

## La justicia de los pueblos indígenas en la jurisprudencia comparada

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales debe ser abordado como fundamento de toda un área de normas en desarrollo en la región a partir de instrumentos internacionales vinculantes como el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los desarrollos constitucionales registrados en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú desde los años 90 deben ser leídos en el marco de estos instrumentos. Todos ellos contienen disposiciones que abren espacio suficiente para la definición de un catálogo de derechos que deben construirse a partir del respeto a la autodeterminación y el autogobierno y que comprenden la protección del territorio, el geográfico y el amplio, la autonomía cultural, la consulta previa, la participación política y la justicia indígena, dentro de determinados límites constitucionales.

La cuestión sobre los derechos de los pueblos indígenas está íntimamente relacionada a una historia que ha transitado tanto en los periodos coloniales como republicanos de América Latina por un marco determinado por la opresión, la marginación y la postergación en el reconocimiento de una ciudadanía plena y de una legitimación colectiva de los pueblos como entidades que conforman las naciones. En perspectiva a avanzar en los procesos de reconocimiento integral de los derechos que deben redefinir este estado de cosas histórico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó a producir jurisprudencia sobre estos asuntos a partir del año 2000, cuando se adoptó la primera resolución en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni respecto a Nicaragua<sup>1</sup>. A partir de ahí la jurisprudencia de la Corte se ha expandido en atención a los casos de Yatama<sup>2</sup> y Miskitu respecto a Nicaragua<sup>3</sup>; la comunidad nativa Moiwana<sup>4</sup> y los pueblos de Saramaka<sup>5</sup> y Kaliña y Lokono<sup>6</sup> respecto a Surinam; los pueblos Sarayaku<sup>7</sup> y Kichwa de Sarayacu<sup>8</sup> respecto Ecuador y el asunto respecto a dos niñas

---

<sup>1</sup> Caso desarrollado por decisiones del 1º de febrero de 2000; 31 de agosto de 2001; 6 de setiembre de 2002, 26 de noviembre de 2007; 14 de marzo y 7 de mayo de 2008 y 3 de abril de 2009.

<sup>2</sup> Decisiones de 23 de junio de 2005; 29 de noviembre de 2006; 4 de agosto de 2008; 21 de abril y 28 de mayo de 2010; 39 de junio de 2011; 22 de agosto de 2013 y 29 de noviembre de 2015.

<sup>3</sup> Decisiones de 1º de setiembre y 23 de noviembre de 2016; 30 de junio y 22 de agosto de 2017; 23 de agosto de 2018 y 6 de febrero de 2020.

<sup>4</sup> Decisiones de 15 de junio de 2005; 8 de febrero de 2006; 21 de noviembre de 2007; 18 de diciembre de 2009; 22 de noviembre de 2010 y 21 de noviembre de 2018.

<sup>5</sup> Decisiones de 28 de noviembre de 2007; 12 de agosto de 2008; 20 de abril de 2010; 23 de noviembre de 2011; 4 de setiembre de 2013 y 26 de setiembre de 2018.

<sup>6</sup> Decisiones de 18 de diciembre 2014 y 25 de noviembre de 2015.

<sup>7</sup> Decisiones de 6 de julio de 2004; 17 de junio de 2005 y 18 de diciembre de 2009.

<sup>8</sup> Decisiones de 4 de febrero de 2010; 3 de marzo y 17 de junio de 2011; 20 de enero y 17 de junio de 2012; 14 de mayo de 2013 y 22 de junio de 2016.

del pueblo indígena Taromenane en aislamiento voluntario también respecto de Ecuador<sup>9</sup>. La Corte ha consolidado el desarrollo de estos principios en el caso pueblo indígena Xucuru y sus miembros versus Brasil<sup>10</sup> y el asunto pueblo indígena Kankuamo respecto a Colombia<sup>11</sup>, para extender estos principios al reconocimiento de derechos semejantes a favor de las comunidades afrodescendientes en los casos de las comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó<sup>12</sup> y de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (operación génesis) versus Colombia<sup>13</sup>

En perspectiva a comprender el estado actual de desarrollo de los principios y derechos que conforman esta área en desarrollo convocamos a Viviana Kristicevic, Directora Ejecutiva del Center for Justice and International Law y a Rodrigo Uprimny, Profesor de la Universidad Nacional de Colombia e investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad a un encuentro con nuestro Director Ejecutivo, Diego García Sayán, que se desarrolló el 9 de setiembre de 2020 por medios digitales. El encuentro se organizó alrededor de tres cuestiones generales; el estado de la jurisprudencia interamericana y constitucional sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas; la suficiencia de los mecanismos de consulta previa usados por nuestros Estados en los procesos de toma de decisión en asuntos que les afectan y el estado actual del reconocimiento del territorio indígena como factor en el reconocimiento de su autonomía.

Abierto el intercambio nuestros tres expertos reconocieron en la jurisprudencia de la Corte Interamericana principios importantes para abordar varios de los temas más relevantes relacionados con el respeto a la autonomía de los pueblos indígenas y tribales. Para los tres, la Corte ha construido ya las bases para reconocer el territorio colectivo de los pueblos indígenas como un elemento fundamental para el desarrollo de su integridad y continuidad. También ha reconocido que los sistemas de participación política deben contener vehículos especiales que permitan que los pueblos puedan intervenir en procesos electorales en condiciones que sean compatibles con sus tradiciones. La Corte ha reconocido la consulta previa como un derecho humano, apelando para ello a su reconocimiento en el derecho internacional. En general la jurisprudencia de la Corte sobre estos asuntos ha redefinido el marco de referencia clásico de derechos originalmente concebidos sobre fundamentos individuales para reconocer que la concepción de los derechos humanos debe alcanzar también una dimensión colectiva. En estos términos, la cuestión del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas opera como un motor de desarrollo de la concepción misma de los derechos humanos.

A partir del reconocimiento de las especiales relaciones entre los pueblos, la tierra y el agua, la Corte ha avanzado en el reconocimiento de la necesidad de desarrollar formas especiales de protección en favor de los pueblos indígenas. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por la Convención y por las Constituciones de la región permite sostener que el propio

---

<sup>9</sup> Decisión de 31 de marzo de 2014

<sup>10</sup> Decisiones de 5 de febrero de 2018 y 22 de noviembre de 2019.

<sup>11</sup> Decisiones de 5 de julio de 2004; 30 de enero de 2007; 7 de octubre de 2008; 3 de abril de 2009 y 7 de junio de 2011.

<sup>12</sup> Decisiones de 6 de marzo de 2003; 17 de noviembre de 2004; 25 de marzo de 2005; 7 de febrero de 2006; 17 de diciembre de 2007; 5 de febrero de 2008; 17 de noviembre de 2009; 3 de mayo y 30 de agosto de 2010; 7 de junio, 21 y 25 de noviembre de 2011; 27 de febrero de 2012 y 22 de mayo de 2013.

<sup>13</sup> Decisiones de 20 de noviembre de 2013 y 29 de octubre de 2016.

concepto de nación y las formas de organización de la política en la región avanzan a una redefinición basada en el desarrollo de la diversidad étnica y cultural. Las normas que comienzan a derivarse de este proceso comienzan a conformar un marco robusto de reconocimiento de una ciudadanía diferenciada por la necesidad de proteger la diversidad y la autodeterminación de los pueblos. En materia de representación política, en la región comienzan a diseñarse circunscripciones electorales especiales destinadas a habilitar plazas diferenciadas en los parlamentos. En referencia a los derechos culturales estos avances se expresan en el reconocimiento de las lenguas de los pueblos como lenguas oficiales dentro de sus territorios y en los procesos de interacción con los autoridades centrales de los Estados.

En Colombia, la Corte Constitucional ha reconocido el Convenio 169 de la OIT como una norma con rango constitucional, estatuto que concede también a la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos. La Constitución ha declarado que la justicia de los pueblos indígenas, a la que reconoce como justicia en forma, debe mantenerse coordinada en su alcance con la justicia ordinaria. Pero la Corte Constitucional ha establecido que esa coordinación no requiere de la aprobación previa de una ley del Congreso, sino que puede desarrollarse por vía jurisprudencial, caso por caso, sin negar la posibilidad de que las reglas, que están en proceso de construcción, puedan codificarse más adelante.

En Colombia la Corte Constitucional ha reconocido que la justicia de los pueblos indígenas debe desarrollarse en un ámbito que ponga en equilibrio la necesidad de maximizar la autonomía cultural y el reconocimiento de determinados estándares de valor transcultural intangibles, resistentes incluso a los Estados de Excepción. Sobre el debido proceso, la Corte Constitucional reconoce solo limitaciones basadas en principios generales en tanto no vacíen en contenido las tradiciones de los pueblos reconocidas como legítimas. Incluso determinadas formas de castigos físicos han sido reconocidas como tolerables en tanto se ejecuten en condiciones no humillantes.

La Corte ha promovido el uso de peritajes antropológicos como fuente para determinar caso por caso qué prácticas deben ser reconocidas como legítimas en el marco de la autonomía cultural de los pueblos. Ha admitido que los derechos de los pueblos indígenas deben ser armonizados con garantías a la inversión económica adecuada y ha establecido la forma en que deben administrarse los procedimientos de consulta previa en función al impacto que los proyectos por impulsarse pueden tener sobre el desarrollo de la vida de los pueblos y la conservación de sus territorios, tradiciones y actividades económicas propias. Ha establecido además que los deberes que se desprenden del reconocimiento de la existencia de un pueblo en un territorio determinado no puede depender exclusivamente de los registros oficiales, por lo que también las empresas privadas deben considerarse obligadas a activar por sí mismas procedimientos de consulta apropiados a cada caso cuando en el desarrollo de sus actividades confirman la presencia de un pueblo no registrado administrativamente en un territorio determinado.

La consulta es un derecho fundamental colectivo, afincada en la autodeterminación y la protección de la diversidad cultural. La intensidad y los efectos de la consulta previa deben ser determinados casos por caso, en atención a la afectación que cada actividad consultada puede generar sobre los territorios y la vida de los pueblos involucrados. En los casos extremos, los que implican pérdidas de territorio o cambios dramáticos de la forma de vida de los pueblos, la consulta previa debe dirigirse a generar situaciones de consentimiento previo informado. Pero la

forma específica que se emplee en cada caso debe corresponder como estándar a un proceso genuino de consulta que exprese un verdadero diálogo intercultural, en formas que deben ser adaptadas permanentemente a las especificidades culturales de los pueblos, manteniendo la proporción con la intensidad de la afectación de la actividad que se consulta y el intercambio de información suficiente.

Aún en los casos de menor afectación debe desarrollarse mecanismos que garanticen la vigencia de un verdadero diálogo intercultural entre los pueblos destinado a reconocer su derecho a ser tomados en cuenta en decisiones proporcionadas que se hagan cargo de la posición que ellos hayan adoptado.

La jurisprudencia de la Corte ha establecido que las violaciones al derecho a la consulta justifican demandas constitucionales de tutela o amparo constitucional y que la reparación debida por estas violaciones depende del grado de afectación que ella ha sufrido en consecuencia, pero puede incluir la paralización del proyecto relacionado al caso generado por la violación.

Sin embargo en la región los esfuerzos de los Estados por generar situaciones de pleno reconocimiento, respeto y participación de los pueblos indígenas son aún incipientes. Determinadas tendencias recurrentes que intentan poner en cuestión el alcance del Convenio OIT 169. Estas tendencias han aparecido reforzadas en el marco de los debates sobre la suscripción y ratificación del acuerdo de Escazú, y ponen en evidencia la falta de niveles de consenso mínimo apropiados para la generalización de un entorno favorable a la superación definitiva del déficit de inclusión que se registra en esta área.

La emergencia de crímenes masivos contra defensores de la tierra y el grave nivel de exposición en que han quedado los pueblos a consecuencia de la pandemia forman situaciones críticas que no puede dejarse de tomar en cuenta en un proceso que debe pasar de las promesas constitucionales hacia una práctica efectiva de reconocimiento, respeto y protección.