

Propuesta de selección de sentencias y buenas prácticas en los que están involucradas personas, comunidades y pueblos indígenas

Muchos de nuestros países se están enfrentando al reto de incorporar fuentes de origen internacional al marco interno y existen excelentes muestras de los importantes 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 los avances que existen en materia de garantizar el auxilio de intérpretes idóneos, ampliar criterios de admisión y desahogo de pruebas, tomar en cuenta las diferencias culturales, dar paso a la jurisdicción y elecciones indígenas, proteger las tierras, territorios y recursos de estos pueblos y de verificar que hayan sido consultados cuando se toman medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos; entre otros. Un tema que ha sido clave en el desarrollo jurisprudencial internacional ha sido la interpretación progresiva de los derechos, ligándolos con otros derechos y con principios generales de derechos humanos poniendo énfasis en su integralidad e interdependencia.

En el presente apartado ofrecemos algunos ejemplos de resoluciones jurisdiccionales, buenas prácticas e informes que han permitido delimitar el contenido y alcance de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. Este recuento es verdaderamente alentador. Invitamos a la persona lectora a que lo constate.

PRINCIPIO	CASO QUE ILUSTR
1. NO DISCRIMINACIÓN	<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.</p> <p>Párrafo 269 <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</i></p>

	<p><i>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. Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.</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>2. AUTOIDENTIFICACIÓN Y PERTENENCIA ÉTNICA</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.</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>

Corte Constitucional de Colombia T-973 de 2009, citada en la Sentencia T-601/11.

Nota de la página 39

*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 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.

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. (Derechos Indígenas en la Argentina, Ricardo Altabe, José Braunstein, Jorge Abel González, Cuadernos de ENDEPA.pág.25, Ed.Grafic Center,año 1997).

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, páginas 68-69. 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, páginas 41-42. Primera Sala. Ponencia José de Jesús Gudiño Pelayo. Resolución 15 de diciembre de 2007.

...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

	<p><i>“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”.</i></p>
<p>3. MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA O CONTROL SOBRE LO PROPIO</p>	<p>Corte Constitucional de Colombia T-601/11.</p> <p>Página 41</p> <p><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 tribales¹...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 gobierno², así como a darse y 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</i></p>

¹ Sentencias T-704 de 2006, T-514 de 2009 y T-617 de 2010.

² 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.

*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 T/496/96.](#)

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 T-728/02.](#)

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 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 T-552/03.](#)

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 hechos 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 Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.

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,

	<p><i>participar libremente en las formas de gobierno en sus entidades federativas y en la toma de decisiones en ese nivel.</i></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></p> <p>Párrafo 184 <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”.³</i></p> <p>Párrafo 185 <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 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</i></p>

³ *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.*

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.

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.

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.

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.

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 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.-

Corte Constitucional de Colombia C-139/96.

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.

Costa Rica. Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas. 2008.

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 para el cumplimiento efectivo de las recomendaciones.

[...]

8. Colocar distintivos en los expedientes en el caso de que una de las partes sea una persona indígena.

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.

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

	<p><i>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 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.</i></p> <p>Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.</p> <p><i>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 advierte y, en última instancia, a que los indígenas consigan un acceso real, efectivo, a la jurisdicción estatal.</i></p>
<p>5. PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES</p>	<p>Corte IDH. <i>Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.</i> Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.</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</i></p>

plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

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.

Párrafos 82 a 96

...el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las 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,**⁴ 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.

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*

⁴ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 137, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa.

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.

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.

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 incorporales 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 incorporales 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.

...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 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”.***⁵

*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***

⁵ 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.

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.

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 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.

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.

Página 8

Así, el ejercicio de la petición de inconstitucionalidad de un acto de gobierno ante los estrados judiciales constituye la expresión máxima de autonomía del ciudadano, quien reclama la plena vigencia de sus derechos individuales, no delegados, frente a los excesos en que hubiesen podido incurrir sus representantes".

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 N° 4804/00 e inaplicabilidad de los arts. 5 y 6 de la Ley N° 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 Habilidadación 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.

Considerando Séptimo:

... 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.

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°.⁶

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 19

En el presente caso, al proceder al análisis de las constancias procesales se establece que se encuentra probada la inexistencia del documento en base al cual se operó la inscripción electrónica de dominio de la finca número trescientos treinta y nueve (339), folio uno (1), del libro cuarenta y nueve (49) de Guatemala a favor de la Municipalidad de Chuarrancho.

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.

RESULTA:

IV

... cuando el acto impugnado consiste en vías de hecho, como la

⁶ Esta sentencia no pudo encontrarse en internet.

invasión de tierras en el caso presente no hay procedimiento alguno 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 2001.⁷

Decisión de la Sala.

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.

⁷ Esta sentencia no pudo encontrarse en internet.

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.

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

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

	<p><i>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 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</p>	<p><i>Corte IDH. Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.</i></p>

**CONSENTIMIENTO
FRENTE A CUALQUIER
ACCIÓN O MEDIDA
QUE LOS AFECTE**

Párrafo 164.

“[...] la obligación de consulta a los pueblos indígenas, además de 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.

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.

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”.*⁸

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**

⁸ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, ONU, ref. CoIDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre 2007.

Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”⁹.

Asimismo, en Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice¹⁰, 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.

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***

⁹ 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.

¹⁰ 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.

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 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.”

Corte Constitucional de Colombia, Demanda de Inconstitucionalidad 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.

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 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.

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 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 Law¹¹, 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 1072-2011, Sentencia de 24 de noviembre de 2011.](#)

Considerando IV

Siendo que el derecho de consulta es uno de los derechos que le asiste a los pueblos indígenas, es claro que el desarrollo de la regulación normativa de tal derecho, sea por vía legislativa o por vía reglamentaria, debe realizarse por el Gobierno del Estado de Guatemala con la participación coordinada, sistemática y armónica, con los integrantes de dichos pueblos, pues no es concebible que el derecho de consulta que persigue concretizar los derechos de los pueblos indígenas, sea regulado sin la amplia participación de los mismos.

En consecuencia, de conformidad con lo que obra en autos, se establece que el procedimiento desarrollado por la autoridad impugnada no ha sido suficientemente amplio ni apropiado, pues no cumplió con dar una participación coordinada ni sistemática a los pueblos indígenas a quienes les asiste el derecho de consulta. Si bien la autoridad impugnada dio participación a órganos internacionales, expertos en la materia y a funcionarios del Gobierno para la elaboración del proyecto de reglamento que constituye el primer acto impugnado, ésta no puede sustituir en ningún momento la participación de los pueblos indígenas que constituyen el sujeto del derecho.

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

... 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

¹¹ 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.

previamente sobre dicho Convenio 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.

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 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.”¹²

¹² [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.