la personalidad jurídica de la comunidad. El tribunal señala que, a partir de la reforma constitucional de 1994;

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.

Lo interesante del caso es que un tribunal civil y comercial, acostumbrado a decidir litigios individuales de propiedad y societarios, debe aplicar directamente normas constitucionales y el Convenio 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, tiene que hacer una interpretación conforme a las normas constitucionales e internacionales, del requisito de la posesión de veinte años –establecido por el Código Civil para la usucapión– cuando se trata de su aplicación a la comunidad indígena. Así, el tribunal señala que:

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.

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

4.2 El derecho de los pueblos y comunidades de ser consultados antes de la toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses

Uno de los temas de mayor trascendencia en materia de derechos de los pueblos indígenas en la región es el vinculado con el derecho de los pueblos y las comunidades a ser consultados adecuadamente antes de que las autoridades públicas tomen decisiones que puedan afectarlos. Entre estas medidas se encuentran, por ejemplo, aquellas que involucren la explotación de recursos naturales que se encuentren en su territorio, la realización de obras de infraestructura que puedan afectar ese territorio, la prestación del servicio educativo en las comunidades indígenas, y el diseño de planes de desarrollo para los pueblos y comunidades indígenas. En tanto requisito procedimental que debe ser cumplido necesariamente antes de la toma de decisiones, su falta de cumplimiento determina la invalidez de las medidas tomadas sin respetar la exigencia de consulta. El instrumento internacional vinculante donde este derecho aparece plasmado con mayor claridad es el Convenio 169 de la OIT²³.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia en la materia²⁴. Reseñaré aquí, sin embargo, varios casos decididos por tribunales nacionales.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido claramente la necesidad de consulta a los pueblos indígenas, fijando las bases de interpretación de la exigencia de una “consulta apropiada”, e invalidando actos administrativos y legislativos adoptados sin cumplir plenamente con ese requisito. Dos importantes casos pueden ilustrar este temperamento.

En la sentencia SU-039/97²⁵, verdadero *leading case* continental sobre la cuestión, la Corte Constitucional debió considerar una acción de tutela (equivalente

al amparo en Colombia) presentada por el Defensor del Pueblo, en representación de un grupo de integrantes de la comunidad indígena U'wa, 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 al otorgamiento de una licencia de la exploración de hidrocarburos dentro de su territorio. De acuerdo con la demanda, sólo se realizó una reunión con algunos líderes de la comunidad, y ello no satisface el trámite de consulta adecuada. El Defensor del Pueblo solicitó, por ende, la suspensión de la concesión de la licencia ambiental, y la adopción de las medidas necesarias para llevar a cabo el trámite de consulta previa a la comunidad y para la protección de los derechos de la comunidad indígena. También se solicitó, en acción separada, la nulidad del acto administrativo que otorgó la licencia ambiental y su suspensión provisional. Ambas acciones judiciales se fundan, además, en la violación de los derechos de los indígenas, al territorio, a la autodeterminación, a la lengua y a la cultura étnica –dado 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 como lo prescriben los artículos 6 y 15 del Convenio 169.

En su decisión, la Corte Constitucional subraya que no sólo los individuos miembros de las comunidades indígenas son sujetos de derechos, sino que la Constitución también reconoce que también lo es la comunidad como colectivo. Luego, señala que los intereses de explotación de recursos naturales para garantizar un desarrollo sostenible, y el derecho de conservación de la identidad cultural, étnica, económica y social de las comunidades asentadas en los territorios explotados deben ser armonizados. 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 las afectan. 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, afirmando que el Convenio 169 forma parte del llamado “bloque de constitucionalidad” –que requiere la interpretación integrada de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los demás instrumentos normativos que integran ese bloque. En consecuencia, la interpretación armónica de la Constitución y del Convenio 169 exige el derecho a la consulta de los pueblos indígenas para la explotación de los recursos. La consulta debe buscar el conocimiento pleno de la comunidad respecto al proyecto y de los efectos que causaría en su entorno social, cultural, económico y político, y la valoración de sus ventajas y desventajas. Las comunidades afectadas deben ser escuchadas 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 arbitrase 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 en relación con el 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 que la licencia ya había sido expedida. Por tanto, por no realizarse el trámite de consulta con los parámetros establecidos, y en previsión de los posibles perjuicios que la ejecución del proyecto pudiera causar a la comunidad indígena, 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. La sentencia concedió el amparo transitorio, ordenó suspender la licencia ambiental y realizar la consulta debida.

Esta doctrina ha sido reiterada y aplicada en sentencias posteriores²⁶.

En un caso reciente, de suma trascendencia institucional, la Corte Constitucional colombiana lleva aún más lejos esta doctrina, al declarar la inconstitucionalidad de una ley por falta de consulta adecuada a las comunidades indígenas y afrodescendientes que resultarían potencialmente afectadas por esa norma. En efecto, en la sentencia C-030/08²⁷ la Corte Constitucional tuvo la ocasión de considerar una demanda de inconstitucionalidad de la denominada la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), por haberse omitido la consulta previa establecida por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas.

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 existen 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, la norma también establece 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 de aplicación general, pueden tener una repercusión directa sobre los territorios indígenas y tribales, o sobre sus formas de vida. La falta de consulta determinó, para la Corte, la inconstitucionalidad de la norma.

La Corte fija además las pautas que deben cumplirse para que la consulta puede considerarse válida: poner en conocimiento de las comunidades el proyecto de ley; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronuncien sobre el mismo.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha seguido un camino similar, al declarar inconstitucional la adjudicación de una concesión de exploración y explotación de hidrocarburos a una empresa privada por parte del poder Ejecutivo, por falta de realización de una consulta previa adecuada a los pueblos y comunidades indígenas afectados. En su voto **8019** del año 2000, la Corte decidió una demanda de amparo en ese sentido, iniciada por asociaciones de desarrollo de comunidades indígenas y otros litigantes, y fundada, entre otras normas, en la violación del Convenio 169 de la OIT²⁸.

El tribunal decidió 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 169 de la OIT. 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. La Sala Constitucional da 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, hizo lugar al amparo y anuló el acto de adjudicación.

Un último ejemplo proviene del Tribunal Constitucional del Ecuador. También este tribunal debió considerar, en el caso **Arcos v. Dirección Regional de Minería**²⁹, una demanda de amparo –iniciada por el Defensor del Pueblo, en representación de los derechos de comunidades indígenas chachis y de comunidades afrodescendientes de la provincia de Esmeraldas– dirigida contra la concesión, por parte de las autoridades gubernamentales, una empresa minera privada para “prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar minerales” existentes en un bloque situado en el territorio de las comunidades. Entre otros agravios, la demanda se funda en el incumplimiento de la obligación de consulta previa a las comunidades afectadas, invocándose en ese sentido el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

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 la 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 Constitucional confirmó la sentencia de primera instancia y ordenó la suspensión de la concesión minera impugnada, dando por probado que la concesión minera afectaría ambientalmente a los centros chachis y pueblos negros que habitan en la zona y alteraría sus modos de vida. El tribunal subraya que tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT requerían la realización de una consulta previa

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 constituya un imperativo la realización de la consulta, cuya omisión determina la ilegitimidad del acto impugnado.

Es interesante señalar también que una de las defensas presentadas por el Estado fue la falta de reglamentación legal de la consulta. El Tribunal Constitucional rechazó tal argumento, sosteniendo que no puede alegarse para desconocer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados su falta de reglamentación legal.

4.3 Las obligaciones positivas del Estado en situaciones de extrema carencia de los pueblos y comunidades indígenas

Otra de las áreas en las que los tribunales de América Latina han producido sentencias de sumo interés es el de las obligaciones positivas del Estado en aquellos casos en los que los pueblos indígenas se enfrentan a situaciones de carencia extrema. Una parte importante de estos casos se refiere al cumplimiento de obligaciones positivas relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos y comunidades indígenas –y, específicamente, con el cumplimiento de las denominadas obligaciones mínimas esenciales de estos derechos. En muchos de estos casos se trata de situaciones en las que, debido al incumplimiento de niveles esenciales de derechos tales como el derecho a la alimentación o el derecho a la salud, la vida de los miembros de las comunidades, y en algunos casos la subsistencia misma de la comunidad, está en riesgo.

El Convenio 169 ofrece, al respecto, un abordaje rico, ya que articula varias facetas que se desprenden de una comprensión compleja del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación. Por un lado, obliga al Estado a adoptar medidas para promover la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas sin discriminación –es decir, subraya la obligación de no excluir a los pueblos indígenas de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (artículos 2.2., a y b, y artículo 3). Más aún, el Convenio establece la obligación específica de adoptar medidas para eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional (artículo 2.2., c). Por otro lado, exige del Estado que las medidas adoptadas a estos efectos respeten la identidad, la integridad y formas de vida específicas de los pueblos y comunidades indígenas, sin que las medidas especiales puedan menoscabar los derechos generalmente reconocidos al resto de la población (artículos 2.2., b 3.2. y 4). El Convenio 169 también requiere la participación de los propios pueblos y comunidades indígenas en la determinación de su desarrollo (artículos 2.1. y 4.2.).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha marcado la pauta, desarrollando una interpretación extensiva del derecho a la vida. Dos de los casos que ya he mencionado, *Yakye Axa v. Paraguay* y *Sawhoyamaya v. Paraguay*, abordan el alcance de las obligaciones positivas del Estado derivadas del deber de garantizar ese derecho³⁰. En ambos casos, la falta de acceso de las respectivas comunidades indígenas a sus tierras ancestrales y la consecuente imposibilidad de satisfacer sus

necesidades básicas a través de sus propios medios tradicionales redundaron en una situación de carencia extrema, traducida en un serio cuadro de desnutrición, de alta incidencia de enfermedades evitables y de muertes causadas por estas.

La Corte interpreta el derecho a la vida en sentido amplio, derivando de él la obligación estatal de asegurar las condiciones para una vida digna. En el caso **Yakye Axa**, el tribunal sintetiza su doctrina del siguiente modo:

Este Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria³¹.

La Corte ha identificado, entre estas obligaciones, deberes relacionados con el acceso a servicios de salud, educación, agua potable y a alimentación, y ha puesto énfasis en la necesidad de tomar en consideración, al adoptar medidas para cumplir con tales obligaciones, tanto la identidad como la vulnerabilidad de los pueblos y comunidades indígenas, en línea con el Convenio 169 de la OIT –considerado por la Corte parte del *corpus juris* internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas. Así, el tribunal ha sostenido lo siguiente:

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 OIT³².

En ambos casos la Corte Interamericana decidió que el Estado incumplió con estas obligaciones positivas, y lo condenó por violaciones al derecho a la vida. Entre las medidas de reparación, la Corte ordenó la provisión de servicios esenciales para cubrir las necesidades básicas de las comunidades indígenas afectadas³³.

Ante hechos semejantes, la Corte Suprema de Argentina ha respondido vigorosamente ante una demanda presentada por el Defensor del Pueblo contra el Estado nacional y la Provincia del Chaco, denunciando la situación de extrema miseria de comunidades de la etnia toba, habitantes de la provincia³⁴. La demanda reclamaba el cumplimiento por parte del Estado de su obligación de adoptar acciones positivas en relación con la situación de los pueblos indígenas, de acuerdo con la Constitución y la legislación argentina, y el Convenio 169 de la OIT.

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, y carece de alimentación adecuada, de acceso a agua potable, de atención médica, y de vivienda digna. Denuncia que, a raíz de esa situación, en el mes anterior a la presentación de la demanda se han registrado 11 muertes.

La Corte argentina consideró que las afirmaciones del Defensor del Pueblo eran verosímiles, y ordenó liminarmente 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; y 6) ejecución de programas habitacionales;
- b) comparecer en audiencia pública ante la Corte Suprema para presentar y discutir la información solicitada; y
- 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.

También la Corte Constitucional colombiana ha tenido la oportunidad de decidir sobre esta temática. En la sentencia T-704/06, el tribunal debió considerar una demanda de tutela, iniciada por la asociación de jefes de una comunidad indígena en situación de extrema pobreza contra autoridades municipales y nacionales³⁵. La comunidad denuncia la omisión de las autoridades involucradas en hacer efectiva la entrega de partidas presupuestarias destinadas a la comunidad y correspondientes a un período de cuatro años. De acuerdo con la demanda, la autoridad municipal de Uribe no hizo entrega de las partidas correspondientes, y se niega a incluir el reconocimiento de la deuda anterior en el convenio interadministrativo necesario

para formalizar la ejecución de las partidas. 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 petionar a las autoridades, de acuerdo con normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, incluido el Convenio 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 169 de la OIT. El tribunal señala que el Estado está obligado a 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 que 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 sobre 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 fue cumplida. 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.

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica dictó sentencia favorable a una comunidad indígena ante una demanda de amparo promovida por la Asociación de Desarrollo de la Reserva Indígena de Guaymí de Osa, en la que se denuncia la omisión de las autoridades administrativas de prestar la colaboración necesaria para reparar un puente arrasado debido a las fuertes lluvias de la zona³⁶. 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 alegaba la violación, entre otras normas, del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

La Sala Constitucional acepta los argumentos de la demanda, y considera que el órgano administrativo no tomó las medidas necesarias para superar la situación de emergencia y para garantizar el acceso de la comunidad a los centros de salud y educación, entre otros. El tribunal emplea el Convenio 169 para subrayar las obligaciones positivas que le caben al Estado en materia de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas. En consecuencia, declara con lugar el recurso y ordena al órgano administrativo competente tomar las medidas pertinentes para restaurar el puente sobre el río Rincón sin dilación.

4.4 Aplicaciones del Convenio 169 en relación con el derecho penal

El Convenio 169 incluye también aspectos vinculados con la aplicación del derecho penal, que han sido igualmente objeto de consideración por parte de tribunales de distintos países de América Latina.

Esquemáticamente, puede señalarse que el Convenio 169 requiere, por un lado, el respeto del sistema de justicia propio de los pueblos o comunidades indígenas, con el límite de la observancia de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y por los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 9.1). Por otro lado, en aquellos casos en que personas indígenas sean sometidas a la justicia penal estatal, el Convenio 169 impone algunas garantías específicas, como el derecho a un intérprete (artículo 12), la preferencia por las penas no privativas de libertad, cuando ello sea posible (artículo 10.2), y el deber de las autoridades judiciales de tener en cuenta las costumbres y características culturales de los pueblos indígenas en materia penal (artículos 9.2 y 10.1).

Varios ejemplos de la justicia penal guatemalteca pueden ilustrar el sentido de la aplicación del Convenio 169 en esta materia.

Así, el respeto por las decisiones judiciales de la comunidad indígena en materia penal ha determinado el sobreseimiento de causas penales en sede de la justicia estatal, cuando sobre la misma cuestión ya hubiera recaído resolución por parte de las autoridades comunitarias, por aplicación del principio *ne bis in idem*. Esta ha sido la tesis sostenida por el Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapan, en un caso en el que el Ministerio Público inició una investigación penal por robo agravado contra tres indígenas, cuando constaba que el hecho había sido juzgado previamente por las autoridades de la comunidad indígena, que ya había 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, y decreta su sobreseimiento, con cita expresa del Convenio 169 de la OIT³⁷.

La consideración de las costumbres y de cultura de los pueblos indígenas ha llevado también a los jueces a sostener la atipicidad penal de ciertas conductas, y por ende al sobreseimiento o absolución de los imputados o acusados. Al respecto,

es ejemplificativa la sentencia de un juzgado de paz del Municipio de San Luis, en el Departamento del Petén, en el norte de Guatemala. Se trata de un proceso penal iniciado contra un miembro de una comunidad indígena por denuncia de agentes de la Policía Nacional. Se le imputaba 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 acción penal, dando por probado que el imputado es un sacerdote maya. El juez también tiene por acreditado 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 169 de la OIT³⁸. De acuerdo con la sentencia:

[El] 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.”

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Guatemala, constituida en tribunal de amparo, decidió que la imposición de la obligación de llevar uniforme a las mujeres indígenas privadas de libertad en una institución penitenciaria, y la correlativa prohibición de uso de su traje típico, viola la obligación de respetar las costumbres y la cultura de los pueblos indígenas, afectando el derecho a la identidad cultural³⁹. La acción fue iniciada por el Procurador de los Derechos Humanos (Defensor del Pueblo), con base en diversas normas del Convenio 169 de la OIT. El tribunal sostuvo que la prohibición de usar el traje típico constituye un causa 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:

[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.

En consecuencia, ordenar dejar sin efecto la resolución administrativa y restituir el derecho a usar el traje típico a las internas afectadas.

También al Tribunal Constitucional de Bolivia le ha tocado considerar cuestiones relacionadas con la aplicación de sanciones penales por la comunidad. En la **Sentencia Constitucional 295/03**, el tribunal debió atender una demanda de amparo constitucional interpuesta por un matrimonio de miembros de la una comunidad indígena a quienes la comunidad había impuesto –aunque no ejecutado– la sanción de expulsión y la amenaza de corte del suministro de energía y de agua⁴⁰. Los impugnantes alegaban que la sanción infringía “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 tiene por probado que la sanción impuesta por la comunidad respondió 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 artículo 8 del Convenio 169 de la OIT⁴¹. 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.”

La decisión 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.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (comps.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década.** Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007.
- ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comps.). **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales.** Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 1997.
- ANAYA, James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional.** Madrid: Trotta, 2005.
- ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Sancionada por el Congreso General Constituyente, 1º mayo 1853; reformada y concordada por la Convención Nacional ad hoc, 25 sep. 1860; y con las reformas de las convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994.
- . Código Civil. Buenos Ayres, 25 sep. 1869.
- . Cámara Civil y Comercial de Jujuy. Sala Primera. Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca v. Provincia de Jujuy. Sentencia. 14 sep. 2001.
- . Corte Suprema de la Nación. Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento. Medida cautelar: Sentencia. 18 sep. 2007.

AYALA CORAO, Carlos. **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**. Quito: FUNDAP, 2003.

BARIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama**. 2 ed. La Paz: Abya-Yala, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Instituto Indigenista Interamericano, 2003.

BAZÁN, Víctor. Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica. **Anuario Derecho Constitucional Latinoamericano**, Tomo I. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, p. 37-61.

BELICE. Corte Suprema. 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, claims 171 and 172 of 2007. Sentencia. 18 oct. 2007, par. 130.

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

_____. Tribunal Constitucional. Sentencia constitucional 106/2003. Expediente 2003-07132-14-RDN. Sentencia. 10 nov. 2003.

BONILLA, Daniel. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre-Uniandes, Instituto Pensar, 2006.

BOTERO MARINO, Catalina. Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. **Revista Precedente, Anuario Jurídico, Facultad de Derecho y Humanidades**. Cali, Universidad ICESI, p. 45-87, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97. 3 feb. 1997. [Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell].

_____. Ley 1021 de 2006, por la cual se expide la Ley General Forestal. Bogotá, 20 abr. 2006.

_____. _____. Sentencia C-088/01. 31 ene. 2001. [Magistrada Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez].

_____. _____. Sentencia T-704/06. 22 ago. 2006. [Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto].

_____. _____. Sentencia C-030/08. 23 ene. 2008. [Magistrado Ponente: Rodrigo Gil Escobar].

_____. _____. Sentencia T-652/98. 10 nov. 1998. [Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz].

_____. _____. Sentencia T-606/01. 7 jun. 2001. [Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra].

_____. _____. Sentencia C-418/02. 28 may 2002. [Magistrado Ponente: Alvaro tafur Galvis].

_____. _____. Sentencia C-891/02. 22 oct. 2002. [Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería].

_____. _____. Sentencia T-955/03. 17 oct. 2003. [Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis].

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. 4 nov. 1950. Disponible en: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>>. Visitado el: 1º sep. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Sentencia. 31 ago. 2001.

_____. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005.

_____. Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentencia. 29 mar. 2006.

_____. Pueblo Saramaka v. Suriname. Sentencia. 28 nov. 2007.

COSTA RICA. Constitución Política de la República de Costa Rica. San José, 1949.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 1992-3435.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 1993-5759.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sala Constitucional. Voto 2000-08019. Expediente 00-000543-0007-CO. Sentencia. 8 sep. 2000.

_____. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Voto 2003-08990. Expediente 03-007279-0007-CO. Sentencia. 26 ago. 2003.

ECUADOR. Constitución Política de la República del Ecuador. Quito, 2008

_____. Tribunal Constitucional. No. 170-2002-RA: Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional. Sentencia. 13 ago. 2002.

FLORES JIMÉNEZ, Fernando (coord.). **Constitución y Pluralismo Jurídico**. Quito: Corporación Editora Nacional, Instituto de Derecho Público, 2004.

GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. **Desarrollo Económico**, v. 36, n. 144 (Enero-Marzo), p. 971-990, 1997.

GIANIBELLI, Guillermo. El sistema de protección de derechos de la Organización Internacional del Trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno. En: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian. (comps.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007, p. 355-388.

GOLDIN, Adrián. Los convenios internacionales del trabajo. Su impacto en la Argentina. En: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (comps.). **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década**. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2007, p. 315-354.

GUATEMALA. Constitución Política de la República de. 1985, con reformas de 1993.

_____. Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el

- Ambiente del Departamento de Totonicapán. Expediente E.312.2003 Of. 6to. Sentencia. 25 jun. 2003a.
- _____. Corte de Apelaciones constituida en tribunal de amparo, Sala Tercera, Amparo No. 46-2003 Of. 1. Sentencia de 30 de octubre de 2003b.
- _____. Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, Departamento de Petén. Proceso No. 517-2003 Of. I. Sentencia. 18 nov. 2003c.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. LXXVII/1999. Semanario Judicial de la Federación, t. X, nov. 1999, p. 46;
- _____. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. VIII/2007, abr. 2007, Semanario Judicial de la Federación, t. XXV, abr. 2007, p. 6.
- República Bolivariana de Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, 1999.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO [OIT]. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [Convenio 169]. 27 jun. 1989. Disponible en: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C169>>. Visitado el: 15 sep. 2009.
- SERNA DE LA GARZA, José María. **La reforma del Estado en América Latina: los casos de Argentina, Brasil y México**. México: UNAM, 1998.
- SIEDER, Rachel (ed.). **Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy**. Nueva York: Basingstoke, 2002.
- THOMAS, Constance; OELZ, Martin; BEAUDONNET, Xavier. The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications. In: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos**, Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2004, p. 249-285.
- UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En: **Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional**. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En: SOUSA SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (eds.). **Emancipación social y violencia en Colombia**. Bogotá: Norma, 2004.

NOTAS

1. Sobre el Convenio 169 y, en general, sobre los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional, ver ANAYA (2005).
2. Los Estados ratificantes son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela.
3. Sobre la aplicación de los tratados de derechos humanos por jueces locales ver, en general, ABREGÚ y COURTIS (1997); ABRAMOVICH, BOVINO y COURTIS (2007). Específicamente, sobre la aplicación de los Convenios de la OIT en el ámbito local, ver GIANIBELLI (2007, p. 355-388) y GOLDÍN (2007, p. 315-354). Ver también THOMAS, OELZ y BEAUDONNET (2004, p. 249-285).
4. Es el caso de Argentina, para una lista de tratados de derechos humanos incluida en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución, que puede ser ampliada si, al aprobar un tratado de derechos humanos se reúne una mayoría calificada. También es el caso de Brasil, que otorga a los tratados de derechos humanos aprobados a través de un procedimiento y mayoría calificadas el valor de una reforma constitucional (Constitución federal, artículo 5 º, § 3º).
5. En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional ha decidido más de cuarenta casos en los que se invoca el Convenio 169. Ver, al respecto, BOTERO MARINO (2003, p. 45-87).
6. Entre los países de la región en los que se han registrado aplicaciones judiciales del Convenio 169 se encuentran Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Perú y Venezuela.
7. BELICE. Corte Suprema. 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, claims 171 and 172 of 2007. Sentencia. 18 oct. 2007, par. 130.
8. COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencias 1992-3435 y 1993-5759.
9. De todos modos, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece en su artículo 417 que "En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución" – una solución que se acerca a la del "bloque de constitucionalidad".
10. MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis P. LXXVII/1999. Semanario Judicial de la Federación, t. X, nov. 1999, p. 46; Tesis P. VIII/2007, abr. 2007, Semanario Judicial de la Federación, t. XXV, abr. 2007, p. 6.
11. Como dije antes, en Brasil los tratados de derechos humanos aprobados a través de un procedimiento especial y con una mayoría calificada tienen jerarquía constitucional, pero resta el problema de la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos no aprobados de ese modo –es decir, prácticamente la mayoría de los tratados de derechos humanos, que fueron ratificados antes de la aprobación de la reforma constitucional que establece el procedimiento especial con mayoría calificada.
12. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-088/01. 31 ene. 2001. [Magistrada Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez].
13. BOLIVIA. Tribunal Constitucional. Sentencia constitucional 106/2003. Expediente 2003-07132-14-RDN. Sentencia. 10 nov. 2003.
14. La Corte Interamericana inició su jurisprudencia en la materia con el caso *Awás Tingni*. En ese caso consideró por primera vez que el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –cuyo texto es similar al del artículo 1 del Protocolo 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos– debe ser interpretado, cuando se trata de pueblos y comunidades indígenas, como un derecho a la propiedad colectiva o comunal de la tierra. Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua. Sentencia. 31 ago. 2001, par. 148-149. En los casos aquí comentados, la Corte Interamericana amplía sus fundamentos, empleando para ello el Convenio 169.
15. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005.
16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 127 y 130.
17. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 131.
18. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 136.
19. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, par. 150 y 151.
20. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay. Sentencia. 29 mar. 2006, par. 117-119 y 150-151.
21. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo Saramaka v. Suriname. Sentencia. 28 nov. 2007, par. 93-94 y 131.
22. ARGENTINA. Cámara Civil y Comercial de Jujuy. Sala Primera. Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca v. Provincia de

Jujuy. Sentencia. 14 sep. 2001.

23. Ver Convenio 169, artículo 6.1. a): “[Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán] 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.” Ver también artículos 7 y 15 del Convenio.

24. Ver, por ejemplo, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo Saramaka v. Suriname. Sentencia. 28 nov. 2007, párrs. 133-137.

25. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97. 3 feb. 1997. [Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell].

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

27. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-030/08. 23 ene. 2008. [Magistrado Ponente: Rodrigo Gil Escobar].

28. COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sala Constitucional. Voto 2000-08019. Expediente 00-000543-0007-CO. Sentencia. 8 sep. 2000.

29. ECUADOR. Tribunal Constitucional. No. 170-2002-RA: Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional. Sentencia. 13 ago. 2002.

30. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Sentencia. 17 jun. 2005, párrs. 161-169, 172 y 175, y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay. Sentencia. 29 mar. 2006, párrs. 152-178.

31. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Yakye Axa. Sentencia. 17 jun. 2005, párrs. 161 y 162.

32. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Yakye Axa. Sentencia. 17 jun. 2005, párr. 163.

33. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Yakye Axa. Sentencia. 17 jun. 2005, párrs. 205, 220 y 221, y Sawhoyamaxa, Sentencia.

29 mar. 2006, párrs. 224, 229, 230 y 232.

34. ARGENTINA. Corte Suprema de la Nación. Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento. Medida cautelar: Sentencia. 18 sep. 2007.

35. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-704/06. 22 ago. 2006. [Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto].

36. COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Voto 2003-08990. Expediente 03-007279-0007-CO. Sentencia. 26 ago. 2003.

37. GUATEMALA. Juzgado de Primera Instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Totonicapán. Expediente E.312.2003 Of. 6to. Sentencia. 25 jun. 2003.

38. GUATEMALA. Juzgado de Paz Comunitario del Municipio de San Luis, Departamento de Petén. Proceso No. 517-2003 Of. I. Sentencia. 18 nov. 2003.

39. GUATEMALA. Corte de Apelaciones constituida en tribunal de amparo, Sala Tercera, Amparo No. 46-2003 Of. 1. Sentencia de 30 de octubre de 2003.

40. BOLIVIA. Tribunal Constitucional. Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-04940-10-RAC. Sentencia de 11 de marzo de 2003.

41. Ver Convenio 169 de la OIT, 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 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.”

ABSTRACT

This article presents some cases that are emblematic of the application of the International Labour Organisation's Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, by courts of Latin America. It discusses: a limited number of cases that cover various topics and represent the distinct countries of the region; and the regional court of human rights – the Inter-American Court of Human Rights. These cases are highlighted either according to their subject, by the innovative insight they offer, or by the relevance of their consequences. Before outlining these cases, however, some clarifications are presented which might be useful in explaining the material set forth below and the context in which the material should be situated.

KEYWORDS

Convention 169 – ILO – Indigenous and Tribal Peoples – Courts. Latin America – International Treaties Applicatio

RESUMO

O artigo apresenta alguns casos emblemáticos da aplicação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes por tribunais da América Latina. O trabalho discute: um número reduzido de casos sobre temas diversos e que representam diferentes países da região; bem como o tribunal regional de direitos humanos – a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os casos selecionados foram aqueles que apresentaram perspectivas particularmente interessantes com relação à temática abordada, inovação em sua interpretação ou relevância de suas consequências. Antes de apresentar os casos, entretanto, exponho alguns esclarecimentos que podem ser úteis para a compreensão do material selecionado e o contexto no qual estes casos estão inseridos.

PALAVRAS-CHAVE

Convenção 169 – Organização Internacional do Trabalho – Povos Indígenas e Tribais – Cortes. América Latina – Aplicação de Tratados Internacionais.

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ
Origen, sentido y futuro de los derechos humanos: Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN
Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE
Reflexión sobre la sociedad civil y los derechos humanos

JEREMY SARKIN
La consolidación de los reclamos de reparaciones por violaciones de los derechos humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND
Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos en los sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY
La represión en los Estados Unidos después del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO
Redefinir la seguridad Cinco cuestiones sobre derechos humanos

SUR 2

SALIL SHETTY
Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio: Oportunidades para los derechos humanos

FATEH AZZAM
Los derechos humanos en la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE
Derecho a la educación y educación para los derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE
Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND
Derechos humanos, medio ambiente y conflictos: Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY
Cooperación entre el Estado y la

sociedad civil para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH
¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH
Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN
Comercio y derechos humanos: rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA
El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ
Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO
La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN
Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE
El acceso a la justicia y la protección a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBA
La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA
Derechos humanos y justicia: una investigación en Río de Janeiro

LOUISE ARBOUR
Plan de acción presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE
El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO
Últimos avances en la justicia de los derechos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA
Pueblos indígenas versus petroleras: Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones: ¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN
Relectura del desarrollo y de los derechos: Lecciones desde África
MICHELLE RATTON SANCHEZ
Breves consideraciones sobre los mecanismos de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBIKE
Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN
Los programas sociales desde la óptica de los derechos humanos: El caso del Bolsa Família del gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA Y LEO ZWAAK
Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: Una actualización

RESEÑA

SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN
Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ
El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA
El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE
Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana

DEVIKA PRASAD
El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la Commonwealth del Pacífico

IGNACIO CANO
Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen

TOM FARER

Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?

RESEÑA

SUR 6

UPENDRA BAXI

El Estado de Derecho en la India

OSCAR VILHENA VIEIRA

La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho

RODRIGO UPRIMNY YEPES

La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos

LAURA C. PAUTASSI

¿Iguualdad en la desigualdad? Alcances y límites de las acciones afirmativas

GERT JONKER Y RIKI SWANZEN

Servicios de mediación para los testigos menores de edad que atestiguan ante tribunales penales sudafricanos

SERGIO BRANCO

La ley de autor brasileña como elemento de restricción a la eficacia del derecho humano a la educación

THOMAS W. POGGE

Propuesta para un Dividendo sobre Recursos Globales

SUR 7

LUCIA NADER

El papel de las ONG en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU

CECÍLIA MACDOWELL SANTOS

El activismo legal transnacional y el Estado: reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

JUSTICIA TRANSICIONAL

TARA URS

Imaginando respuestas de inspiración local a las atrocidades masivas que se cometieron: voces de Camboya

CECILY ROSE Y FRANCIS M. SSEKANDI

La búsqueda de justicia transicional y los valores tradicionales africanos: un choque de civilizaciones – El

caso de Uganda

RAMONA VIJEYARASA

Enfrentando la historia de Australia: verdad y reconciliación para las generaciones robadas

ELIZABETH SALMÓN G.

El largo camino de la lucha contra la pobreza y su esperanzador encuentro con los derechos humanos

ENTREVISTA CON JUAN MÉNDEZ

Por Glenda Mezarobba

SUR 8

MARTÍN ABREGÚ

Derechos humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva – una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur

AMITA DHANDA

Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

LAURA DAVIS MATTAR

Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales – un análisis comparativo con los derechos reproductivos

JAMES L. CAVALLARO Y STEPHANIE ERIN BREWER

La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social

DERECHO A LA SALUD Y ACCESO A MEDICAMENTOS

PAUL HUNT Y RAJAT KHOSLA

El derecho humano a los medicamentos

THOMAS POGGE

Medicamentos para el mundo: impulsar la innovación sin obstaculizar el libre acceso

JORGE CONTESSE Y DOMINGO LOVERA PARMO

Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/sida: éxitos sin victoria en Chile

GABRIELA COSTA CHAVES, MARCELA FOGAÇA VIEIRA Y RENATA REIS

Acceso a medicamentos y propiedad intelectual en Brasil: reflexiones y estrategias de la sociedad civil

SUR 9

BARBORA BUKOVSKÁ

Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos

JEREMY SARKIN

Prisões na África: uma avaliação da perspectiva dos direitos humanos

REBECCA SAUNDERS

Sobre o intraduzível: sofrimento humano, a linguagem de direitos humanos e a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul

SESSENTA ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

PAULO SÉRGIO PINHEIRO

Os sessenta anos da Declaração Universal: atravessando um mar de contradições

FERNANDA DOZ COSTA

Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas - um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais

EITAN FELNER

Novos limites para a luta pelos direitos econômicos e sociais? Dados quantitativos como instrumento para a responsabilização por violações de direitos humanos

KATHERINE SHORT

Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?

ANTHONY ROMERO

Entrevista com Anthony Romero, Diretor Executivo da American Civil Liberties Union (ACLU)