

PROTOCOLO IBEROAMERICANO DE ACTUACIÓN JUDICIAL

Apartado sobre personas, comunidades y pueblos indígenas.



Apartado sobre personas, comunidades y pueblos indígenas

Introducción

Tal como lo afirmó recientemente el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU¹, la situación que viven los pueblos originarios se sigue caracterizando por la violación sistemática y generalizada de sus derechos, a pesar de los importantes avances alcanzados en el plano normativo. Consideramos que este abismo debe desaparecer.

Rodolfo Stavenhagen² sintetizó la problemática de estos pueblos así:

“en diversas esferas hay una incompreensión con respecto a los derechos indígenas, ligada a la persistencia de prejuicios y actitudes discriminatorias cuando no racistas. Más preocupante resulta la oposición al pleno disfrute de sus derechos que proviene de diversos intereses económicos privados, nacionales e internacionales. Estos intereses se centran en la propiedad de la tierra y la explotación de los recursos naturales, sobre todo los bosques, el agua y los recursos del subsuelo. Con frecuencia están coludidos con las estructuras del poder político para obstaculizar el avance de los derechos humanos de los pueblos indígenas...Los Estados necesitan mostrar mayor voluntad y capacidad política para construir mecanismos y estructuras eficientes que logren promover realmente, y no solamente simular, el respeto efectivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas en sus países. Los tribunales deben asumir activamente la defensa de estos derechos más allá de los legalismos que durante tanto tiempo se usaron para despojar de ellos a los indígenas.”

Por lo tanto, las y los juzgadores tienen frente a sí, un reto enorme, pues las normas que a nivel nacional e internacional reconocen derechos individuales y colectivos a los pueblos indígenas, deben permear con urgencia el conjunto de los sistemas jurídicos nacionales y

¹ Afirmación hecha el 18 de septiembre de 2013. Consultada el 08 de octubre de 2013 en la página electrónica del Relator:

<http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/declaracion-del-relator-especial-al-consejo-de-derechos-humanos-2013>

² En el Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos A/HRC/4/32 el 27 de febrero de 2007 y que fue consultado el 15 de octubre de 2013 en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/111/02/PDF/G0711102.pdf?OpenElement>

generar acciones concretas que disminuyan la distancia entre lo reconocido y la praxis judicial, avanzando en superación de las barreras que los pueblos indígenas enfrentan cotidianamente para gozar de sus derechos. Con esto pretende contribuir el presente texto.

Este apartado del Protocolo Iberoamericano busca auxiliar a las y los juzgadores en su tarea de impartir justicia de forma especializada, acercándoles los estándares internacionales y algunos ejemplos de buenas prácticas y resoluciones de diversos países de Latinoamérica, pues estamos conscientes de la relevancia de las resoluciones judiciales, su poder transformador y trascendencia en la vida de las personas.

En pocas palabras, los criterios jurisdiccionales son un claro indicador del avance real en el respeto a los derechos, en este caso, de las y los indígenas y el quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la modificación de las desigualdades que aún enfrentan estas personas y colectivos.

Cabe aclarar que esta iniciativa tiene como antecedente el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en abril del 2013, mismo que fue sometido a la consideración del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, tal como consta en el último informe que éste presentó a la Asamblea General de la ONU en agosto pasado³.

³ Párrafo 12 del informe A/68/317, mismo que fue consultado el 29 de octubre de 2013 en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/images/stories/docs/2013-ga-annual-report-sp.pdf>

I. Marco Normativo

El marco jurídico de los principios y de las consideraciones que se sugieren en el presente apartado lo constituye un conjunto amplio de instrumentos internacionales de diversa índole, entre los que podemos destacar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia interpretativa desarrollada por los órganos de supervisión de los instrumentos internacionales en la materia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe aclarar que aunque algunas personas pudieran pensar que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es vinculante por su naturaleza, día con día crecen las voces que aseguran lo contrario, pues tal como lo afirma la Relatoría Especial de Naciones Unidas, al ser una resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas que refleja el consenso internacional que existe en torno a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, debe considerársele como una interpretación autorizada de las obligaciones que los Estados tienen con respecto de los derechos de estos pueblos y al estar vinculada a una pauta de práctica internacional y estatal continuada, es parte del derecho internacional consuetudinario.

Como sabemos, a pesar del avance en la adopción de normas que reconocen los derechos indígenas, se sigue manteniendo la brecha de implementación de éstas, persistiendo las situaciones que de facto y de manera estructural les impiden gozar efectivamente de sus derechos, por ello la necesidad de aterrizar las normas en la realidad concreta a través de resoluciones judiciales protectoras, sobre todo si los tribunales, comienzan a desempeñar un papel cada vez más activo en la defensa de los derechos indígenas.

II. Conceptos

Para los efectos del presente apartado del Protocolo se entiende por:

- a) **Persona indígena:** La que tiene conciencia de pertenecer a una comunidad o pueblo indígena.
- b) **Pueblos indígenas:** Colectividades que descienden de poblaciones que habitaban el continente al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
- c) **Territorio indígena:** Porción del territorio constituida por espacios continuos y discontinuos ocupados, poseídos o usados de alguna manera por los pueblos y comunidades indígenas, y que comprenden la totalidad del hábitat que permite su reproducción y continuidad material, social, cultural y espiritual.
- d) **Instituciones indígenas:** Aquellas que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como tales, con base en sus sistemas normativos internos, las cuales pueden o no coincidir con otras instituciones del Estado que los alberga.
- e) **Lenguas indígenas:** Son las lenguas propias de los pueblos originarios de América.

III. Principios generales para la consideración de las y los juzgadores en casos que se encuentren involucradas personas, comunidades y pueblos indígenas

A continuación se enuncian seis principios de carácter general que fundamentan y dan sentido a todo el andamiaje jurídico de origen nacional e internacional que debe ser observado en cualquier momento del proceso de justicia en los que estén involucradas personas, comunidades y pueblos indígenas. Estos principios buscan presentar lineamientos generales que las y los juzgadores pueden aplicar de manera directa o bien usar como criterio de interpretación de éstos y otros derechos.

- 1.- Igualdad y no discriminación;
- 2.- Autoidentificación;
- 3.- Maximización de la autonomía;
- 4.- Acceso a la justicia considerando las especificidades culturales;
- 5.- Protección especial a sus territorios y recursos naturales;
- 6.- Participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte.

Para mayor claridad, la columna de la izquierda hace referencia a los instrumentos jurídicos que reconocen los principios aludidos, la central a lo que éstos expresan y la columna de la derecha a las consideraciones que debe hacer el juzgador para brindar una atención diferenciada.

Instrumento	Principio	Consideraciones para las y los juzgadores
	1) IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN 1.A. Trato y reconocimiento	

<p>Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), artículos 1º, 2º.</p> <p>Convenio 169 de la OIT artículos 2º, 3º.</p> <p>Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1º, 2º y 26.</p>	<p>Ninguna persona indígena podrá recibir un trato discriminatorio por su identidad étnica, idioma, género, aspecto, condiciones físicas y mentales, o por su condición social.</p> <p>Sus culturas, prácticas, costumbres e instituciones deben ser tratadas en términos de igualdad en relación a las culturas, prácticas, costumbres e instituciones del resto de la sociedad dominante. La <i>interculturalidad</i> debe ser entendida como el diálogo respetuoso entre culturas y deberá ser el principio básico de relación entre los funcionarios del Estado y los indígenas.</p> <p>Los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de aplicación de la norma que mejor proteja los derechos de las personas.</p> <p>1.B. Detección y toma de medidas especiales</p>	<p>Se tiene que reconocer la personalidad jurídica, individual o colectiva de los indígenas que inicien acciones jurídicas ante los juzgados o tribunales en demanda de sus derechos específicos, sin que ello implique ningún trato discriminatorio por el hecho de asumir tal condición.</p> <p>Las autoridades indígenas deben ser consideradas como tales y no como particulares. El carácter de autoridad indígena podrá considerarse acreditado con documentos propios de los núcleos o colectivos indígenas.</p>
<p>Observación General No. 5, Comité de los Derechos del Niño, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 34º</p>	<p>La aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico a las personas, más bien, se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación. La pretensión de la igualdad no es “asimilar” a las personas a una idea única de sujeto, más bien reconoce la validez de una diversidad de proyectos posibles.</p> <p>Cabe aclarar que este principio implica una protección especial de las autoridades frente a actuaciones de terceros.</p> <p>El Mecanismo de expertos de ONU ha</p>	<p>A partir de datos como el lugar de origen de la persona, el idioma que hablan sus padres o el tipo de asunto, el juzgador se debe preguntar si las personas involucradas en el juicio son miembros de una comunidad o pueblo indígena y por tanto, si deben considerar elementos de esa cultura que le permitan adecuar su resolución al caso concreto. Esta obligación se incrementa en regiones de gran presencia indígena por razones de origen o de migración.</p>

<p>Período de Sesiones (2003), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 377.</p>	<p>señalado “[...]la relación de los pueblos indígenas con los sistemas nacionales de justicia no puede examinarse, por tanto, sin tener en cuenta los factores históricos o su actual situación económica, social y cultural.”⁴</p> <p>[...] “En vista de los abusos sufridos a lo largo de la historia por los pueblos indígenas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es de particular interés, ya que reconoce la necesidad de adoptar medidas especiales para hacer frente a la discriminación.”⁵</p>	<p>A partir de esa detección deberá informársele a la persona que tiene una serie de derechos, como por ejemplo, ser asistido por un traductor y defensor que conozca su lengua y cultura e interponer los recursos y medios de defensa a su alcance, así como hacer las adecuaciones que permitan que le sean de fácil comprensión las diferentes etapas del procedimiento.</p> <p>Las y los juzgadores deben proveer lo necesario para comprender la cultura de la persona sujeta a proceso y para que ésta comprenda las implicaciones de los procedimientos jurídicos.</p> <p>En síntesis, las y los juzgadores deben considerar la desigualdad estructural que padecen los pueblos indígenas, esos factores que sin posibilidad de opción, colocan a las personas dentro de grupos históricamente sometidos y marginados y por ello deben tomar medidas concretas que ayuden a reducir los obstáculos que impiden la defensa eficaz de los intereses de las personas y pueblos indígenas.</p>
	<p>2) AUTOIDENTIFICACIÓN</p>	

⁴ Opinión N° 5 (2013) del Mecanismo de Expertos: acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, párrafo 4. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

⁵ Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafo 15. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

<p>Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 9° y 33.</p> <p>Convenio 169 de la OIT, artículo 1°.</p>	<p>2.A. A quién corresponde definir lo indígena</p> <p>Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad indígena y a determinar su identidad y pertenencia conforme a sus costumbres.</p> <p>La autoadscripción es el criterio para determinar si una persona es indígena, pues la definición de lo indígena no corresponde al Estado. Es prerrogativa de quienes tienen conciencia de pertenecer a un pueblo o comunidad indígena definirse como tales.</p> <p>En tal sentido, la autoadscripción es el acto voluntario de personas o comunidades que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado.</p>	<p>Basta el dicho de la persona para que se acredite este hecho y esto debe ser suficiente para la juzgadora o el juzgador. En casos colectivos, basta que los representantes comunitarios así lo manifiesten y que exhiban, por ejemplo, las actas de asamblea en las que se haga constar este hecho.</p> <p>Quien se autoadscribe como indígena no tiene la carga de la prueba sobre esa circunstancia, pues no es una condición biológica o fenotípica, ni conlleva referentes materiales específicos e inmutables, sino que se trata de una identificación subjetiva con una identidad cultural.</p>
	<p>2.B. El reenvío a los mecanismos indígenas</p> <p>La Corte Interamericana observó que la identificación de la comunidad, desde su nombre hasta su composición, era “un hecho histórico social” que hacía parte de su autonomía. Por tanto, la Corte y el Estado debían limitarse “a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique”.⁶</p>	<p>Esta autoidentificación la mayoría de las veces implica un reenvío a los sistemas jurídicos indígenas tanto para definir su integración como quienes son sus autoridades.</p>
	<p>3) MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA</p> <p>3.A. Como criterio de interpretación</p>	

⁶ Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso, *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, (Bélgica: 2010), versión manuscrita, p. 16. Consultado el 08 de octubre de 2013 en la página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>

<p>Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 3º, 4º, 5º.</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.</p> <p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1, 1.</p> <p>Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 4.</p>	<p>Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación, esto significa el reconocimiento a la capacidad de decidir sobre lo propio.</p> <p>El derecho a la libre determinación se ejerce mediante el control de sus instituciones, así como de su desarrollo social y cultural dentro del marco del Estado en que viven, (...) ⁷ ello implica que los Estados respeten la integridad de los valores, prácticas e instituciones que se derivan de su identidad como pueblos indígenas. ⁸</p>	<p>El principio que se sugiere privilegiar es el de la maximización de la autonomía de los pueblos, por ejemplo, en el ámbito de sus autoridades, instituciones, sistemas jurídicos y opciones de desarrollo.</p> <p>Los pueblos indígenas son parte constitutiva del Estado y debe protegerse su derecho colectivo a participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses.</p>
---	---	--

⁷ Párrafo Preambular 5 y otros Artículos del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la página electrónica: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

⁸ Artículo 5, b, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

<p>Convenio 169 de la OIT, artículos 8, 9 y 12.</p> <p>Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 13 y 40.</p> <p>Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8º.</p>	<p>4) ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LAS ESPECIFICIDADES CULTURALES</p> <p>4.A. Acceso a la justicia interna</p> <p>“De conformidad con el derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas deben tener acceso a la justicia a nivel externo, de los Estados, e interno, a través de los sistemas consuetudinarios y tradicionales indígenas, y deben tener acceso a la justicia tanto de manera individual como colectiva.”⁹</p> <p>Es importante alinear la justicia ordinaria con la justicia indígena, a fin de generar un marco normativo que “evite los solapamientos entre ambas jurisdicciones y que proporcione algunas reglas básicas de cómo debe ser la relación, cuáles son los límites de la <i>jurisdicción indígena</i>, cuál es la competencia que le corresponde a cada una de ellas y cuál debe ser la regla a aplicar si un asunto o conflicto es asumido por una jurisdicción cuando le corresponde a otra.”¹⁰</p> <p>4.B. Mínimos que la justicia indígena no puede desconocer</p> <p>“En algunos casos los propios Estados impugnan las prácticas judiciales indígenas, a menudo basándose en el argumento de que</p>	<p>Los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, respetando los derechos humanos y de manera relevante la dignidad e integridad de las mujeres. De ahí que los juzgados deben considerar declinar competencia en aquellos casos que corresponde conocer a las autoridades propias de los pueblos.</p> <p>Es obligación de los tribunales del Estado, reconocer la existencia de los sistemas normativos indígenas y convalidar las resoluciones y elecciones que se realicen conforme a los mismos, siempre y cuando respeten derechos humanos.</p> <p>La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia por ejemplo, elaboró los “mínimos</p>
---	---	--

⁹ Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafo 5. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

¹⁰ *La protección de los derechos de los Pueblos Indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal*, Due Process of Law Foundation, 2012.

	<p>los sistemas tradicionales son discriminatorios o incompatibles con las normas nacionales o internacionales. Es importante señalar que la Declaración exige el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos, pero no incluye ninguna disposición similar con respecto a los sistemas nacionales.”</p>	<p>contenido éticos” que la administración de justicia indígena no puede desconocer, independientemente de su cultura, pautas o tradiciones, incluyendo: 1) el derecho a la vida (no a la pena de muerte); 2) el derecho a la integridad física (no a la tortura); 3) el derecho a la libertad (no a la esclavitud) y 4) el derecho a un debido proceso (de acuerdo con las propias reglas establecidas en la comunidad).</p>
	<p>4.C. Acceso a la justicia externa</p> <p>“Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.”¹¹</p> <p>[...] “Entre los elementos de dicho acceso a la justicia se cuentan el derecho a un recurso efectivo, la equidad en el procedimiento y la necesidad de que los Estados adopten medidas positivas para permitir dicho acceso.”¹²</p>	<p>Está en los impartidores de justicia averiguar si en los casos que revisan hay elementos de especificidad cultural relevantes para ser tomados en cuenta en el momento de determinar, por ejemplo, la responsabilidad penal y si estos elementos influyeron en la comisión de los hechos o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado.</p> <p>Para que la justicia sea cultural y materialmente accesible a estas personas y colectivos, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deben contar</p>

¹¹ Artículo 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en la página electrónica: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

¹² Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafo 11. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

	<p>Este principio está relacionado con la oportunidad de las personas de participar en procesos determinantes para el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con el debido proceso legal y como garantía fundamental del juicio justo. Este derecho se ha entendido como una especie de acción afirmativa orientada a subsanar o reducir las desventajas que sufren los pueblos indígenas para acceder plenamente a la jurisdicción del Estado.</p> <p>El reconocimiento de los derechos indígenas implica que al aplicar la legislación nacional dentro de un proceso o juicio, la persona juzgadora parta de:</p> <p>4.C.a) la identificación de una identidad cultural diferente que tiene un referente colectivo, es decir, que se trata de pueblos con organización e instituciones propias, dentro de las que se comprenden instituciones jurídicas y políticas y que tienen su raíz en una cultura diferente que debe ser respetada y apoyada en su desarrollo; y</p> <p>4.C.b) la obligación que tiene de considerar las normas de estos pueblos con el fin de valorarlas correctamente en el contexto y significado real de los hechos.</p> <p>Lo anterior implica, por ejemplo, que desde la detención, la persona a quien se le imputa la comisión de un delito tenga acceso a los medios necesarios, tanto técnicos (asistencia de un defensor y traductor) como materiales (la posibilidad de investigar y aportar pruebas), a partir de su propia identidad cultural, para definir e implementar una estrategia de defensa frente a esa imputación.</p> <p>La esencia de este derecho consiste en la oportunidad que tenga la defensa para</p>	<p>con intérpretes que conozcan su lengua. Deben contar con los medios eficaces para comprender y hacerse comprender dentro del procedimiento.</p> <p>De la misma manera, el juzgador o la juzgadora tendrá que allegarse todos los datos que le permitan comprender la lógica jurídica indígena, prevaleciendo el diálogo y el respeto a la diversidad cultural.</p> <p>Se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, tanto para determinar si la conducta particular está influida por una visión del mundo distinta al sentido común que presupone la ley positiva, como para determinar si en el contexto socio-cultural de la persona existen normas que le prohibieron, le obligaron o le permitieron realizar conductas distintas a las esperadas por el derecho positivo.</p> <p>El juzgador debe hacer una valoración integral del caso y el contexto cultural del indiciado mediante una actitud proactiva orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, allegándose los elementos que le ayuden a resolver considerando esas especificidades.</p> <p>Se recomienda consultar a peritos antropólogos expertos sobre el pueblo indígena</p>
--	---	---

	<p>participar en el proceso penal, en condiciones de igualdad respecto a la acusación, para hacer valer su perspectiva sobre los hechos (defensa material) y el derecho (defensa técnica). Es evidente que para una persona ajena a los códigos y el lenguaje técnico usado en el tribunal, el derecho a la defensa implica la provisión de un especialista con conocimiento de la lengua y la cultura del implicado. De esta manera, se debe garantizar que la persona implicada conozca y entienda con anticipación y en detalle la acusación formulada en su contra.</p> <p>Los instrumentos internacionales prevén que para el pleno cumplimiento del derecho a la defensa, además de la provisión por parte del Estado de un defensor con conocimiento de la cultura y traductores con el conocimiento de su lengua, sin importar que el inculpado no nombre uno o no los pueda pagar, es necesario que la persona pueda comunicarse libremente y en privado con su defensor, incluso antes de su primera declaración. Este derecho es fundamental y esto no sería posible si el defensor y el imputado no comparten la lengua materna de la persona o no cuentan con traductor y si éste no tiene nociones de la dimensión cultural en que se socializó su defendido y sus implicaciones para el proceso.</p>	<p>involucrado a fin de ofrecer un marco general del sistema cultural de la persona involucrada y su sistema normativo.</p>
<p>Convenio 169 de la Organización</p>	<p>5) PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES</p> <p>5.A. Detección y protección especial</p> <p>La protección especial de sus territorios y recursos es uno de los derechos fundamentales para que los pueblos indígenas puedan reproducirse, mantener y desarrollar</p>	<p>Los juzgadores deben identificar y reconocer si el asunto que conocen involucra la tierra, el territorio o los recursos naturales</p>

<p>Internacional del Trabajo, artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19.</p> <p>Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 8, 26, 32.</p> <p>Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21.</p> <p>Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Los derechos de las minorías.</p> <p>Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,</p>	<p>sus culturas.¹³</p> <p>El artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra. Y en el artículo 8, la Declaración señala que los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:</p> <p>[...]</p> <p>b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;</p> <p>“Una dimensión particular del acceso a la justicia guarda relación con el hecho de superar las injusticias y la discriminación históricas de que han sido objeto durante largo tiempo, entre otras situaciones, en relación con la colonización y la desposesión de las tierras, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas. Las injusticias cometidas en el pasado que siguen sin resarcirse constituyen una permanente afrenta a la dignidad del grupo, lo que contribuye a mantener la desconfianza hacia los culpables, especialmente cuando es el Estado el que reclama su autoridad sobre los pueblos indígenas como resultado de ese mismo agravio histórico. El daño asociado a las injusticias históricas se sigue produciendo actualmente y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta. Muchas de las dificultades a las que se enfrentan hoy día los pueblos indígenas tienen</p>	<p>de un individuo o comunidad indígena y asentarlos explícitamente para su posterior protección. Para ello, puede auxiliarse en esa identificación con periciales históricas, etnohistóricas, documentos coloniales, paleografías o monografías.</p> <p>En razón a esa protección especial las y los jueces deben abrir paso a las reivindicaciones o recuperaciones de los territorios que planteen los pueblos indígenas.</p>
--	---	--

¹³ Ver: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Disponible en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

artículo 27.	su origen en agravios pasados.” ¹⁴	
	<p>5.B. Territorio y posibilidades de pervivencia</p> <p>Según el Convenio 169 de la OIT, el concepto territorio va más allá de lo dispuesto por el derecho agrario, ya que por la importancia material, simbólica y espiritual que reviste para la cultura de estos pueblos, el territorio comprende la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna manera (incluyendo el acceso al mismo), y los sitios que consideran sagrados y ceremoniales, lugares que deben protegerse con las mismas consideraciones que los territorios en los que se asientan esos pueblos.</p>	<p>En tal sentido, es necesario que el juzgador reconozca la especial relación que los pueblos indígenas guardan tanto en lo colectivo como en lo individual con la tierra y procedan a su protección en el caso específico (al momento de la valoración de las pruebas y del dictado de la sentencia respectiva).</p>
	<p>5.C. Protección a la propiedad pero también a la posesión indígena</p> <p>En relación con lo anterior, es ilustrativa la interpretación de los órganos del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, donde la propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales se fundamenta “no en el reconocimiento oficial del estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”.¹⁵</p> <p>El estándar establecido por la Corte Interamericana resulta relevante en la medida que incorpora a la noción de posesión del territorio, no sólo la ocupación física, sino también actividades de carácter permanente o estacional y usos relacionados a la cultura de</p>	<p>Se debe otorgar importancia a los “títulos virreinales” como prueba indiciaria para acreditar posesión inmemorial. También se deben considerar con valor probatorio los documentos y constancias expedidas por autoridades tradicionales.</p> <p>De la mera presencia de indígenas en áreas geográficas donde se pretenden desarrollar proyectos por parte de empresas, debe derivarse una fuerte presunción <i>iuris tantum</i> de que</p>

¹⁴ Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafos 6 y 7. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

¹⁵ Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso. *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones* (Bélgica: 2010), versión manuscrita, p.46. Consultado el 08 de octubre de 2013 en la página electrónica: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf>

	<p>los pueblos indígenas y tribales.¹⁶</p> <p>Se deben considerar y respetar las formas internas de posesión y traslado de dominio indígenas.</p>	<p>éstos tienen algún tipo de derecho sobre los recursos y los territorios que han venido poseyendo u ocupando.</p>
	<p>5.D. Acciones colectivas</p> <p>Debe garantizarse la promesa constitucional en materia de intereses difusos o colectivos haciendo un reconocimiento de legitimación procedimental <i>de base ancha</i>. Ello pone en crisis las categorías clásicas de interés legítimo y derecho subjetivo como posibilidades de satisfacer individualmente las necesidades mediante la apropiación de objetos separables y susceptibles de apropiación exclusiva, requiriéndose en consecuencia encontrar nuevos tipos de protección a través de las llamadas acciones colectivas, asignadas en cabeza de un grupo, clase o conjunto de personas y que pueden ser iniciadas, como en autos, por cualquiera de ellas.¹⁷</p>	<p>Las leyes procesales deben interpretarse con amplitud, pues el rechazo de una acción en virtud de una interpretación restrictiva o ritualista es susceptible de causar una lesión a los derechos de estos pueblos.</p> <p>Las y los jueces deberán abrir nuevas vías para los reclamos de las personas y los grupos, a fin de tutelar efectivamente sus derechos (incluyendo su dimensión colectiva); por lo que es necesario dejar de pensar que el derecho subjetivo está siempre referido a un titular determinado o al menos determinable.</p> <p>De esta forma, deberán reflexionar acerca de la admisión de las acciones procesales de aquellas personas que en lo individual o colectivamente lo accionen, aunque, por ejemplo, no sean titulares de esos</p>

¹⁶ Ibid p. 48

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006. Consultada el 08 de octubre de 2013 y disponible en la página electrónica:

http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fderechosindigenas.org.ar%2Findex.php%2Fcentrodocumentacion%2Fdoc_download%2F10-ccont-adm-consejo-quompi-lqataxac-nam-qompi-vs-provincia-del-chaco&ei=D0HkUdygHgrfyQHrIDgCQ&usg=AFQjCNHrkRs4XA7n7Tu6Jj0Ob8xcijXWoQ&bvm=bv.48705608,d.aWM

		<p>derechos, a fin de someter a un control constitucional la actuación de la autoridad que se señale como responsable.</p> <p>En muchos casos, la titularidad de los derechos de las y los indígenas, es colectiva. Dada esta situación, la legitimación procesal se amplía a los sujetos interesados (toda una colectividad o a cada uno de sus miembros).</p> <p>El desafío que compete en el nuevo siglo a los operadores judiciales frente a una sociedad expectante que requiere respuestas oportunas y convincentes es dar certeza en un tiempo razonable y de manera debidamente motivada y justa abriendo las puertas de la jurisdicción y garantizando la tutela de las libertades fundamentales a todos los habitantes.</p>
<p>Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 6 y 7.</p>	<p>6) PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER ACCIÓN QUE LOS AFECTE</p> <p>6.A. Obligación de corroborar</p> <p>Como ha afirmado la Corte IDH, además de constituir una norma convencional, la obligación de consulta es también un principio general del Derecho Internacional. Es un derecho colectivo que tiene un doble carácter: es un derecho íntimamente vinculado con la libre determinación y a la vez un instrumento central para garantizar la realización de un</p>	<p>No puede asumirse que por el hecho de haber sido aprobada una ley o realizado un acto administrativo que afecte la vida de los indígenas, existió una consulta previa. El impartidor o la impartidora de justicia <u>debe corroborar fehacientemente</u> que</p>

<p>Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 19 y 32.</p>	<p>amplio conjunto de derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional como en el nacional.</p>	<p>en todo acto administrativo o legislativo que les afecte, se haya garantizado el derecho a la participación, la consulta y el consentimiento libre, previo e informado según el caso.</p>
<p>Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/65/264, 2010.</p>	<p>El derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones que puedan llegar a afectar sus derechos e intereses es fundamental para el pleno ejercicio de derechos como la salud, materializar sus propias prioridades para el desarrollo, la preservación cultural, al agua, al medio ambiente sano, entre otros.</p>	<p>“El incumplimiento de la norma de consulta o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados”.²²</p>
<p>Consejo de Administración de la OIT en su 282ª sesión, noviembre de 2001.</p>	<p>Aun cuando la ley nacional establezca que los derechos sobre recursos del subsuelo forman parte del patrimonio nacional, el Estado tiene la obligación de “consultar con los pueblos indígenas y tribales que pudieran ser afectados antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo ubicados en territorios indígenas”¹⁸.</p>	
<p>Informe del Relator</p>	<p>La consulta se requeriría no solo cuando las tierras que pudieran ser afectadas por una medida o actividad hayan sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno... “se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra”.¹⁹</p> <p>En palabras del Relator Especial:</p> <p>a) los Procedimientos de consulta constituyen vías mediante las cuales los</p>	

¹⁸ López Bárcenas, Francisco. *El Derecho de los Pueblos Indígenas de México a la Consulta*. Servicios para una Educación Alternativa A.C. México, 2013, p. 61. Consultado el 08 de octubre de 2013 y disponible en la página electrónica: <http://www.lopezbarcenan.org/sites/www.lopezbarcenan.org/files/EL%20DERECHO%20DE%20LOS%20PUEBLOS%20INDIGENAS%20DE%20MEXICO%20A%20LA%20CONSULTA.pdf>

¹⁹ Informe del Relator Especial 2009, A/HRC/12/34, párr. 44. Consultado el 08 de octubre de 2013 y disponible en la página electrónica: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8057>

²² Corte IDH, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

<p>Especial de Naciones Unidas A/66/288 de agosto de 2011</p>	<p>Pueblos Indígenas pueden contribuir a la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad propuesta, en particular los efectos sobre sus derechos sustantivos e intereses.</p> <p>b) Son claves para la búsqueda de alternativas menos dañinas o para la definición de medidas de mitigación.</p> <p>c) Son mecanismos para llegar a acuerdos favorables desde sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, al proporcionar beneficios tangibles y promover el disfrute de sus derechos humanos.</p> <p>d) El consentimiento o acuerdo proporciona la necesaria aprobación social – una relación positiva entre los operadores del proyecto con las personas más directamente afectadas y contribuirá a la necesaria estabilidad del proyecto.²⁰</p>	
	<p>6.B. Principios</p> <p><i>Los principios esenciales de este derecho son:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>La consulta debe realizarse con carácter previo a la adopción de la medida a ser consultada. Las comunidades que resultarán afectadas deben ser involucradas lo antes posible en el proceso.</i> 2. <i>La consulta no se agota con la mera información, debe ser un diálogo genuino con el deseo de llegar a un acuerdo común.</i> 3. <i>La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.</i> 4. <i>La consulta debe ser adecuada y a través de instituciones representativas</i> 	<p>Cuando un caso se judicialice por no haber sido respetado este derecho, el juzgador o juzgadora deberá ponderar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que existen derechos derivados de la tenencia y usos indígenas de la tierra, el territorio y los recursos naturales; 2. Que existe la obligación del Estado de consultar (en su idioma) a estos pueblos en relación con las actividades que les afecten y las responsabilidades conexas de las

²⁰ Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafos 29, 58 y 59. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

	<p><i>indígenas, esto es tomando en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones.</i></p> <p>5. <i>La consulta debe ser sistemática y transparente.</i>²¹</p>	<p>empresas, incluyendo entre otros temas: estudios de impacto, distribución de beneficios y medidas de mitigación;</p> <p>3. Que el Estado debe de proveer de toda la información necesaria e imparcial para que los indígenas puedan tomar una posición;</p> <p>4. Que existe la obligación de buscar el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa;</p> <p>5. Que es un derecho de los pueblos indígenas el ser consultados a través de las instituciones representativas que existan o designen para el caso;</p> <p>6. Que el Estado debe realizar la consulta de buena fe y dialogar con las autoridades delegadas expresamente por los pueblos;</p> <p>7. Que debe concertarse con los pueblos indígenas el procedimiento de la consulta previa.</p> <p>Es obligación del Estado respetar los usos y costumbres de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, en particular sus tiempos, sus procesos internos, su idioma y sus instituciones.</p> <p>En los proyectos de menor impacto dentro del territorio, se debe procurar el consentimiento</p>
--	--	--

²¹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los pueblos indígenas en Chile*. 2009. Disponible en la página electrónica: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>

		<p>libre, previo e informado sobre el proyecto o por lo menos sobre la identificación de los impactos, así como la forma de prevenirlos y mitigarlos.</p> <p>“La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados antes de seguir adelante con la iniciativa propuesta, a saber: situaciones en que el proyecto dé lugar al desplazamiento por la fuerza de un grupo indígena de sus tierras o territorios (art. 10) y los casos relacionados con el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29). A estas situaciones el Relator Especial agregaría las relativas al establecimiento de proyectos de extracción de recursos naturales en tierras de pueblos indígenas y otras situaciones en que los proyectos podrían tener una repercusión social o cultural importante en las vidas de los pueblos indígenas de que se trata”.²³</p>
--	--	--

²³ Párrafo 84 del informe A/66/288 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

IV. Propuesta de selección de sentencias y buenas prácticas de los diferentes países en las que están involucradas personas, comunidades y pueblos indígenas

Muchos de nuestros países se están enfrentando al reto de incorporar a sus resoluciones normas sobre derechos humanos de fuente internacional y existen excelentes muestras de los pasos que se han dado para concretar este objetivo a través de sentencias protectoras de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

A continuación se podrán encontrar algunos ejemplos encaminados a garantizar el auxilio de intérpretes y peritos, a ampliar criterios de admisión y desahogo de pruebas, a tomar en cuenta las diferencias culturales, a dar paso a las jurisdicciones y elecciones indígenas, a proteger las tierras, territorios y recursos de estos pueblos y verificar que éstos hayan sido consultados cuando se toman medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos; entre otros.

Aunque esta es una pequeña muestra de decisiones jurisdiccionales, buenas prácticas e informes que resultan insuficientes para contrarrestar la gravedad de los problemas que enfrentan los pueblos indígenas en los sistemas de justicia, estamos seguros de que, en alguna medida, contribuyen –brindando otros criterios y miradas jurisdiccionales- al reto enorme que tienen los poderes judiciales para promover la superación de las barreras que los pueblos indígenas enfrentan cotidianamente para gozar de sus derechos.

Hemos seleccionado 40 buenas prácticas y sentencias de 11 tribunales de Latinoamérica y, debido a su importancia, añadimos 10 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como la persona lectora podrá notar, se han citado algunos párrafos de las mismas y todas cuentan con la referencia correspondiente para consultarlas en el vínculo señalado.

Sentencias y Buenas Prácticas por principio que se citan	
Principio 1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	
Corte IDH	3
	Total 3

Principio 2. AUTOIDENTIFICACIÓN	
Colombia	1
Argentina	1
México	2
Total 4	
Principio 3. MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA	
Colombia	5
Bolivia	1
México	1
Total 7	
Principio 4. ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO SUS ESPECIFICIDADES CULTURALES	
Corte IDH	3
Costa Rica	2
Guatemala	1
Colombia	1
México	2
Total 9	
Principio 5. PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES	
Corte IDH	3
Informe del Relator	1
Chile	2
Guatemala	1
Nicaragua	1
Panamá	2
Perú	1
Total 11	
Principio 6. PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA QUE LOS AFECTE	
Corte IDH	1
Colombia	1
Ecuador	1
Guatemala	1
Bolivia	1
México	2
Total 7	
TOTAL 40	

Sentencias y Buenas Prácticas por país que se citan	
Corte IDH	10
Colombia	8
México	7
Guatemala	3
Bolivia	2
Chile	2
Costa Rica	2
Panamá	2
Argentina	1
Ecuador	1
Nicaragua	1
Perú	1
Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas	1
Total 40	

PRINCIPIO	CASO QUE ILUSTRAS
<p>1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN</p>	<p>Corte IDH. <i>Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.²⁴</p> <p>Párrafo 269</p> <p><i>El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.</i></p> <p>Párrafo 271</p> <p><i>La Corte Interamericana ha señalado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”. Los Estados están obligados “a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”</i></p> <p>Corte IDH. <i>Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam</i>. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.²⁵</p> <p>Párrafo 103</p> <p><i>En referencia a lo que no constituye discriminación: Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida.</i></p> <p>Corte IDH. <i>Caso Baldeón García Vs. Perú</i>. Fondo, Reparaciones y</p>

²⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

²⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

	<p>Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.²⁶</p> <p>Párrafo 202</p> <p><i>Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.</i></p>
<p>2. AUTOIDENTIFICACIÓN</p>	<p>Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.²⁷</p> <p>Párrafo 37</p> <p><i>... la Corte resalta que no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. Como el mismo Estado reconoce, “no puede [...] unilateralmente adjudicar o desmentir denominaciones de [las] Comunidades Indígenas, por corresponder este acto a la Comunidad en referencia”. La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique.</i></p> <p>Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-973 de 2009, citada en la Sentencia T-601/11.²⁸</p> <p>Nota de la página 39</p> <p><i>La Corte ha considerado que se trata de un principio constitucional del que se deriva el derecho fundamental a la identidad étnica, tanto de las comunidades indígenas como de sus integrantes que, puede ser definido, “como la facultad de todo grupo indígena y de sus</i></p>

²⁶ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf

²⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

²⁸ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-973-09.htm>
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-601-11.htm>

miembros, a formar parte de un determinado patrimonio cultural tangible o intangible y de no ser forzado a pertenecer a uno diferente o a ser asimilado por uno distinto". Es un derecho subjetivo, que conforme a la jurisprudencia constitucional, deviene también en un derecho constitucional fundamental.

Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006.²⁹

Página 9

*[...] También se ha dicho que la comunidad indígena entendida como unidad socio-política es un ente con personalidad jurídica propia, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Este hecho, surgido del reconocimiento constitucional de la preexistencia de los pueblos indígenas e instrumentado en forma expresa por el art. 75, inc.17, de la C.N., implica que **el Estado puede tan sólo reconocer esa Personalidad Jurídica y no otorgarla** como en el caso de los otros cuerpos con estatutos societarios citados por el Código Civil. Este reconocimiento debe ser entendido en consonancia con el mandato constitucional de respetar la identidad de los Pueblos, lo que significa el respeto a sus mecanismos de representación y toma de decisiones, los que ciertamente no son los de la democracia representativa.*

Página 13

*[...] Cabe tener presente que el reconocimiento legal de las Comunidades Indígenas, **el Estado debe limitarse a constatar la existencia de las mismas**, inscribiéndolas en un registro especial. Es decir, **el Estado debe reconocerles su personería por el sólo hecho de existir, en forma declarativa y no constitutiva**, como ocurre con otras entidades y asociaciones previstas en el Código Civil.*

Página 14

*[...] **Que los pueblos indígenas o comunidades sean personas implica un reenvío al derecho consuetudinario de las propias comunidades tanto para definir su integración como sus autoridades.***

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Amparo Directo en Revisión 28/2007. Primera Sala. Resolución 27 de junio 2007.³⁰

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Amparo Directo en Revisión 1851/2007. Primera Sala. Resolución 15 de diciembre de 2007.³¹

Página 71

...la definición de lo indígena no corresponde al Estado, sino a los propios indígenas. El Estado y, en particular, los órganos encargados de la persecución de los delitos y de la impartición de justicia deben guiarse, en la calificación oficial, por lo que la población indígena decida...

Páginas 30 y 31

No hay que olvidar que la Constitución se refiere a la conciencia de la identidad indígena, sin exigir siquiera expresamente que exista un tipo determinado de declaración o comunicación externa de la misma. La apreciación de si existe o no existe una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar en una consideración completa (no parcial), basada además en constancias y actuaciones (no en la opinión personal del juzgador de amparo), y debe realizarse además siempre con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en casos penales y en aquellos que prima facie parecen involucrar a grupos estructuralmente desaventajados. En estos casos, la actitud del juzgador (siendo “juzgador” no solamente el juez penal ordinario sino, naturalmente, también el juez o tribunal de amparo, cuya justificación institucional es precisamente ser el garante de los derechos fundamentales) debe ser la más favorable a la garantía de los derechos del procesado”.

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Tesis Aislada, Primera Sala, Décima Época.³²

COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. CUALQUIERA DE SUS INTEGRANTES PUEDE PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA

³⁰ <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=88430>

³¹ <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=95279>

³²

<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c78800000000&Apendice=1000000000000&Expresion=COMUNIDADES%20Y%20PUEBLOS%20IND%C3%8dGENAS.%20CUALQUIERA%20DE%20SUS%20INTEGRANTES%20PUEDE%20PROMOVER%20JUICIO%20DE%20AMPARO%20EN%20DEFENSA%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES%20COLECTIVOS&Dominio=Rubro&TA TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2004169&Hit=1&IDs=2004169>

	<p><i>DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COLECTIVOS. El derecho humano de acceso a la justicia para las comunidades o pueblos indígenas, contenido en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva de la situación de vulnerabilidad en que aquéllos se encuentran y del reconocimiento de su autonomía, por ello, en dicho precepto se fijó un ámbito de protección especial que, sin tratarse de una cuestión de fuero personal, garantiza que sus miembros cuenten con la protección necesaria y los medios relativos de acceso pleno a los derechos... En esa medida, el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, cuando se trate de medios de defensa de derechos fundamentales, como es el juicio de amparo, debe permitirse a cualquier integrante de una comunidad o pueblo indígena, instar a la autoridad jurisdiccional correspondiente para la defensa de los derechos humanos colectivos, con independencia de que se trate o no de los representantes de la comunidad, pues esto no puede ser una barrera para su disfrute pleno.</i></p>
<p>3. MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA</p>	<p>Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-601/11.³³ Página 41 <i>...este órgano colegiado ha venido sosteniendo que la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por las Naciones Unidas en el año 2007, refleja la posición actual de la comunidad internacional sobre la autonomía de las comunidades indígenas, declaración que para el juez se constituye en una pauta de interpretación importante de los derechos fundamentales de las comunidades tribales³⁴...la Corte Constitucional desde sus inicios ha considerado que los principios de las comunidades indígenas a la diversidad cultural e integridad étnica y determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno³⁵, así como a darse y</i></p>

³³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-601-11.htm>

³⁴ Sentencias T-704 de 2006, T-514 de 2009 y T-617 de 2010.

³⁵ El principio de autonomía encuentra sus principales manifestaciones constitucionales en los artículos 58 y 63, que protegen los territorios de los pueblos indígenas, los cuales deben ser interpretados y complementados por los artículos 13-19 del Convenio 169 de la OIT; artículo 329 constitucional que se refiere al carácter no enajenable de los resguardos, derivado de su calidad de propiedad colectiva; artículo 246 que establece la existencia de una jurisdicción especial indígena (aplicación del derecho), que ejercerá sus funciones de acuerdo con los usos y costumbres tradicionales de cada pueblo (facultad de crear o mantener el derecho propio. La autonomía también se proyecta en la organización política de las comunidades, así como en el manejo de sus asuntos, entre los que se destaca la posibilidad de concebir y manejar un concepto propio de desarrollo, definir sus prioridades y planes económicos, etc. (Artículos 330, 356 y 357 de la Carta). Este principio constituye, además, un desarrollo de uno de los principios cardinales del derecho internacional, la “*autodeterminación de los pueblos*”, que se encuentra consagrado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el Programa de Acción de Viena, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio 169 de la OIT.

conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más plausibles para la conservación o protección de esos fines, pueden plantear permanentes tensiones con otros principios constitucionales de la sociedad mayoritaria, las cuales deben ser resueltas a partir de la ponderación como modo de argumentación constitucional, “en la medida en que una incompatibilidad entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía”. Sin embargo, ha estimado que en abstracto los derechos de los pueblos indígenas gozan de una dimensión de peso mayor prima facie, en virtud del principio de maximización de la autonomía. Lo anterior, se justifica en la necesidad de garantizar la participación de las minorías y de que exista una suerte de acento constitucional en la efectividad de sus derechos.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T/496/96.³⁶

Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer el hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-728/02.³⁷

El fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, la persona “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”. Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos

³⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>

³⁷ http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justiciaviva.org.pe%2Fjurispu%2Fcolombia%2F03.doc&ei=X0gBUpSFJqWOyAGu-4GYDQ&usg=AFQjCNGi4VrdoECp6y9JKtoBrea_SNLWPg

por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. Esta condición es inherente al debido proceso, uno de cuyos componentes es precisamente el juez natural, tal como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-552/03.³⁸

Elementos de la jurisdicción indígena previstos en el artículo 246 de la Constitución:

- *Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferencia de su identidad cultural.*
- *Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.*
- *Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.*
- *Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno por participación de las comunidades.*
- *Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no pueden resultar contrario a la Constitución ni a la ley.*

Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 0300/2012, Sucre, 18 de junio de 2012.³⁹

Página 13

[...]el pluralismo se sienta como la base central de la nueva estructura jurídico, político y social, en la que los derechos tanto individuales como colectivos son objeto de protección por parte del Estado, que se obliga asimismo a materializar lo establecido por el texto constitucional.

Página 14

[...]La jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo al art. 179 de la CPE, forma parte del órgano judicial, haciendo efectivo el

³⁸ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm>

³⁹ http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/modules/ver_resolucion/indexnew.php?id=124344

derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado y, en ese ámbito, al gozar de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, ésta no puede revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina y tampoco ésta de aquella; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de esta jurisdicción, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192 de la CPE).

Página 15

En ese ámbito, el pluralismo jurídico cobra un nuevo sentido y extensión, pues se reconceptualiza a partir del relacionamiento e influencia permanente de ambos sistemas, a partir de la coordinación y cooperación que debe existir entre las diferentes jurisdicciones que conforman el Órgano Judicial (ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas); el principio de unidad de la función judicial (art. 179 de la CPE), [...]

[...]En ese sentido, debe señalarse que la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad plural, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también sobre las normas de las naciones y pueblos indígena originarios campesinos, además de conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones y de revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. [...]

Página 32

[...]Es necesario además afirmar que la propia jurisprudencia internacional apoya tal posición en mérito a que la consulta debe ser necesariamente implementada, aun en el supuesto de que los proyectos estén en pleno desarrollo, lo contrario llevaría al razonamiento erróneo de creer que una vez materializados los proyectos de desarrollo, o la explotación de recursos naturales no renovables dentro de un territorio indígena, sin el consentimiento previo de éstos, serían actos irremediables, y por lo tanto la consulta dejaría de tener relevancia, extremo que ha sido desechado por la jurisprudencia internacional, por lo que la consulta al ser un derecho de los pueblos indígena originario campesinos es irrenunciable, y por lo tanto, aunque hubieran diferendos en los hechos en que se duda si hubieron o no actos legislativos y administrativos previos, tales hechos no cambian el fondo y objeto de este derecho, que consiste en que los pueblos indígenas participen efectivamente en la toma de

decisiones de Estado, [...]

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.⁴⁰

Página 32 a 46.

Al respecto, debe considerarse que el derecho a la libre determinación y la autonomía establecido en el artículo 2o, quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se entiende como la base del ejercicio de una serie de derechos específicos relacionados con los ámbitos de decisión política, económica, social y jurídica al interior de las comunidades que forman parte de los pueblos indígenas, los cuales, por lo tanto deben ser respetados por el Estado mexicano para garantizar las expresiones de identidad de dichos pueblos y sus integrantes.

En ese contexto jurídico encontramos el derecho de las comunidades indígenas a la libre determinación, dentro del cual se ubica a los derechos políticos; lo cual se explica a partir de que, esa prerrogativa se traduce en la facultad de ejercer su autodeterminación al interior de los estados es decir, su autonomía. Ésta consiste, en el aspecto interno, en ejercer libremente sus formas de gobierno interno y acceder a las tomas de decisiones de su autogobierno; y, en el ámbito externo, participar libremente en las formas de gobierno en sus entidades federativas y en la toma de decisiones en ese nivel.

Buena Práctica de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Rama Judicial del Poder Público República de Colombia. Acuerdo No. PSAA12-9614 de 2012.⁴¹

“Por el cual se establecen las medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional”

[...]

Título III

Mecanismos de coordinación interjurisdiccional

ARTÍCULO 9°. Escuelas de Derecho Propio.

ARTÍCULO 10°. Capacitación de los Jueces, Magistrados y autoridades indígenas en formación intercultural.

ARTÍCULO 11°. Capacitación en Restitución y Formalización de territorios de comunidades indígenas.

⁴⁰ <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm>

⁴¹ <http://www.ramajudicial.gov.co/csi/downloads/archivosEventos/5796.pdf>

	<p>ARTÍCULO 12°. Sistematización y divulgación de las decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena.</p> <p>ARTÍCULO 13°. Investigaciones y estudios.</p> <p style="text-align: center;">Título IV</p> <p style="text-align: center;">Mecanismos de interlocución</p> <p>ARTÍCULO 14°. Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena. [...] como órgano e instancia permanente de interlocución, concertación, planeación, diseño y seguimiento de las políticas públicas de la Rama Judicial en materia de Jurisdicción Especial Indígena.</p>
<p>4. ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LAS ESPECIFICIDADES CULTURALES</p>	<p>Corte IDH. <i>Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.</i>⁴²</p> <p>Párrafo 184</p> <p><i>Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.</i>⁴³</p> <p>Párrafo 185</p> <p><i>La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú no contó con un intérprete provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia... Por otra parte, en ocasiones posteriores que convocó a la víctima, el Estado dispuso la presencia de un intérprete y además informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero. La Corte valora positivamente ambas medidas adoptadas por México. Sin embargo, la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no</i></p>

⁴² http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

⁴³ *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 184; y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra nota 102, párr. 63; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 83; y Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 178, y Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 96.*

tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un **menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia**. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.⁴⁴

Párrafo 100

*“Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe **asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin**. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso **no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia** encargados de la investigación del presente caso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera necesario ordenar al Estado el pago de una suma por concepto de gastos futuros, como una forma de garantizar que las víctimas puedan actuar en el proceso penal abierto ante la justicia ordinaria.”*

Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.⁴⁵

Párrafos 170 y 171

[...]Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-139/96.⁴⁶

⁴⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf

⁴⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

⁴⁶ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19417>

La norma acusada es inexigible por tratar a los indígenas como incapaces relativos, tratamiento que se deriva, sin duda, de considerar que quienes no son partícipes del mundo de valores prevaleciente en el país y que pudiera comprenderse bajo el rubro genérico de “cultura occidental” son personas menguadas urgidas de tutela paternalista. Tal actitud, ciega para la comprensión de otras formas de vida y otras cosmovisiones, es incompatible con la filosofía pluralista que informa la normatividad básica de 1991, armónica la vez con el reconocimiento de la dignidad humana como supuesto incontrovertible.

Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como “salvajes”, son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que la constituyen, en consecuencia, tratadas como portadores de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y civilización, sino sujetos culturales plenos, en la función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono de sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala.

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Amparo Directo en Revisión 1624/2008, páginas 36-39. Primera Sala. Resolución 05 de noviembre de 2008.⁴⁷

Página 36

...el reconocimiento de las costumbres y especificidades indígenas implica la necesidad de dar relevancia en el contexto jurisdiccional estatal a reglas especiales, no necesariamente iguales a las de fuente estatal ordinaria, en una amplia variedad de ámbitos”.

Páginas 38 y 39

...El Tribunal Colegiado, todavía con una intensidad mayor a la ordinaria por tratarse de un caso penal, debía partir de la presunción de que era necesario averiguar si en el caso había elementos de especificidad cultural, conformes con la Constitución, que fuera relevante tomar en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del acusado. No de la presunción de que estos elementos de especificidad cultural existían, pero sí de la premisa de que era una obligación constitucionalmente impuesta investigar si existían y si habían influido en la comisión de los hechos enjuiciados

⁴⁷ <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102948>

o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado... es una obligación del más alto nivel del ordenamiento jurídico, es decir, una obligación constitucional.

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.⁴⁸

*En aplicación de lo anterior, de las disposiciones del convenio citado se tiene que, en consonancia con la función y naturaleza de los derechos de las colectividades indígenas y de sus miembros, **es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a estos sujetos, en condiciones de igualdad real respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses jurídicamente relevantes en aquellos casos en los cuales consideren que han sido violados o desconocidos**, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales, como está garantizado para todos gobernado en el ordenamiento jurídico mexicano. Tales medidas especiales deben ser idóneas, objetivas y proporcionales para la consecución del fin a saber, la eliminación del obstáculo o barrera que se advierta y, en última instancia, a que los indígenas consigan un acceso real, efectivo, a la jurisdicción estatal.*

Buena Práctica de Costa Rica. Circular N° 020-2001. Utilización de intérprete en los casos que sea necesario y el deber de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento.⁴⁹

A LAS AUTORIDADES JUDICIALES DEL PAÍS QUE TRAMITAN LAS MATERIAS CIVIL Y PENAL SE HACE SABER QUE:

El Consejo Superior en sesión N° 05-2001 celebrada el 16 de enero del 2001, artículo XXXI, acordó comunicarles que en aquellos casos en que sea necesaria la intervención de un intérprete, deben realizar el nombramiento correspondiente, para brindar el apoyo necesario para la efectivamente aplicación del artículo 339 del Código Procesal Penal.

Asimismo, dispuso comunicarles el deber que tienen de consultar y de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del

⁴⁸ <http://portal.te.gob.mx/coleccion/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm>

⁴⁹ <http://portal.poder-judicial.go.cr/indigenas/index.php/circulares?download=303:020-2001-utilizacion-de-interprete-y-el-deber-de-informar>

conflicto sometido a su conocimiento, máxime cuando hay a lo interno Tribunales Consuetudinarios, cacicazgos o Asociaciones de Desarrollo que resuelvan los asuntos dentro de ella. San José, 5 de marzo del 2001.-

Buena Práctica de la República de Guatemala. Acuerdo Número 158/013, Presidencia del Organismo Judicial.⁵⁰

ACUERDA

Artículo 1. Creación. Se crea el Centro de Interpretación y Traducción Técnica Jurídica Indígena, dentro de la estructura organizativa de la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, el cual tendrá como objetivo fundamental el facilitar y contribuir al acceso a la justicia de los pueblos indígenas con pertinencia cultural y lingüística. La asignación de los intérpretes para el servicio solicitado estará a cargo de la Unidad de Asuntos Indígenas.

[...]

Artículo 3. Modalidad del servicio. El servicio de interpretación y traducción técnica jurídica indígena se prestará en las modalidades siguientes:

- a) Presencial*
- b) Virtual*
- c) Itinerante*
- d) Por servicio*

Buena Práctica de Costa Rica. Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas. 2008.⁵¹

1. Las Autoridades Judiciales promoverán la realización de diligencia “in situ”, en aquellos lugares donde existan territorios indígenas.

[...]

3. Los y las jueces, así como los y las funcionarios (as) judiciales darán prioridad de trato a las personas indígenas que se apersonen a los despachos judiciales.

[...]

5. Los y las juezas, así como las autoridades judiciales, que requieran documentos de otras entidades en este tipo de asuntos; establecerán los canales de comunicación y coordinación necesarios para hacerlos llegar al caso concreto a la brevedad posible; y comunicarán a la Comisión de Acceso a la Justicia los obstáculos que se les presenten

⁵⁰ Este acuerdo no ha sido encontrado en internet.

⁵¹ <http://portal.poder-judicial.go.cr/indigenas/index.php/reglas-de-acceso>

	<p>para el cumplimiento efectivo de las recomendaciones. [...]</p> <p>8. Colocar distintivos en los expedientes en el caso de que una de las partes sea una persona indígena.</p> <p>Buena Práctica de México. Acuerdo General 31/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Oaxaca (México).⁵²</p> <p><i>El Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de Oaxaca emitió un acuerdo (31/2013) por el cual adopta el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas publicado por la SCJN a efecto de que los órganos jurisdiccionales, de control interno, de administración interna y auxiliares, lo apliquen. Además, en su artículo 5 dispone que la aplicación deberá estar contemplada en la solicitud de ampliación del ejercicio fiscal 2013 y en el proyecto de Presupuesto del 2014 del Consejo de la Judicatura del Estado.</i></p>
<p>5. PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES</p>	<p>Corte IDH. <i>Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua</i>. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.⁵³</p> <p>Párrafo 149</p> <p><i>Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.</i></p> <p>Corte IDH. <i>Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam</i>. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.⁵⁴</p> <p>Párrafos 82 a 96</p> <p><i>...el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las</i></p>

⁵² <http://www.tribunaloax.gob.mx/seccionesInformativas/despliegueGacetas/gaceta.aspx?cve=1008>

⁵³ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

⁵⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad.

*De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaxa, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el **derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio** por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. **Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo,**⁵⁵ el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio.*

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.⁵⁶

Párrafos 127 a 128, 131 y 138

*En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el Tribunal señaló que **la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.** Por otro lado, en el Caso de la Comunidad Moiwana, la Corte consideró que los miembros del pueblo N'djuka eran "los dueños legítimos de sus tierras tradicionales" aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros. Finalmente, en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita.*

⁵⁵ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 137, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa.

⁵⁶ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

De lo anterior se concluye que: **1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.** Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.

...la Corte toma en cuenta que **la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá.** Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.

[...] la Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo "objetivo y fundamentado" suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular, **la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.**

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.⁵⁷

Párrafo 137

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.

Concesiones y derechos de los Pueblos

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.⁵⁸

...de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías:

1º el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka.

2º el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.

3º el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión

⁵⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

⁵⁸ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, **realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.** Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”.

En el caso *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos decidió que **se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena** conforme al artículo 27 del PIDCP **cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho.** El Comité consideró que “la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional”.⁵⁹

La Corte... considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, **debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.**

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010.⁶⁰

Párrafos 29, 34, 40, 41, 43, 45, 48, 55 a 57

Con cada vez más frecuencia, las actividades empresariales en territorios indígenas son el detonante de serios conflictos sociales, que desencadenan círculos de violencia y, a su vez, nuevas

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda* (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.

⁶⁰ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8026>

violaciones de los derechos humanos.

[...] el marco conceptual elaborado por el Representante Especial del Secretario General distingue [...] **el deber estatal de proteger los derechos humanos frente a abusos potenciales de los derechos humanos cometidos por las empresas, incluyendo las empresas transnacionales, así como el deber de investigar y castigar dichos abusos.**

Esta preocupación ha sido reiterada en la práctica del Comité y de otros órganos de tratados como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...] **han enfatizado la necesidad de que los Estados adopten medidas para regular e investigar las actividades de las empresas extractivas, y, en su caso, sancionarlas por los abusos cometidos a los derechos de los pueblos indígenas.**

El marco regulatorio o autorregulatorio existente en torno a la responsabilidad empresarial en relación con los pueblos indígenas se encuentra más desarrollado que en otros ámbitos específicos de los derechos humanos. Distintas instituciones financieras internacionales, incluyendo el Banco Mundial, inclusive su Corporación Financiera Internacional (CFI), han desarrollado políticas o normas de desempeño específicas para **promover que las actividades de empresas públicas o privadas aseguren un respeto mínimo de las normas internacionales de derechos indígenas, en aspectos claves como la consulta o los derechos territoriales.**

El interés creciente de los diversos actores en el establecimiento de marcos regulatorios o autorregulatorios en relación con los derechos de los pueblos indígenas es una muestra de la conciencia de los efectos adversos de determinados tipos de prácticas empresariales sobre los pueblos indígenas, así como de la expectativa, cada vez más compartida, de que las empresas tienen una serie de responsabilidades para respetar los derechos de estos pueblos tal y como son garantizados por las normas internacionales existentes. **La expectativa de la comunidad internacional incluye que las empresas, dentro del marco de la diligencia que les es exigible en relación con los derechos humanos, asuman un papel proactivo para identificar los derechos que corresponden a los pueblos indígenas en las áreas en las que operan y determinar cómo se verán afectados por dichas actividades.** Al mismo tiempo, existe una clara expectativa de que las actividades empresariales respetarán los derechos indígenas, promoviendo, y no obstaculizando, el

cumplimiento de la obligación estatal de proteger estos derechos.

[...] Sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas

1. *antes que nada el juez debe investigar, identificar y reconocer explícitamente que en el asunto del que está conociendo, se encuentra involucrado una persona/territorio/recursos naturales indígenas (incluso ordenando la realización de estudios antropológicos previos cuando sea necesario) o la identificación de las formas indígenas de tenencia y uso de sus tierras, y que*

2. *la mera existencia de dichos grupos en las áreas geográficas donde las empresas planean llevar a cabo sus actividades debería ser asumida por dichas empresas como una fuerte presunción de que éstos poseen algún tipo de derechos sobre las tierras y recursos que ocupan o usan de cualquier otra manera.*

3. *Los juzgadores no pueden simplemente asumir que estas consultas han tenido lugar con carácter previo al otorgamiento de una concesión*

La ausencia del reconocimiento oficial de la propiedad comunal indígena, ya sea por la falta de identificación de dicha propiedad a través de procesos de demarcación o titulación o cualquier otro mecanismo jurídico, ya sea por la ausencia de una legislación adecuada, no puede ser asumida como premisa ni como excusa por parte de las empresas que pretendan operar dentro de un marco de diligencia debida en relación con los derechos indígenas. Por lo tanto, la diligencia debida de las empresas incluye la responsabilidad de realizar una evaluación independiente de los derechos que puedan corresponder a estos pueblos siguiendo los criterios establecidos en las normas internacionales, incluso, y sobre todo, si la legislación interna no es plenamente conforme a dichos criterios.

Así, en relación con aquellos proyectos que dependen del reconocimiento de propiedad comunal indígena o que impliquen la adquisición de tierras, dichas políticas exigen una documentación previa, realizada por expertos, de los patrones indígenas de uso y ocupación de la tierra. Estas políticas exigen asimismo un trato igual a la tenencia consuetudinaria indígena que el que correspondería a propietarios con título legal.

[...] las empresas no pueden [presumir], dentro de un marco de diligencia debida, que la ausencia de reconocimiento oficial de los derechos de propiedad comunal indígena implica que dichos derechos no existen.

Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI

con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006.⁶¹

Página 5

*El derecho procesal constitucional, dentro del cual uno de sus capítulos centrales son los llamados procesos constitucionales, entre ellos el amparo, **para garantizar la promesa constitucional en materia de intereses difusos o colectivos postula la necesidad de un reconocimiento de legitimación procedimental de base ancha.***

*Ello pone en crisis las categorías clásicas de interés legítimo y derecho subjetivo como posibilidades de satisfacer individualmente las necesidades mediante la apropiación de objetos separables y susceptibles de apropiación exclusiva, **requiriéndose en consecuencia encontrar nuevos tipos de protección a través de las llamadas acciones colectivas, asignadas en cabeza de un grupo, clase o conjunto de personas y que pueden ser iniciadas, como en autos, por cualquiera de ellas.***

Por todo lo dicho,

FALLO:

[...] II) HACIENDO LUGAR A LA ACCION DE AMPARO, incoada por CONSEJO QOMPI -LQATAXAC NAM QOMPI, declarando la inconstitucionalidad del inc. c) del art. 2 de la Ley Nº 4804/00 e inaplicabilidad de los arts. 5 y 6 de la Ley Nº 3258/87, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos; y ordenando a la Provincia del Chaco, adopte los recaudos legales necesarios a los fines de la Habilidad de un Registro de Comunidades y Organizaciones Indígenas con efecto Declarativo, procediendo a inscribir al CONSEJO QOMPI - LQATAXAC NAM QOMPI en el mismo, en el plazo de cinco (5) días de notificada la presente, lo que deberá ser informado a esta jurisdicción en el mismo plazo y bajo apercibimiento de ley.

Corte Suprema de Justicia de Chile. Segunda Sala. Comunidad Indígena Aymara Chuzmiza y Usmagama. Recurso 2840/2008. Resolución 41242. 25 de noviembre de 2009.⁶²

Considerando Séptimo:

⁶¹

http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fderechosindigenas.org.ar%2Findex.php%2Fcentrodocumentacion%2Fdoc_download%2F10-ccont-adm-consejo-quompi-lqataxac-nam-gompi-vs-provincia-del-chaco&ei=D0HkUdyqHqrfyQHqRlDgCQ&usg=AFQjCNHrkRs4XA7n7Tu6Jj00b8xcijXWoQ&bvm=bv.48705608,d.aWM

⁶² <http://www.elaw.org/node/5317>

... la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chuzmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chuzmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de dominio que obra a fojas 68, tal circunstancia no impide **aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas** Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos “terrenos de la comunidad” deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la **protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.**

Corte Suprema de Justicia de Chile. Tercera Sala. Causa-Rol N° 5339-2013. 25 de Septiembre de 2013.⁶³

Vistos y teniendo además presente:

Primero: Que por la presente acción de protección de garantías constitucionales se recurre en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental y de la Compañía Minera Nevada Spa., **atribuyéndole a esta última una serie de actos ilegales y arbitrarios que vulneran las garantías constitucionales** previstas en el artículo 19 N° 1 y 8 de la Carta Fundamental, los que consisten básicamente en la inobservancia de las exigencias impuestas en la Resolución de Calificación Ambiental N° 24 de 15 de febrero del año 2006 (RCA N° 24) que rige el proyecto Pascua Lama, **puesto que se ha incumplido el plan de monitoreo y conservación** de los Glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza; y porque además la empresa recurrida comenzó las labores de pre-stripping sin que estuvieran completamente construidas y operando las obras de conducción de aguas previstas para evitar que las aguas naturales entraran en contacto con los estériles y de aquéllas necesarias para tratar las aguas de contacto antes de ser estas devueltas a los afluentes naturales.

Pide que se acoja el recurso y se ordene: “1) a la Compañía Minera

⁶³ http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20130925/asocfile/20130925182733/pascua_lama_suprema.pdf

Nevada SpA, la paralización indefinida de la construcción del proyecto minero Pascua Lama hasta que se adopten todas las medidas ambientales que forman parte de sus compromisos ante el Sistema de Evaluación Ambiental de la ley 19.300 y las demás que se establezcan destinadas a garantizar los recursos naturales amenazados,[...]

[...]

Tercero: [...]debiendo incluir la consulta a los pueblos originarios, conforme ha sido establecido en el Convenio N° 169 de la O.I.T.

Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, Constituida en Tribunal de Amparo, Guatemala, 17 de Octubre de 2012. Amparo No. 01044-2012-363 Of. 3°. ⁶⁴

Página 18

... existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales...

Página 20

... son nulas y jurídicamente inexistentes las inscripciones operadas por el Registrador General de la Propiedad sobre la base de títulos falsos o inexistentes, pues estando garantizado y protegido constitucionalmente este derecho, con ello se contraría también el principio de que las inscripciones registrales se hacen sobre la base de la presunción de autenticidad legítima de los documentos públicos que se presentan en ese registro. Por lo anterior se determina que la autoridad impugnada ha conculcado los derechos de la postulante por lo que se debe otorgar el amparo a efecto de que sean restablecidos y en este sentido debe resolverse.

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala de lo Constitucional, Sentencia No. 123. Managua, trece de junio del 2000. ⁶⁵

RESULTA:

IV

... cuando el acto impugnado consiste en vías de hecho, como la invasión de tierras en el caso presente no hay procedimiento alguno

⁶⁴ Esta sentencia no pudo encontrarse en internet.

⁶⁵ http://calpi.nativeweb.org/sent_123.html

que impulsar; no hay recurso ordinario que interponer y que por no haber vía administrativa que agotar se puede interponer directamente el Recurso de Amparo.

... el grado de protección que se le brinda a la propiedad comunal y el interés connotado del Estado al darle a dicha protección rango constitucional con la finalidad de preservar el sistema comunal de sus tierras y el de mantener y desarrollar la identidad y cultura de nuestro pueblo Indígena. - Ante tales garantías tenemos que concluir que cualquier acto atentatorio o perturbatorio dirigido contra la propiedad comunal es totalmente desafortunado y violatorio de las garantías que nuestra Constitución consagra.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad para que se declare nula, por ilegal, la resolución I A-048-2000, de 1ro de Febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente. Magistrado Ponente: Hipólito Gill Suazo. Panamá, 21 de Diciembre de 2001.⁶⁶

*[...] De otra parte, la Sala no pierde de vista los efectos económicos a que se refiere el solicitante, no obstante, **no se puede soslayar que el tema en cuestión atañe, no sólo a la presunta ocupación del Proyecto en la Comarca Indígena, sino a los posibles efectos negativos de la Hidroeléctrica en cuestión en el ecosistema de la región, rica en flora y fauna, que, definitivamente, tienen que ser evaluadas prolijamente, ya que tales repercusiones al medio circundante (daños ecológicos) pueden ser irreparables e irreversibles**, por lo que el tribunal considera como la decisión más prudente mantener la suspensión adoptada y negar la solicitud de levantamiento de la suspensión provisional.*

En consecuencia, los Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NIEGAN EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de la Resolución I A-048-2000 de 1 de febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 38, 42, 43, 44, 45, 48 y

⁶⁶ Esta sentencia no pudo encontrarse en internet.

49 de la Ley No. 23 de 21 de Octubre de 1983. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, 24 de Septiembre de 1993.⁶⁷

VISTOS:

III. Modalidades constitucionales de la propiedad.

Cuando la Constitución consagra, de manera excepcional, la institución de la propiedad colectiva para las comunidades indígenas y campesinas lo hace en interés de una colectividad, de un grupo social, cuyo bienestar, en cuanto grupo, se quiere preservar. No persigue aquí la Constitución proteger al individuo sino en la medida en que sea parte de un grupo y es la supervivencia de este último la que se quiere asegurar a través de un tipo de propiedad que le otorgue continuidad a las comunidades indígenas y campesinas.

*Si la nación se impone un sacrificio al transferir determinadas propiedades a las comunidades indígenas y campesinas porque la permanencia de éstas es un valor protegido en la Constitución, **carecería de sentido que la propiedad colectiva se sujetara a las mismas normas legales que la propiedad privada, cuyo reconocimiento constitucional obedece a otras razones distintas de las que han impulsado el establecimiento, en estos dos casos excepcionales, de la propiedad colectiva.***

En consecuencia, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que NO SON INCONSTITUCIONALES la palabra “colectiva” de los artículos 42, 43, 48 y 49 de la Ley 23 de 1983, partes del artículo 38 de la misma ley ni los artículos 44 y 45 de esa ley.

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 03343-2007-PA/TC.⁶⁸

Párrafo 66

Este Tribunal considera que los argumentos esgrimidos por las emplazadas no resultan adecuados y coherentes con los demás valores y derechos consagrados en la Constitución. En efecto, no se puede eludir la necesidad de contar con un Plan Maestro —aprobado por las autoridades competentes— apelando a que sólo las actividades de explotación pueden ser consideradas como aprovechamiento de recursos naturales, ya que, en opinión de este Colegiado, la etapa de exploración y explotación constituyen un todo que conduce al aprovechamiento de los recursos naturales. Tal

⁶⁷

<http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=50864&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ctodo&HitCount=3&hits=3f+40+41+&SearchForm=c%3a%5cnetpub%5cwwwroot%5cregis tro%5fform%2ehtml>

⁶⁸ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

	<p><i>razonamiento es derivado del mencionado principio de prevención al que debe dársele una especial connotación, puesto que se está ante una ANP. En tal sentido, el término ‘aprovechamiento de recursos’ debe ser comprendido de manera integral, conteniendo las actividades de exploración y explotación.</i></p> <p>Párrafo 67 <i>Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, es cierto también que, en el presente caso, la inexistencia del referido Plan Maestro ha sido responsabilidad de las autoridades estatales competentes y no de las empresas emplazadas, como cierto es también que no toda la etapa de exploración tiene el mismo grado de incidencia en el medio ambiente. Dicha etapa cuenta con distintas fases, siendo sólo las últimas las que puede considerarse que comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente.</i></p> <p><i>Teniendo en cuenta ello, y con el propósito de emitir una decisión que denote un adecuado equilibrio entre la debida protección del medio ambiente y el aprovechamiento razonable de los recursos naturales, de un lado, y la libertad empresarial constitucionalmente ejercida, de otro, el Tribunal Constitucional considera imprescindible que se cuente con un Plan Maestro elaborado por las autoridades competentes, a fin de que pueda llevarse a cabo tanto la última fase de la etapa de exploración como la respectiva y posterior etapa de explotación.</i></p> <p><i>En ese sentido, queda prohibida la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo Plan de Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación. Y en caso de que dichas actividades ya se encuentren en curso, deben quedar suspendidas mientras no se cuente con el referido Plan de Maestro.</i></p>
<p>6. PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER</p>	<p><i>Corte IDH. Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.⁶⁹</i> Párrafo 164. <i>“[...] la obligación de consulta a los pueblos indígenas, además de</i></p>

⁶⁹ http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

ACCIÓN O MEDIDA
QUE LOS AFECTE

constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.”

Párrafo 166

“[...] la obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, [...] implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno goce de los derechos”.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.*⁷⁰

Párrafo 18

*La Corte omitió deliberadamente en la Sentencia cualquier consideración específica en relación con quién debe ser consultado. Al declarar que **la consulta se debe realizar “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”**, la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal.*

Párrafo 133

Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo... Asimismo, se debe consultar con el pueblo de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

⁷⁰ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Párrafo 134

“La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”

“Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

*[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia”.*⁷¹

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo.

*El CERD ha observado que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”*⁷².

⁷¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, ONU, ref. Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre 2007.

⁷² Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

*Asimismo, en Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*⁷³, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010.⁷⁴

Párrafos 61 a 65, 69

“[...] el deber de consultar a los pueblos indígenas es una responsabilidad que recae principalmente sobre los Estados,

[...] deben consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la aprobación de cualquier medida que pueda tener un impacto directo sobre sus derechos, particularmente precisas en relación con actividades que se llevan a cabo en territorios tradicionales indígenas [...]

*En el caso de las actividades concesionadas a empresas privadas bajo cualquier tipo de régimen jurídico (ya sea una concesión propiamente dicha, un acuerdo de producción compartida o un acuerdo de prestación de servicios) **corresponde al Estado la obligación de llevar a cabo consultas en las primeras fases del proyecto, idealmente durante la fase de inventariado, y en todo caso, antes de la licitación pública y otorgamiento de la concesión. Todavía con más razón es exigible la consulta con carácter previo en relación con las actividades llevadas a cabo por empresas públicas.***

[...]En la medida en que dichas decisiones involucren a organismos del Estado y supongan algún tipo de modificación a los planes iniciales que fueron objeto de consulta con los pueblos indígenas afectados, el Estado tiene la obligación de volver a informar y consultar a dichos pueblos.

[...] no pueden simplemente asumir que estas consultas han tenido

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo, supra nota 84, párr. 142. Cfr. también los Principios del Ecuador, Principio 5.

⁷⁴ <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8026>

lugar con carácter previo al otorgamiento de una concesión [...] [...] Estas consultas son especialmente exigibles en conexión con la realización de estudios de impacto y la adopción de medidas de compensación y reparto de los beneficios derivados del proyecto.”

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Tesis Aislada, Primera Sala, Décima Época.⁷⁵

COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. La protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas requiere garantizar el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el de acceso a la información, el de la participación en la toma de decisiones y el de acceso a la justicia. En ese sentido, todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultarlos antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses, consulta que debe cumplir con los siguientes parámetros: a) debe ser previa; b) culturalmente adecuada a través de sus representantes o autoridades tradicionales; c) informada; y, d) de buena fe. En el entendido que el deber del Estado a la consulta no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.

Corte Constitucional de Colombia, Demanda de Inconstitucionalidad, sentencia C-366/11, Tema que fue resuelto: El derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes en relación con el derecho al territorio.⁷⁶

Página 39

*“Se parte de considerar que **la consulta previa es un derecho constitucional de las comunidades** diferenciadas, por lo que su omisión injustificada tiene como consecuencia la vulneración de ese*

⁷⁵

http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c78800000000&Apendice=1000000000000&Expresion=COMUNIDADES%20Y%20PUEBLOS%20IND%C3%8dGENAS&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=9&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2004170&Hit=2&IDs=2004169,2004170,2004277,160588,163462,165288,165270,170125,185567

⁷⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-366-11.htm>

*derecho. Verificada la vulneración, se predicen efectos sustanciales para la política correspondiente. Para el caso puntual de las medidas legislativas, **la afectación del derecho contrae (i) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello resulte posible (ii) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas***”.

Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N.º 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.⁷⁷

Página 28

En cuanto al contenido, los derechos colectivos dotan a la colectividad de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía, tanto en relación con otros individuos y colectividades ajenos al grupo, como también respecto de sus propios miembros.

*[...]En el caso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, este ha sido el principal problema a la hora de su reconocimiento y eficacia, a tal punto de que a pesar de que en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas contemporáneas existe un reconocimiento más o menos retórico de los derechos étnicos diferenciados en función de grupo, sólo en las más modernas y progresistas, como es el caso de la ecuatoriana del 2008, existe un **reconocimiento expreso de una vía judicial de protección de los derechos colectivos.***

Página 31

En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

Página 52

*En tal virtud, **esta Corte determina para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país: a partir***

⁷⁷ http://www.inredh.org/archivos/casos/mineria/mineria_sentencia.pdf

de la publicación de esta sentencia, el Estado, a través del Ministerio del ramo o de cualquier otra autoridad gubernamental, deberá implementar los procesos de consulta previa e informada establecidos en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución; con ese fin, deberá adecuar, mediante acto normativo, las reglas provisionales que esta Corte establecerá a continuación. Se deja en claro que las mismas serán de obligatorio cumplimiento, hasta tanto la Asamblea Nacional dicte la ley que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República.

[...] ¿cuáles son los estándares mínimos que legitiman el proceso de consulta?

[...]Entre las más importantes fuentes de información con las que cuenta la Corte, están la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso Saramaca vs. Surinam); las sentencias de Tribunales y Cortes Constitucionales de la región, como la colombiana (ver Corte Constitucional Sentencia C-161 de 2001); sentencia Tribunal Constitucional de Chile (Rol 309 del 4 de agosto del 2000), las recomendaciones del comité de expertos de la OIT, o los informes del relator especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, que hacen parte de lo que se conoce como *soft Law*⁷⁸, y en tal sentido son relevantes para el Ecuador. En virtud de ello, esta Corte hará uso de las recomendaciones GENERALES del relator especial James Anaya, respecto de los requisitos mínimos que debe cumplir el proceso de consulta para merecer tal nombre.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009.⁷⁹

Considerando V

f. [...]

En el contexto específico de las iniciativas de explotación de recursos naturales dentro o en los alrededores de sus tierras, opera con un cariz instrumental, como una extensión o primera línea de defensa de otros derechos fundamentales, tales como el de propiedad, a la cultura, a la salud, libertad de culto, etc. según sea la gravedad y/o matices particulares de cada caso. Ante una situación de esa índole, es necesario advertir que para el caso de Guatemala, por iguales

⁷⁸ Por soft law se conoce en el derecho internacional aquella serie de actos que a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan ser jurídicamente relevantes.

⁷⁹ http://indigenouseoplesissues.com/attachments/article/3990/3990_3878-2007_sentencia_de_la_CC_caso_San_Juan_Sacatepequez_de_fecha_diciembre_de_2009.pdf

razones de igualdad, justicia y equidad social, debe entenderse que el derecho de consulta es extensible a cualquier comunidad o población –no necesariamente identificada como indígena–, en lo que sea aplicable; interpretación pro homine que se encuentra en consonancia con el que, de acuerdo a todo lo antes apuntado, constituye el fin último que se persigue con el reconocimiento de este derecho: garantizar la igualdad entre los habitantes de un Estado, en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Sentencia Constitucional 2003/2010-R. Sucre, 25 de octubre de 2010. Expediente: 2008-17547-36-RAC. Distrito Tarija.⁸⁰

... la celebración del Convenio entre PETROSUR SRL y SEDECA Tarija fue respecto a la utilización de las instalaciones del campamento Cañadas ubicado en el territorio de la región Itika Guasu del Pueblo Guaraní y, por consiguiente, se debió consultar previamente a dicho pueblo, respetando las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

... el Pueblo Guaraní Itika Guasu... tiene derecho a su territorio y a conocer, participar o como mínimo a que se le consulte previamente sobre los proyectos –en este caso Convenios- que podrían afectar su territorio; más aún cuando existe la Resolución de inmovilización RAI-TCO-0017 de 18 de julio de 1997, por la cual el Estado, a través del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), marca el inicio del reconocimiento de las tierras comunitarias de origen al Pueblo Indígena Guaraní.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Tesis Aislada, Segunda Sala.⁸¹

COMUNIDADES INDÍGENAS. LA OMISIÓN DE CREAR EL CONSEJO CONSULTIVO REGIONAL [...], VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA RECONOCIDOS EN FAVOR DE

⁸⁰ <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/apgig17.html>

⁸¹

<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c7880000000&Apendice=100000000000&Expresion=COMUNIDADES%20IND%20c3%8dGENAS.%20LA%20OMISI%c3%93N%20DE%20CREAR%20EL%20CONSEJO%20CONSULTIVO%20REGIONAL%20&Dominio=Rubro&TA TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2000733&Hit=1&IDs=2000733>

AQUÉLLAS. El artículo 2o. [...] “establece, entre otras cuestiones, la obligación de las autoridades de los tres órdenes de gobierno de impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, con la participación de las comunidades indígenas y el derecho de éstas a ser consultadas en la elaboración de los Planes de Desarrollo, [...]”

“En ese sentido, la omisión de dichas autoridades [...] viola el principio de legalidad establecido en el artículo 16 constitucional y los de participación y consulta reconocidos a favor de las comunidades indígenas en las fracciones I y IX del apartado B del artículo 2o. de la Constitución General de la República.”⁸²

⁸² [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1347. COMUNIDADES INDÍGENAS. LA OMISIÓN DE CREAR EL CONSEJO CONSULTIVO REGIONAL A QUE SE REFIERE EL DECRETO 409/96 I.P.O., PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DE CHIHUAHUA EL 1o. DE ENERO DE 1997, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA RECONOCIDOS EN FAVOR DE AQUÉLLAS. Registro 200 0733.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso, *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, (Bélgica: 2010).
- Ramírez, Silvina. *La protección de los derechos de los Pueblos Indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal*, Due Process of Law Foundation, 2012.
- López Bárcenas, Francisco. *El Derecho de los Pueblos Indígenas de México a la Consulta*. Servicios para una Educación Alternativa A.C. México, 2013.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Observación General No. 5, Comité de los Derechos del Niño, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño 34° Período de Sesiones (2003), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 377.
- Observación General No. 23: Los derechos de las minorías, Comité de Derechos Humanos.
- Consejo de Administración de la OIT en su 282ª sesión, noviembre de 2001.
- (Naciones Unidas) Declaración del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya al Consejo de Derechos Humanos, 24ª sesión, 18 de septiembre 2013.
- (Naciones Unidas) Opinión Nº 5 (2013) del Mecanismo de expertos: acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas

- (Naciones Unidas) Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/32, 4º período de sesiones, 27 de febrero de 2007.
- Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los pueblos indígenas en Chile*. 24 de abril de 2009.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya al Consejo de Derechos Humanos. *Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. A/HRC/12/34. 12º período de sesiones. 15 de julio de 2009.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya al Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/15/37. 15º período de sesiones. 19 de julio de 2010.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/65/264, 2010.
- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. A/68/317. 14 de agosto de 2013.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

- Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.
- Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-973 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-601/11.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T/496/96.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-728/02.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-552/03.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-139/96.
- Corte Constitucional de Colombia. Demanda de Inconstitucionalidad. Sentencia C-366/11.

- Buena Práctica (Colombia). Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Rama Judicial del Poder Público República de Colombia. Acuerdo No. PSAA12-9614 de 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Amparo Directo en Revisión 28/2007. Primera Sala. Ponencia Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Resolución 27 de junio 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Amparo Directo en Revisión 1851/2007. Primera Sala. Ponencia José de Jesús Gudiño Pelayo. Resolución 15 de diciembre de 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Amparo Directo en Revisión 1624/2008, páginas 36-39. Primera Sala. Ponencia Ministro José Ramón Cossío Díaz. Resolución 05 de noviembre de 2008.
- Tesis Aislada: 1a. CCXXXV/2013; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 10a. Época; 1a. Sala; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1; Pág. 735. Registro IUS: 2004169.
- Tesis Aislada: 2a. XXXIII/2012; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 10a. Época; 2a. Sala; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1347. Registro IUS: 2000733.
- Tesis Aislada: 1a. CCXXXVI/2013; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 10ª Época; 1a. Sala; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1; Pág. 736. Registro IUS: 2004170
- Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.
- Buena Práctica (México). Acuerdo General 31/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Oaxaca.
- Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 0300/2012, Sucre, 18 de junio de 2012.
- Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Sentencia Constitucional 2003/2010-R. Sucre, 25 de octubre de 2010. Expediente: 2008-17547-36-RAC. Distrito Tarija.

- Buena Práctica (Costa Rica). Circular N° 020-2001.
- Buena Práctica (Costa Rica). Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas. 2008.
- Buena Práctica (República de Guatemala). Acuerdo Número 158/013, Presidencia del Organismo Judicial.
- Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, Constituida en Tribunal de Amparo, Guatemala, 17 de Octubre de 2012. Amparo No. 01044-2012-363 Of. 3°.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009
- Corte Suprema de Justicia de Chile. Segunda Sala. Comunidad Indígena Aymara Chuzmiza y Usmagama. Recurso 2840/2008. Resolución 41242. 25 de noviembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de Chile. Tercera Sala. Causa-Rol N° 5339-2013. 25 de Septiembre de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala de lo Constitucional, Sentencia No. 123. Managua, trece de junio del 2000.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad para que se declare nula, por ilegal, la resolución I A-048-2000, de 1ro de Febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente. Panamá, 21 de Diciembre de 2001.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 38, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley No. 23 de 21 de Octubre de 1983. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, 24 de Septiembre de 1993.
- Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 03343-2007-PA/TC.
- Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N.° 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.