

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas

**Guía para la atención especializada
por parte de las oficinas de *Ombudsman***



BANCO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO



Asdi
AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

© 2006 Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Reservados todos los derechos

323.7

I59a Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas : guía para la atención especializada por parte de las oficinas del Ombudsman / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. -- San José, C.R. : IIDH, 2006

60 p. ; 9X11 cm.

ISBN 9968-917-51-6

1. OMBUDSMAN 2. PUEBLOS INDIGENAS 3. ACCESO A LA JUSTICIA

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o la de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignan los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Javier Rodríguez O.
Autor

Lorena González Volio
Oficial del Programa Ombudsman
y Derechos Humanos, IIDH

Amílcar Castañeda C.
Coordinador Proyecto Acceso
a la Justicia de los Pueblos indígenas.
IIDH

Margarita Molestina
Revisión de Estilo

Diagramación y Artes Finales
Alejandro Pacheco R.

Unidad de Información y Servicio del IIDH
Asesoría Editorial

Impresión
Masterlitho S.A.

Imagen de Portada:

Varas de mando que usan las autoridades, policías y curanderos kunas. The Art of Being Kuna: layers of meaning among the kuna of Panama. Mari Lyn Salvador.

Editor. UCLA Fowler Museum of Cultural History. Los Angeles. 1997 page 141.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel: (506) 234-0404 Fax: (506) 234-0955
e-mail: uinformación@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Presentación□ 7

Introducción□ 9

I: Parte inicial□ 11

- ¿Cómo podría iniciarse un abordaje al conocimiento de los pueblos indígenas?..... 11
- ¿Quiénes son hoy en día los pueblos indígenas? 12
- ¿Cómo se relaciona el concepto de pueblos indígenas con sus territorios?..... 14
- ¿Cuáles serían entonces los principales elementos que abarca el término territorio indígena?..... 16
- ¿Quiere decir que es diferente lo que la cultura occidental comprende como tierra, del concepto que adquiere el término territorio para los pueblos indígenas?..... 18
- ¿Qué obligaciones existen internacionalmente para los Estados en la protección de los territorios indígenas?..... 19
- ¿Cuáles son entonces los momentos históricos vividos por los territorios indígenas?..... 20

II: Derechos específicos de los pueblos indígenas 25

- ¿Por qué los pueblos indígenas se organizan a nivel continental para reclamar derechos específicos? 25
- ¿Cuáles son las principales demandas indígenas?..... 26
- ¿Qué es el Derecho Propio o Derecho Indígena?..... 28

• ¿Qué relación tiene este Derecho Indígena con el acceso a la justicia?.....	29
• ¿Cuáles serían las principales razones señaladas por la comunidad internacional que obligan a los Estados a respetar el Derecho Indígena?	30
• ¿Cómo se puede entonces lograr un balance entre el Derecho Indígena y las disposiciones y autoridades del Derecho Estatal?.....	30
• ¿Cuál es el instrumento jurídico internacional marco de las nuevas relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas?	31
III: Ombudsman y pueblos indígenas	35
• ¿Por qué es necesario que el <i>Ombudsman</i> intervenga en la relación entre el Estado y los pueblos indígenas?.....	35
• ¿Qué son capaces de transformar los <i>Ombudsman</i> para la reivindicación de los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas?.....	37
• ¿Qué opinan los pueblos indígenas sobre la atención del <i>Ombudsman</i> ?	37
• ¿Qué deben fortalecer las oficinas de <i>Ombudsman</i> en su atención a los pueblos indígenas?.....	39
• ¿Qué opinan las oficinas del <i>Ombudsman</i> sobre su atención a los pueblos indígenas?.....	40
• ¿Existe alguna experiencia regional de <i>Ombudsman</i> en la atención a los pueblos indígenas?.....	42
• ¿Cómo podría lograrse o mejorarse la atención especializada del <i>Ombudsman</i> a los pueblos indígenas?.....	43
IV: Ejercicio final	51
Anexo 1. Términos conceptuales	53
Anexo 2. Algunos otros derechos colectivos de los pueblos indígenas	55
Bibliografía	57

Presentación

El acceso de los pueblos indígenas a la justicia es aún un asunto pendiente de resolver. Este sector acumula, además de las dificultades generales de acceso, las que se derivan de su marginalidad económica, política y social; las provenientes de la falta de adecuación de los sistemas legales y jurisdiccionales a sus características lingüísticas y culturales, y a las dinámicas sociales específicas y diversas, y la tensión no resuelta entre formas propias de atención y resolución de conflictos; y generalidad del régimen jurídico nacional.

Los progresos en el campo de la impartición de justicia resultan insuficientes para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y el acceso a los recursos judiciales. Aún hay mucho que avanzar acerca de la calidad de las soluciones y de la celeridad con que los asuntos pueden ser resueltos y los costos económicos que estos pueden implicar. El abanico de derechos que reclaman los pueblos indígenas es muy amplio, e incluye el reconocimiento de un orden jurídico y judicial propio.

El establecimiento de la figura del *Ombudsman* (Defensor del Pueblo, Defensor de los Habitantes, Procurador o Comisionado de Derechos Humanos) en diferentes países de la región, ha generado un nuevo y vigoroso actor en el marco de los sistemas de justicia estatales y en la justicialidad de los derechos humanos. Estas instituciones han resultado clave en la defensa y promoción de los derechos humanos, así como en la vigilancia de la labor de los gobiernos y la rendición de cuentas. Además, han contribuido a fortalecer los mecanismos de representación y comunicación entre la sociedad civil y los gobernantes, habiendo ganado en casi todos los países una alta cuota de legitimidad en esta mediación y un buen nivel de incidencia en el diseño de políticas públicas.

La mayoría de las oficinas de *Ombudsman* tienen atribuciones que pueden facilitar y contribuir a mejorar el acceso a la justicia de las personas y los pueblos indígenas. Tienen facultades para realizar diagnósticos, investigaciones y recomendaciones sobre comportamientos administrativos que pudieran ser discriminatorios para aceptar y, en algunos casos, asumir la representación de colectividades que no cuenten con personería legal, atender situaciones que comprometan derechos, proponer la adopción de legislación y supervisar el cumplimiento de convenios internacionales. En países con población indígena se puede apreciar un incremento permanente de la recepción de quejas provenientes de personas y comunidades, a consecuencia de violaciones contra los derechos de su condición étnica o problemas de denegación de justicia.

El desarrollo y consolidación de las instituciones de *Ombudsman* es un tema prioritario para el IIDH, ya que tienen un papel decisivo en los procesos de democratización de los países latinoamericanos y se convierte en uno de los más importantes defensores de los derechos humanos en el ámbito nacional.

La construcción de la gobernabilidad democrática, especialmente en países con poblaciones indígenas importantes, no será posible sin su reconocimiento, inclusión y participación activa. Esto es un punto de partida fundamental para el respeto y promoción de sus derechos. En ese sentido, el IIDH ha apoyado desde hace varios años procesos locales y regionales para potenciar la actuación de las oficinas de *Ombudsman* con diversos actores sociales, en particular la promoción de los derechos de los pueblos indígenas.

El proyecto *Acceso a la justicia de las personas y pueblos indígenas* tiene por objetivo contribuir al mejoramiento del acceso a la justicia, mediante el fortalecimiento de los servicios que pueden ofrecer para este propósito las oficinas de *Ombudsman*. Se enmarca en la amplia preocupación, tanto del IIDH como de las Oficinas de *Ombudsman*, por el acceso a la justicia como una condición para el disfrute y la protección de los derechos humanos de los pueblos y personas indígenas. El proyecto incluyó la publicación de dos libros: *Ombudsman y derechos indígenas en América Latina* y *Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas*.

La publicación que a continuación presentamos, es una herramienta pedagógica para un mejor conocimiento y uso de los recursos que disponen las oficinas de *Ombudsman* para hacer más justiciables los derechos de los pueblos indígenas.

Nuestro sincero y especial agradecimiento al Banco Interamericano de Desarrollo (BID) por su apoyo en todas las fases del proyecto. También, nuestra gratitud a la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI) y a Javier Rodríguez, consultor que elaboró el presente módulo.

Finalmente, queremos agradecer a Amilcar Castañeda, que tuvo a su cargo la coordinación del proyecto. A los colegas del IIDH: Diego Iturralde, Director de la Unidad de Investigaciones Aplicadas; Lorena González Volio, Oficial del Programa Ombudsman y Derechos Humanos, y Cristina Zeledón, Oficial del Programa de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, por su permanente acompañamiento académico al proyecto y para que esta publicación llegue a su feliz término.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo
IIDH

Introducción

El presente material titulado *Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas: guía para la atención especializada por parte de las Oficinas de Ombudsman*, pretende ser una herramienta de orientación y acercamiento de los *Ombudsman* a los Pueblos Indígenas de la región.

Las oficinas de *Ombudsman* son un espacio de diálogo, concertación y control de los Estados el cual puede y debe acompañar a los pueblos indígenas en sus reclamos legítimos ante las autoridades públicas. Son instancias democráticas y legítimas por medio de las cuales, los habitantes originarios del continente tienen la posibilidad de reclamar, individual o colectivamente, demandas históricamente no resueltas: despojos de tierras y territorios indígenas, irrespeto a autoridades tradicionales, falta de consulta y participación en la toma de decisiones de medidas o programas que les puedan afectar, irrespeto al Derecho Propio o Derecho Indígena, falta de programas de educación intercultural bilingüe, e inexistencia de programas de salud con perspectiva y participación indígena, entre muchos otros.

El presente material está redactado en un lenguaje sencillo, no jurídico, a fin de posibilitar que las personas funcionarias de los *Ombudsman* conozcan, se sensibilicen y fortalezcan el servicio de atención a los pueblos indígenas. El contenido incluye materiales tomados de algunas personas que han escrito sobre el tema, y de consultores regionales y nacionales del Programa *Ombudsman* y Acceso a la justicia de los pueblos indígenas; los cuales han sido adaptados a un lenguaje más claro.

La presentación del material se hace en dos columnas:

- En la de la izquierda, por medio de preguntas básicas y respuestas, se introduce al lector en el desarrollo del texto, el cual se divide cuatro secciones: **I. Parte general; II. Derechos específicos de los pueblos indígenas; III. Ombudsman y pueblos indígenas; IV. Ejercicio final.**
- Y en la columna de la derecha, se van indicando con algunos ejemplos prácticos, lo que el texto central va indicando, gran parte del cual contiene ejemplos de intervención de algunos *Ombudsman* latinoamericanos en el tema de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Al terminar cada sección se hace un pequeño recuento de las principales ideas expuestas.

Se incluye un **ejercicio final** para que, una vez que se haya concluido la lectura y análisis de esta Guía, se propone al lector un ejercicio de reflexión final que trata de poner en práctica algunas de las principales ideas expuestas y que servirá de autoevaluación del quehacer cotidiano como personas funcionarias del *Ombudsman*.

Se incluye un pequeño Anexo 1, con algunos términos conceptuales y un Anexo 2, con algunos derechos colectivos de los pueblos indígenas tutelados por el Convenio 169 de la OIT. Finalmente, se indica la **bibliografía**.

Ver datos adicionales y algunos ejemplos de las preguntas en la columna de la derecha, y algunos términos conceptuales en Anexo No.1, al final del presente material.



I. Parte inicial

Objetivos:

- Brindar elementos conceptuales que permitan al lector acercarse a conocer los pueblos indígenas.
- Abordar la interrelación entre los pueblos indígenas y el **territorio** o hábitat, en sus relaciones con los Estados.

¿Cómo podría iniciarse un abordaje al conocimiento de los pueblos indígenas?

Para adentrarnos en el conocimiento de los pueblos indígenas hoy en día, y su interrelación con los Estados actuales, es necesario considerar el proceso histórico que marcó un antes y un después de 1492, y lo que hoy somos en las Américas¹.

La llegada de extranjeros (colonizadores) a las tierras americanas marcó un proceso de **conquista y colonización** que posteriormente es reproducido por los nuevos Estados latinoamericanos. La duda sobre la **humanidad** de los habitantes de estas tierras, marca

Datos adicionales y algunos ejemplos de atención específica a los pueblos indígenas por parte de las oficinas de Ombudsman en América Latina.

Si bien las definiciones de los que son considerados indígenas son diversas y las cifras censales al respecto son en muchos casos poco confiables, las estimaciones de la población indígena actual en América Latina varían entre 40 y 50 millones, representando alrededor de un 10% de la población total de la región. Dicha población incluye más de 400 grupos identificables, los que van desde los pequeños grupos selváticos amazónicos, hasta las sociedades campesinas de los Andes, las que suman varios millones de personas².

Hoy existen 250 millones de indígenas en el mundo, que pertenecen a más de aproximadamente 5.000 grupos y viven en más de 70 países. Ellos representan solamente el 4% de la población global, pero constituyen del 70 al 80 por ciento de la diversidad cultural. Los bosques tropicales son habitados por 50 millones de indígenas. Estos pueblos generalmente son minoría en los países donde viven³.

- 1 Javier Rodríguez Oconitrillo, *Comentarios sobre tierra y territorio: el caso de Paraguay y Panamá*. “Tierra y Territorialidad Indígena en el Paraguay”, por Rodrigo Juan Villagra Carron y “Tierra y territorio indígena en Panamá”, por Héctor Huertas G. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, agosto de 2003.
- 2 José Aylwin O., *El derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: antecedentes históricos y tendencias actuales*, documento presentado en la “Sesión del grupo de trabajo sobre la sección quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios”, convocada por la Organización de Estados Americanos celebrada en Washington D.C. el 7 y 8 de noviembre de 2002.
- 3 Cletus Gregor Barié, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama regional*. CD /BID (2004), 1a edición, México, 2000: Instituto Indigenista Interamericano (III, México) e Instituto Nacional Indigenista (INI, México). Ver *The Rainforest Foundation UK* www.rainforestfoundationuk.org

la pauta de comportamiento generalizado de aniquilación de la cultura indígena y suplantación de la misma por la cultura occidental. Como todo patrón de conquista, lo bueno, lo válido, lo civilizado, lo aceptado, lo único verdadero es lo que el conquistador dice.

La **resistencia indígena** y algunas denuncias de misioneros de la época, impidieron su exterminio. La esclavitud en la región se vio incrementada con la incorporación de la mano de obra esclava de África, que incluyó un nuevo actor en la realidad regional.

Cuando las **luchas independentistas** tocan las puertas del continente, los nuevos Estados reproducen el mismo patrón de colonización sufrido por ellos mismos; ahora como los nuevos colonizadores en sus propios Estados. Las nuevas autoridades de los Estados independientes tomaron como suyas las tierras enmarcadas en sus jurisdicciones.

Durante este proceso, los pueblos indígenas siguieron **invisibilizados** y su **especificidad** nuevamente fue forzada a desaparecer. Guerras civiles y luchas regionales indígenas impidieron su exterminio. Los pueblos indígenas sobrevivientes de las Américas se organizaron en su lucha por la reivindicación de su dignidad y libertad como cultura diferenciada.

¿Quiénes son hoy en día los pueblos indígenas?

Puede decirse que:

Pueblos indígenas, comunidades y naciones indígenas, son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades preinvasivas y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintas de otros sectores de las sociedades actualmente dominantes en estos territorios o en parte de ellos. Ellos son actualmente un sector no dominante de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales

Estimación de la población indígena en América Latina (en miles)⁴:

- *Bolivia: 71% (5.914.000)*
- *Guatemala: 66% (8.342.000)*
- *Perú: 47% (12.696.000)*
- *Ecuador: 43% (5.556.000)*
- *Belice: 19% (47.000)*
- *Honduras: 15% (938.000)*
- *México: 14% (14.049.000)*
- *Chile: 8% (1.217.000)*
- *El Salvador: 7% (429.000)*
- *Guyana: 8% (56.000)*
- *Panamá: 6% (168.000)*
- *Surinam: 6% (26.000)*
- *Nicaragua: 5% (241.000)*
- *Paraguay: 3% (168.000)*
- *Colombia: 2% (794.000)*
- *Venezuela: 2% (471.000)*
- *Jamaica: 2% (53.000)*
- *Trinidad y Tobago: 2% (26.000)*
- *República Dominicana: 2% (169.000)*
- *Costa Rica: 1% (36.000)*
- *Barbados: 1% (3.000)*
- *Bahamas: 1% (3.000)*
- *Argentina: 1% (370.000)*
- *Brasil: 332.000*
- *Uruguay 0%*
- ***Total general: 11% (52.105.000)***

Sobre la influencia del Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, la OIT ha manifestado⁵:

4 Fuentes: R. Roldán, 2003, OIT, BID, TCA y otras fuentes.

5 Entrevista con el señor Lee Swepston de la OIT, en el CD *Base de Legislación Indígena del BID*.

y su identidad étnica, como base de su continuidad como pueblos, en concordancia con sus propias instituciones sociales, sistemas legales y culturales⁶.

Se afirma también que

son pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones, o por una legislación especial... los pueblos en países independientes por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas... la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones (del Convenio 169 de la OIT)⁷.

De estas definiciones, puede indicarse que algunos de los principales elementos que conforman el concepto de pueblos indígenas son los siguientes:

- 1. La continuidad histórica** con las sociedades preinvadidas y conquistadas, desarrolladas en las áreas geográficas que hoy ocupan.
- 2. La diferencia cultural respecto de la sociedad dominante.** Los pueblos indígenas se encuentran insertos en Estados creados artificialmente miles de años después de la existencia de estas comunidades en ellas asentados, con una cultura distinta del resto de la sociedad nacional donde se encuentran.
- 3. Los territorios ancestrales.** Las civilizaciones indígenas existieron miles de años antes de la llegada de los conquistadores a las Américas. Estas comunidades (la mayor parte) permanecen en los mismos territorios antes de la invasión y conquista, insertos ahora dentro de fronteras estatales.

La influencia ha sido muy alta en algunos países, menos en otros. En México, el primer país latinoamericano que lo ratificó, el convenio se volvió una referencia importante para reclamar los derechos indígenas al Gobierno, y guió el debate en muchos aspectos, especialmente en la cuestión si la reciente reforma constitucional era legalmente aceptable bajo esta Convención. En Guatemala, la ratificación del convenio fue una de las condiciones básicas que pusieron los movimientos rebeldes para firmar los Acuerdos de Paz. En otros países, como Chile, la lucha a favor de la ratificación ayudó a movilizar y englobar las organizaciones indígenas por una causa común. El convenio obviamente también es una base para la elaboración de los borradores de la Declaración sobre pueblos indígenas, tanto de la Naciones Unidas, como de la Organización de los Estados Americanos, además de repercutir en los lineamientos de las políticas del Banco Mundial y de otras agencias internacionales. Es la única convención que trata directamente de este tema (junto con el Convenio 107, que sigue en vigencia en algunos países, pero que ya no está abierto para su ratificación). Con todo lo dicho, también es importante no exagerar. El convenio

6 Rodolfo Stavenhagen, *Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, IIDH, San José, Costa Rica, p. 247, 2001.

7 *Convenio 169 de la OIT, Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.*

4. La identidad étnica es el sentimiento de pertenencia a una comunidad o grupo social que se diferencia de otras, que comparte ciertos elementos y que le da razón de ser.

5. Las propias instituciones sociales, económicas, políticas, culturales y legales.

Los pueblos indígenas tienen su propia forma de desarrollar su vida en sus comunidades por medio de principios y valores transmitidos de generación en generación por miles de años y actualmente, paralelos a la organización administrativa y política de los Estados actuales.

¿Cómo se relaciona el concepto de pueblos indígenas con sus territorios?

La **cosmovisión indígena** ubica a sus habitantes como un hijo más de la naturaleza, donde las cosas y los seres deben ser respetados. Su mundo físico y espiritual se desarrolla en un todo (hábitat) que le permite su continuidad como pueblo. El territorio que ancestralmente han ocupado los pueblos indígenas, debe permanecer comunalmente compartido y bajo su poder. El desarrollo de sus instituciones políticas, económicas, sociales, culturales y espirituales dependen del medio donde plenamente pueda realizarse.

Inicialmente debe decirse que el territorio es un espacio geográfico en el cual se desenvuelve la dinámica de las sociedades indígenas y con el cual está vinculada la cultura, la historia y la identidad de un grupo determinado. Este espacio es reclamado como un derecho colectivo, indispensable para la supervivencia, identidad y reproducción como pueblos diferenciados. El territorio es una necesidad cultural y política, vinculado al derecho de autonomía y libre determinación⁸. A diferencia de ello, la tierra es un espacio físico de ocupación directa por una familia o comunidad, constituyéndose en un factor de producción y subsistencia. Es un reclamo económico y social.

Además, el concepto de territorio⁹ abarca la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna u otra forma. Ello implica el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan o a las que hayan tenido acce-

es un compromiso internacional relevante, sea porque se ratificó o porque está bajo consideración para su ratificación. Sin embargo, aunque es legalmente vinculante en el derecho internacional, sólo provee un marco y una serie de estándares mínimos que pueden mediar acciones nacionales. Su mayor repercusión, en todo caso, fue relanzar el debate sobre derechos indígenas, moldear los términos de este debate y ofrecer un esquema dentro del cual la acción estatal se puede orientar a niveles nacionales y regionales.

*Sobre las **dificultades** que se perciben en la transformación del Convenio 169 de la OIT a derechos constitucionales y legislación secundaria, se ha indicado:*

Hay una seria de dificultades, incluyendo la legislación y llegando más allá hacia la implementación en la ley y la práctica. La mayoría de los problemas a nivel gubernamental se basan en negligencias, más que en malicias, aunque en algunos casos también existen factores de discriminación racial, étnica o social.

Los problemas mayores en América Latina incluyen:

- *falta de capacidad administrativa en el Gobierno, en todos los niveles, para implementar*

8 Rodolfo Stavenhagen, *Conferencia Mundial contra ...*, p.247

9 *Convenio 169 de la OIT*

so tradicionalmente (aunque no estén ocupadas exclusivamente por indígenas) para sus actividades.

En este sentido, los recursos naturales en estos espacios comprendidos constituyen parte de los derechos tutelados, para que puedan participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Incluso, en aquellos casos en que los minerales sean propiedad de los Estados, estos deben participar por medio de la consulta adecuada y con anticipación sobre los efectos que la prospección o explotación de estos recursos pueda ocasionarles. En este caso, deben participar de los beneficios por las actividades que reporten tales actividades, para resarcir cualquier daño producto de las mismas.

Los pueblos indígenas no deben ser trasladados de las tierras que ocupan, salvo casos excepcionales: con su consentimiento y pleno conocimiento. En caso contrario, deben estar equitativamente representados (con encuestas y procedimientos establecidos legalmente). Cesada la causa que eventualmente pudo originar su traslado, los pueblos indígenas tienen el derecho a regresar a sus tierras. Si esto no fuere posible, las tierras sustitutas deberán ser de igual calidad y estatus jurídico a las que ocupaban. Es posible que la indemnización sea en especie, en caso de que así sea considerado por los interesados y/o perjudicados.

Por otra parte, la modalidad de transmisión de los derechos sobre las tierras entre sus miembros debe ser respetada por los Estados. Por ello, debe impedirse que personas extrañas a estos pueblos se aprovechen de sus costumbres o de su desconocimiento sobre las leyes para apropiarse, poseer o utilizar sus territorios. Estas actuaciones deben ser sancionadas por los Estados.

Así, los programas nacionales deben garantizar a los pueblos indígenas condiciones equivalentes a las que disfrutaban otros sectores de la población en la asignación de tierras, cuando estas resulten insuficientes para su existencia o para enfrentar su crecimiento numérico, así como el otorgamiento de medios necesarios para desarrollar las tierras que los pueblos indígenas ya poseen.

los programas y la legislación adoptada; en muchos casos también la falta de adoptar la legislación y/o las regulaciones necesarias.

- *Insuficiente compromiso con el espíritu de respeto y diálogo que establece el convenio, de tal modo que muchas veces se ratifican decisiones sobre el desarrollo que afectan a los pueblos indígenas y sus comunidades, sin consulta previa o con consulta que son superficiales o incluso fraudulentas.*
- *Falta de facilidades adecuadas para escuelas y cuidado de salud, e incluso insuficiente protección por la policía en regiones habitadas por los pueblos indígenas¹⁰.*

Resolución Defensorial sobre la situación de derechos humanos de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, Defensoría del Pueblo de Colombia. *La experiencia seleccionada se refiere a la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, al norte del país. La Defensoría del Pueblo ha documentado la situación a partir de varias visitas al terreno y sesiones de trabajo con las autoridades estatales y las comunidades indígenas de la zona. Es un caso emblemático en Colombia, por las dimensiones exageradas de violencia que se han presentado y por el reconocimiento que esta problemática ha adquirido con el tiempo por parte del Gobierno colombiano, las ONG nacionales e internacionales y las agencias del Sistema de Naciones Unidas en Colombia.*

Pero, quizás el elemento más importante de identificación de estos territorios es el de ser ancestrales, existentes anterior a la llegada de los conquistadores, **preexistentes** a la creación de los Estados, marcando su continuidad histórica por miles de años. Es un **derecho originario** que reclama la restitución de sus tierras o indemnización por el despojo ilegítimo de las mismas.

*¿Cuáles serían entonces los principales elementos que abarca el término **territorio indígena**?*

Puede decirse entonces, que los principales elementos que abarcan el concepto de **territorios indígenas** son:

1. Espacio geográfico: área geográfica en la cual se desarrolla la dinámica de las sociedades indígenas.
2. Cultura: vida, costumbres y conocimiento que se expresan en la forma de ser de un pueblo.
3. Historia: acontecimientos comunes compartidos anteriores a la llegada de los conquistadores, durante la colonia y nacimiento de los nuevos Estados hasta la actualidad.
4. Identidad: características culturales y sociales compartidas (como el idioma, las creencias religiosas, el lugar donde viven) y un sentido de pertenencia o tradición.
5. Derecho colectivo: perspectiva de los derechos humanos de un grupo social determinado que reclama la reivindicación de derechos fundamentales de la colectividad. El territorio pertenece a la comunidad indígena y no sólo a una persona en particular. Está al servicio social de su comunidad para su disfrute y supervivencia espiritual y cultural.
6. Supervivencia: sin territorio, no hay posibilidad de asegurar la continuidad de los habitantes indígenas como pueblo diferenciado del resto de la sociedad dominante en la que se inserta.

Contexto de la región de la Sierra Nevada de Santa Marta: la Sierra Nevada de Santa Marta es un complejo montañoso, con una extensión de 17.000 km², que abarca tres departamentos: Cesar, Guajira y Magdalena. Ha sido calificada como patrimonio mundial por la UNESCO por sus características únicas de flora y fauna, por su riqueza de fuentes hidrográficas y por su diversidad cultural.

La población indígena de la Sierra Nevada asciende a 43.000¹¹ personas que pertenecen a cuatro pueblos, localizados de la siguiente manera: pueblo indígena Kankuamo en Cesar, pueblo indígena Arhuaco en Cesar y Magdalena, pueblo indígena Wiwa en Cesar, Magdalena y Guajira y pueblo indígena Kogui en Magdalena y Cesar. Estos pueblos se caracterizan por mantener culturas milenarias y diversas, y formas lingüísticas propias. Igualmente, presentan especificidades en los usos y costumbres, en su forma de vestir, en los procedimientos utilizados para cultivar la tierra, en su dieta alimenticia y en su relación con el ambiente y recursos naturales.

Los pueblos arhuaco, wiwa, Kogui y Kankuamo se organizaron, en los últimos años, alrededor del Consejo Territorial de Cabildos, aunque cada pueblo cuenta con su organización propia. Los Arhuacos se congregan alrededor de la Confederación Indígena Tayrona (CIT), los Kogui, en la Organización Gonawindua Tayrona (OGT), los Wiwa, en la Organización Yugumaiun Bunkuanurwa Tayrona (OWYBT) y los Kankuamo, en la Organización Indígena del Pueblo Kankuamo (OIK).

La existencia de estos pueblos se ha visto alterada, a partir de la década de los 50, por la llegada de grupos de colonos provenientes de otras regiones del país, desplazados por la violencia. Esta situación causó y sigue provocando conflictos entre

11 Informe final proyecto de acompañamiento permanente de la Defensoría del Pueblo a comunidades en riesgo de desplazamiento forzado, agosto 2004. Defensoría del Pueblo – Coordinación Nacional de Atención al Desplazamiento Forzado.

7. Necesidad política: conducción de la vida comunal indígena para la búsqueda de la armonía social, por medio del desarrollo de sus instituciones.
8. Autonomía y determinación: derecho de decidir sus propias prioridades en cuanto a su proceso de desarrollo (vida, creencias, instituciones, bienestar espiritual y territorios), controlando; en la medida de lo posible, su propio patrimonio social, económico y cultural. Por ello, los pueblos deben participar en la toma de decisiones que les afecten (propuesta, desarrollo y evaluación de los programas posibles de aplicación).
9. Hábitat: conjunto de un espacio geográfico donde desarrollan la vida las comunidades indígenas (incluyendo los recursos naturales vegetales, animales y minerales), y donde su cosmovisión y pertenencia como colectividad adquiere su integral dimensión: la persona como un hijo más de la naturaleza y donde todos los demás seres deben respetarse.
10. Propiedad y posesión: la titularidad de los territorios indígenas ancestralmente pertenecientes a los pueblos indígenas debe ser respetada por los Estados (independientemente de las formalidades previstas para el resto de la población nacional), así como sus formas de transmisión de las mismas. Es un derecho originario de las áreas que han habitado o que habitan inmemorialmente hasta la actualidad. Incluye aquellas áreas que sean poseídas por estas comunidades (aunque sea en forma no exclusiva), pero sobre las que han ejercido sus prácticas tradicionales.
11. Acceso tradicional: uso de las tierras que pueden no ser ocupadas únicamente por indígenas, pero que tradicionalmente han sido utilizadas por ellos para realizar sus prácticas.
12. Recursos naturales: incluye todo el conjunto de condiciones animal, vegetal y mineral que rodean al mundo del espacio geográfico que ancestralmente han habitado y sobre el cual mantienen una relación específica que los diferencia del resto de la sociedad dominante en la cual se encuentran.
13. Consulta: todo programa o proyecto susceptible de afectación de un territorio indígena debe ser consultado por el Estado (u organizaciones civiles) de buena fe y con la información completa sobre los alcances de la propuesta, para el consentimiento o denegación de la implementación de los mismos, por parte de las autoridades correspondientes.

pueblos indígenas y colonos, en particular por el uso y tenencia de la tierra, que se agravaron con la aparición y expansión de los cultivos de uso ilícito. A mediados de la década de los 70, hubo un gran auge de plantaciones de marihuana que, a partir de la década de los 90, fueron reemplazadas en forma progresiva por cultivos de coca. Paralelamente, se inició el ingreso de grupos armados ilegales (guerrilla y posteriormente paramilitares) en estos territorios.

Con el ingreso de la guerrilla, a finales de los años 70, se comenzaron a presentar agresiones directas contra las comunidades, las cuales se agravaron con la llegada, en los ochenta, de los grupos paramilitares, creando un deterioro progresivo y cada vez más grave del orden público que ha golpeado significativamente la vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Situación de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada: *en los cuatro últimos años, el conflicto armado en la Sierra Nevada de Santa Marta se ha convertido en la principal causa de vulneración de los derechos humanos de los pueblos que habitan esta región. Las violaciones de las que han sido objeto han afectado derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales. Lo más grave para estos pueblos es el efecto de estos hechos en la realización de sus derechos colectivos, debido a la importancia que revisten para su supervivencia.*

Los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta han denunciado en comunicados públicos la grave situación de derechos humanos, por efecto del conflicto armado que desde hace varios años soporta esa zona del país. La Sierra Nevada de Santa Marta se ha convertido en un territorio estratégico para los actores armados, debido a su posición geoestratégica que incluye corredores de

14. Beneficios: los pueblos indígenas deben gozar de los mismos beneficios previstos para el resto de la población nacional, con miras a superar las desventajas y carencias económicas y sociales. Además, deberá incluir medidas especiales para que estos programas sean posibles de acceder por las propias poblaciones indígenas.

15. Prohibición de traslado: los Estados no pueden trasladar pueblos indígenas de sus territorios (salvo excepciones calificadas) y tienen la obligación de devolverlos a su lugar de origen cuando las causas que motivaron su movilidad hayan cesado. Las tierras sustitutas deben gozar de los mismos estatus jurídicos y calidad de utilización, así como debe contemplarse la indemnización (inclusive en efectivo con las garantías adecuadas), por los daños ocasionados a la comunidad con dicha medida.

16. Ancestrales: antes de la llegada de los conquistadores al continente, civilizaciones indígenas de millones de personas ya habitaban estas tierras. Con su llegada, el conquistador hizo “suyas” las tierras encontradas. Pero ya tenían dueño. Su despojo y aniquilación en muchos casos, condujo a uno de los genocidios más grandes de la humanidad, aún no reconocido así plenamente. Sin embargo, la resistencia de sus pobladores hasta nuestros días, evitó su exterminio. La mayoría de estos habitantes aún siguen viviendo en sus mismos espacios geográficos donde se han desarrollado cultural y espiritualmente. Constituye un derecho originario y, por lo tanto, su efectivo reclamo para la restitución de las mismas o compensación por los daños ocasionados (en la redimensión que ello sea posible). Esta es la gran diferencia respecto de cualquier otro grupo étnico o cultural.

*¿Quiere decir que es diferente lo que la cultura occidental comprende como **tierra** del concepto que adquiere el término **territorio** para los pueblos indígenas?*

Sí. Acorde con lo expuesto anteriormente, es clara la diferencia que existe entre el concepto que la cultura occidental le da al término tierra (privada, para uso, disfrute y producción, cambiante, comerciable, sin vínculo alguno de pertenencia a ese espacio físico, entre otras) y la redimensión que adquiere un espacio geográfico donde la persona es un ser más de la naturaleza y donde su relación con los demás seres es fundamentalmente de respeto para la consecución de la armonía social.

movilización para el tráfico de armas y narcóticos hacia dentro y fuera del país. Los grupos guerrilleros (FARC y ELN) y paramilitares (AUC) disputan el control de estos territorios. Esta disputa territorial se materializa, por lo general, en confrontaciones armadas, intimidación y estigmatización de la población civil, desplazamientos forzados, masacres, desapariciones y asesinatos selectivos¹².

Según la Defensoría del Pueblo, durante los últimos tres años han sido asesinados por los grupos armados ilegales aproximadamente 120 indígenas pertenecientes a los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, pero especialmente al pueblo kankuamo. Adicionalmente, las cifras de desplazamiento de familias indígenas reportan unas 300, sin embargo podrían ser más, debido a las dinámicas de desplazamientos temporales, invisibles para las autoridades gubernamentales, dentro de los resguardos indígenas. Estos desplazamientos consisten en que las familias se trasladan a casas de familiares o amigos indígenas o se esconden en la selva, mientras ocurren las confrontaciones armadas. Una vez que estas cesan, las personas vuelven a sus lugares de origen¹³.

Actividades realizadas y documentos producidos: *las múltiples vulneraciones individuales y masivas de derechos humanos ocurridas en la Sierra Nevada de Santa Marta fueron conocidas por la Defensoría del Pueblo, desde el año 2000. A partir de este momento, se empezaron a elaborar informes y a implementar acciones para la prevención de estos hechos y la atención a las víctimas.*

En julio de 2002, se realizó una primera Misión Humanitaria a la Sierra Nevada de Santa Marta, en coordinación con agencias internacionales, ONG

12 Informe final proyecto de acompañamiento....

13 Informe final proyecto de acompañamiento...

Pero, incluso va más allá: el territorio es el lugar donde se desarrolla la sociedad indígena con todos los elementos e instituciones ancestrales. Autoridades y principios rectores de convivencia. Son espacios de muy extensas dimensiones (generalmente de miles de metros cuadrados), que los han habitado milenariamente o que los han ocupado por cientos de años (aunque sea en forma no exclusiva). Es el mundo donde su lengua, cultura, creencias religiosas, medicina tradicional, economía de subsistencia y permuta, derecho indígena y todas las manifestaciones en donde la vida de las sociedades indígenas se desarrolla plenamente.

Es tal la interrelación e interdependencia (persona – naturaleza), que se convierten casi en uno solo. Por ello, uno sin el otro, no podrá sobrevivir.

¿Qué obligaciones existen internacionalmente para los Estados en la protección de los territorios indígenas?

Esto ha implicado a nivel internacional la imposición de obligaciones para los Estados, en procura del respeto de los territorios indígenas en el continente. Así, los Estados deben:

1. Respetar la forma de transmisión de la tierra (que generalmente se hace por medio de las mujeres y sus clanes correspondientes).
2. Imponer sanciones a las personas extrañas a las comunidades indígenas que invadan dichos territorios.
3. Crear programas especiales nacionales que permitan desarrollar y satisfacer las necesidades básicas de estas poblaciones, adecuados a su entorno y con respeto a su cultura (perspectiva étnica o indígena).
4. Desarrollar registros adecuados de tutela jurídica de la propiedad y titularidad de las tierras de los pueblos indígenas. Ello no significa que la posesión y las pruebas antropológicas determinen la titularidad de los mismos (cuando dichos títulos jurídicamente hablando no existan).

de derechos humanos y algunas entidades gubernamentales, con el fin de valorar la situación actual de los pueblos indígenas, elaborar y presentar un informe de la Misión a los organismos del Estado para las acciones pertinentes, visibilizar en el ámbito nacional e internacional la situación de los pueblos indígenas y conformar un grupo de seguimiento a la situación de derechos humanos, con las organizaciones partícipes de la misión.

La misión humanitaria elaboró un primer informe en el que se incluyen recomendaciones dirigidas a las autoridades gubernamentales, para garantizar la protección y seguridad de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Posteriormente, en junio de 2001, se realizó una visita de seguimiento a la Misión del año 2000, con el propósito de hacer el seguimiento a los acuerdos y recomendaciones establecidas en el informe de la primera Misión. Igualmente, se realizaron visitas a los territorios indígenas de los diferentes pueblos, con el fin de recolectar información sobre la situación de derechos humanos de las comunidades. El resultado de esta visita de seguimiento fue un nuevo informe en el que se describen las actividades realizadas en terreno y se relatan los resultados de las reuniones.

En junio de 2002, la Defensoría del Pueblo presenta un “Informe Defensorial sobre la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y de la Serranía del Perijá (Arhuacos, Kogui, Wiwa, Kankuamo y Yukpa)”¹⁴. Este informe es redactado por la Delegada de Indígenas, con base en la información recogida en las visitas anteriores y las denuncias de violaciones de derechos humanos recibidas por la Defensoría.

14 El informe se encuentra en la página Web de la Defensoría del Pueblo: www.defensoria.org.co

5. Consulta previa, de buena fe y con información completa de los planes o programas que se pretendan implementar en sus territorios y que sean susceptibles de afectar a sus habitantes. Dicho proceso incluye la participación de los indígenas en la formulación, aplicación y evaluación de los programas.

Esta debe ser acorde con su entorno cultural, en su medio, con traducción de la información en forma anticipada y suficiente antelación, con difusión en radios y escuelas o los medios comunitarios utilizados por estas comunidades, a fin de garantizar la transparencia del proceso de consulta. Por el contrario, si no se respetan estas pautas mínimas se convierte en un medio que, lejos de asegurar la participación ciudadana en un proceso democrático, se convierte en un legitimador de las arbitrariedades estatales.

6. Prever al menos la inalienabilidad, imprescriptibilidad, e inembargabilidad de los territorios indígenas, a fin de preservar su dominio a futuro como propiedades comunales.

7. Prohibición de traslado que, por la connotación especial de los territorios respecto de su pasado, presente y futuro como pueblos diferenciados y entendiendo a estos como la totalidad del hábitat, salvo excepciones, no puede trasladarse a ningún pueblo indígena de su lugar original o tradicionalmente ocupado.

¿Cuáles son entonces los momentos históricos vividos por los territorios indígenas?

En suma, pueden mencionarse cuatro momentos históricos de los territorios indígenas:

1. Antes de la invasión y llegada de los conquistadores:
 - Grandes civilizaciones indígenas se encuentran a lo largo del continente.
 - Estas estaban organizadas acorde a sus valores y prácticas milenarias con sus virtudes y defectos.
 - Lo anterior implica que las áreas geográficas sobre las que se desarrollaban, ya tenían dueño.
2. Con la llegada de los conquistadores y durante la Colonia:
 - Las tierras “encontradas” fueron tomadas como sin dueño y declaradas pertenecientes a la Corona y repartidas para beneficio de los “recién llegados”.

El Informe Defensorial cuenta con la siguiente información: i) diagnóstico de la situación de derechos humanos; ii) vulneración a los derechos colectivos de los pueblos indígenas; iii) vulneración a los derechos económicos, sociales y culturales; iv) instrumentos nacionales e internacionales para la guarda y protección de los derechos de los pueblos indígenas; v) presentación y evaluación de la acción estatal en aspectos institucionales y de política pública; vi) acción de las autoridades indígenas y acción de la Defensoría, y vii) recomendaciones a las entidades gubernamentales y estatales pertinentes, a las organizaciones indígenas y a la Defensoría del Pueblo.

A raíz del constante aumento de denuncias y quejas sobre violaciones de derechos humanos en la Sierra Nevada, el Defensor del Pueblo expidió la Resolución Defensorial No. 24¹⁵, en septiembre de 2002. La Resolución fue presentada en una Audiencia Defensorial en la ciudad de Valledupar, en octubre del mismo año. En esa oportunidad, el Defensor del Pueblo denunció enfáticamente los hechos atroces cometidos por los actores armados ilegales contra los pueblos indígenas de la región, instó a las autoridades competentes a seguir sus recomendaciones y recordó la labor investigativa realizada por la Defensoría en el tema.

Un año después de la expedición de dicha Resolución, la Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas realizó un informe de seguimiento. En el documento se evidencia que las entidades responsables no implementaron las medidas suficientes para atender la situación de crisis humanitaria en la Sierra Nevada y que se presenta un aumento desmesurado de hechos de violaciones de derechos humanos, en contra de los pueblos indígenas de la zona, particularmente en contra del pueblo kankuamo.

15 La resolución se encuentra en la página Web de la Defensoría del Pueblo: www.defensoria.org.co

- La política desplegada fue de exterminio de la cultura indígena e imposición de la cultura europea como superior y válida.
 - La religión y la codicia de minerales preciosos marcaron un patrón de violencia generalizado por las nuevas autoridades en el continente.
3. Ante el nacimiento de los nuevos Estados:
- Ante la independencia en América, los nuevos Estados siguieron la misma política impuesta por las autoridades españolas, sólo que ahora en manos de nuevas autoridades, muchas veces hijas de ambas culturas, pero siempre con el sentimiento de superioridad frente al pueblo indígena.
 - Los Estados nuevamente hicieron suyas las tierras enmarcadas en sus jurisdicciones y repartieron o regalaron las mismas a los grupos sociales de poder, o a intereses políticos particulares del momento.
 - Generalmente, los procesos de Reforma Agraria de la región no tomaron en cuenta la especificidad de estas poblaciones y nuevamente, despojaron y repartieron lo que no les pertenecía.
4. En la actualidad:
- Existe un gran movimiento indígena por la reivindicación del despojo históricamente sufrido.
 - Constituyen un reclamo de derecho originario al hábitat indígena.
 - Paulatinamente, la identidad indígena y el desarrollo social, económico, político y cultural de sus habitantes, han sido incorporados en las Constituciones Políticas y textos legales existentes.
 - Se inicia así, una nueva forma de relación entre los Estados, la sociedad civil y los pueblos indígenas, incorporando a estos últimos como sujetos con plena capacidad y tutelados internacionalmente con derechos humanos fundamentales y específicos de su condición o razón de ser en sus propias jurisdicciones territoriales.

El escalamiento continuo de la situación de violencia en la Sierra Nevada de Santa Marta durante los años 2001, 2002 y 2003, así como el incumplimiento de la Resolución Defensorial No. 024, llevó a que se conformara una Comisión de Observación integrada por el Secretariado Nacional de Pastoral Social de la Conferencia Episcopal de Colombia, la Defensoría del Pueblo y, en calidad de observadora, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. Esta Comisión se llevó a cabo en noviembre del año 2003 y consistió en visitas a diferentes municipios y comunidades indígenas de la zona.

El informe contiene cuatro secciones: i) un contexto que describe las generalidades y la problemática de la Sierra; ii) una revisión del seguimiento de las actividades del Estado en el marco de la Resolución No. 024; iii) los resultados de la observación en terreno; y iv) las conclusiones y recomendaciones dirigidas a las autoridades gubernamentales y estatales¹⁶.

Balance de la experiencia: *la Defensoría del Pueblo ha realizado cinco (5) documentos de descripción, análisis y recomendaciones sobre la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. A través de estos informes, la Defensoría ha logrado visibilizar ante la opinión pública la situación de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y posicionar la problemática de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario de esta región en la agenda gubernamental y del Sistema de Naciones Unidas en Colombia.*

16 *Informe de la Comisión de observación de la crisis humanitaria en la Sierra Nevada de Santa Marta,*, noviembre 2003. Secretariado Nacional de Pastoral Social Conferencia Episcopal de Colombia - Defensoría del Pueblo – Delegada de Indígenas y Minorías Étnicas.

Recapitulación:

- La llegada de extranjeros (colonizadores) a las tierras americanas marcó un proceso de **conquista y colonización** que posteriormente es reproducido por los nuevos Estados latinoamericanos.
- La **resistencia indígena** y algunas denuncias de misioneros de la época, impidieron su exterminio.
- Cuando las **luchas independentistas** tocan las puertas del continente, los nuevos Estados reproducen el mismo patrón de colonización sufrido por ellos mismos.
- Durante este proceso, los pueblos indígenas siguieron **invisibilizados** y su **especificidad** nuevamente fue forzada a desaparecer.
- **Pueblos indígenas**, comunidades y naciones indígenas, son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades preinvasivas y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades actualmente dominantes en estos territorios o en parte de ellos. Ellos son actualmente un sector no dominante de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos, en concordancia con sus propias instituciones sociales, sistemas legales y culturales.
- La **cosmovisión indígena** ubica a sus habitantes como un hijo más de la naturaleza, donde las cosas y los seres deben ser respetados. Su mundo físico y espiritual se desarrolla en un todo (hábitat) que le permite su continuidad como Pueblo.
- El elemento más importante de identificación de los territorios indígenas es el de ser ancestrales, existentes anterior a la llegada de los conquistadores, **preexistentes** a la creación de los Estados, marcando su continuidad histórica por miles de años. Es un **derecho originario** que reclama la restitución de sus tierras o indemnización por el despojo ilegítimo de las mismas.

Como resultado de esta labor de visibilización y mediación, el Gobierno nacional, a través del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH abrió, recientemente, una oficina en Valledupar para atender la problemática de la Sierra Nevada de Santa Marta. Asimismo, la resolución defensorial para la Sierra Nevada de Santa Marta se ha convertido en un referente obligado de consulta para muchas investigaciones de otras entidades y organizaciones, y un punto de partida para la formulación de diagnósticos y recomendaciones.

El seguimiento sistemático a una situación como la descrita, le permite a la Defensoría profundizar en el conocimiento de una problemática y presentar recomendaciones acertadas para su solución.

Sin embargo, resulta preocupante que a pesar de los llamados reiterados de la Defensoría del Pueblo a las entidades responsables y a los actores armados ilegales, la situación de violencia en contra de estos pueblos y sus territorios no ha presentado mejoras significativas. Por el contrario, en el año 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decretó Medidas Cautelares para la protección de la vida e integridad de los indígenas kankuamos y, debido al escalamiento de hechos violentos en contra de esta comunidad durante el 2004, la Corte Interamericana decretó, en julio de este año, Medidas Provisionales para este mismo pueblo. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos retomaron en los documentos dirigidos al Gobierno colombiano el diagnóstico y algunas de las recomendaciones de la Resolución Defensorial No. 24.

La reiterada desatención de las autoridades a las recomendaciones presentadas por la Defensoría exige de esta acciones de mayor contundencia, para exigir el cumplimiento efectivo de la responsabilidad de proteger los derechos fundamentales de los pueblos

- Por lo anterior, la comunidad internacional reconoce la imposición de obligaciones para los Estados, en procura del respeto de los territorios indígenas en el continente.

indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Si la persuasión y los recursos gubernativos no producen los resultados esperados, la entidad debe considerar la interposición de acciones judiciales para prevenir la vulneración de los derechos o para que los derechos vulnerados sean reparados¹⁷.

17 Caso presentado por Camila Moreno, *Estudio sobre la atención a las personas y pueblos indígenas en la Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá*, 15 de diciembre de 2004.

II. Derechos específicos de los pueblos indígenas

Objetivos:

- Conocer las principales demandas de los pueblos indígenas y el surgimiento de los movimientos indígenas para su reclamo en el continente.
- Analizar las implicaciones jurídicas para los Estados de los derechos específicos de los pueblos indígenas, en el marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

¿Por qué los pueblos indígenas se organizan a nivel continental para reclamar derechos específicos?

En las últimas décadas, los pueblos indígenas han emergido como actores políticos y sociales relevantes en toda la región. Algunos factores que explican este proceso son las frustraciones de las **reformas agrarias** y las **políticas indigenistas** de los Estados; las amenazas a su subsistencia por **proyectos mineros, forestales, carreteras, represas hidroeléctricas**, etc., realizadas por particulares o por los Estados; la **marginación política y económica**; la vinculación con **movimientos indígenas emergentes** en otras partes del mundo; y el apoyo de **entidades de cooperación**, de organismos **no gubernamentales** y de entidades de **derechos humanos**. A ello, además, han contribuido los procesos de **democratización** de la región, la conmemoración del “**quinto centenario**”, contexto que fortaleció la organización indígena por medio de reuniones continentales, levantamientos y marchas indígenas¹⁸.

Estos derechos colectivos han sido introducidos en los textos constitucionales y legales de la mayoría de los países de América Latina.

Producto de los factores antes señalados [...], en especial del proceso de organización y movilización de los pueblos indígenas, y de los procesos de recuperación democrática verificados en años recientes, la mayor parte de los Estados de la región ha ido introduciendo modificaciones en sus ordenamientos jurídicos, dando gradualmente acogida, al menos en parte, a las demandas indígenas. Es así como Panamá (1971), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992 y 2001), Guatemala (1985), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador

18 W. Assies, et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., 1999. Citado por José Aylwin, *El derecho de los pueblos...* p.4.

Estos fenómenos han provocado, en la mayor parte de los países de la región, la proliferación de organizaciones indígenas desde el nivel local, regional, nacional, hasta el supranacional. Esto les ha permitido canalizar sus demandas frente a los Estados. Algunas de estas organizaciones conformaron federaciones de mayor alcance con representación ante instancias internacionales como la ONU y la OEA. Entre ellas, la Organización de Nacionalidades Indígenas de Colombia (ONIC – 1982), la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE – 1986), la Unión de Nacionalidades Indígenas de Brasil (UNI) y la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB – 1982).

Más recientemente, luego del levantamiento indígena de Chiapas de 1994, se constituyó el Congreso Nacional Indígena en México como instancia de articulación entre los distintos pueblos indígenas a nivel nacional. Y en Perú, se conformó la Coordinadora Permanente de los Pueblos Indígenas (COPPIP), que reúne las principales organizaciones indígenas del país.

Cabe mencionar que a estas organizaciones se suman organizaciones supranacionales en representación de los pueblos indígenas en los foros internacionales que discuten sus derechos. Así, el Consejo Indio de Sudamérica (CISA), la Coordinadora de Pueblos Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA) y, más recientemente, el surgimiento del Parlamento de la Nación Aymara como foro de discusión permanente de los aymaras de Chile, Bolivia y Perú¹⁹.

¿Cuáles son las principales demandas indígenas?

En los últimos años, los movimientos indígenas han reclamado un conjunto de demandas hacia los Estados donde habitan. Estas pueden dividirse en demandas de carácter individual y colectivo. Las primeras apuntan a poner fin a la discriminación económica, social, cultural y política. Sin embargo, el mayor énfasis de los movimientos indígenas se ha dirigido hacia el segundo grupo de reclamos, por introducir modificaciones jurídicas y políticas que les permitan desarrollarse como pueblos²⁰.

(1994 y 1998) y Venezuela (1999) han elevado a rango constitucional los derechos de los pueblos y/o de las personas indígenas. Otros países como Chile, si bien no consideran estos derechos en sus ordenamientos constitucionales, sí lo han hecho en su legislación (1993).

El carácter pluriétnico y pluricultural de los Estados y de las sociedades que la componen es recogido por diversos ordenamientos constitucionales. Así, en Colombia (1991), “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Art. 7); en Perú (1993), “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación” (Art. 2 inc. 19); Bolivia (1994) se reconoce como “...libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural...” (Art. 1); Ecuador (1998) se reconoce en términos similares como “...un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico.”

La naturaleza colectiva de los “pueblos indígenas” es reconocida por Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Venezuela.

El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, tanto en el sistema jurídico estatal como a través de sistemas de jurisdicción indígena, es otro de los temas abordados por los ordenamientos jurídicos de los Estados de la región latinoamericana. En total, 19 estados poseen alguna forma de reconocimiento de estos derechos en sus ordenamientos constitucionales o legales. En el plano constitucional, destacan los reconocimientos hechos a estos derechos por los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), así como por el de Paraguay y

19 Milka Castro y Xavier Albo coords., *Derecho consuetudinario y pluralismo legal: desafíos del tercer milenio – XII Congreso Internacional*, marzo de 2000, Arica, Chile – vol. 2, Universidad de Chile, Santiago, 2000. Citado por José Aylwin. Infra nota 24. pp. 6-7.

20 José Aylwin, Infra nota 24, pp.6-7.

En este segundo ámbito, se identifican:

1. **El derecho a la autodefinition y a un estatus legal.**
2. **Derecho a la tierra y al territorio.**
3. **La identidad cultural.**
4. **Organización social y Derecho Indígena.**
5. **Participación política.**

1. El derecho a la autodefinition y a un estatus legal:

Hasta ahora, la definición del estatus legal de los pueblos indígenas ha sido una prerrogativa unilateral de los gobiernos, por lo que las organizaciones indígenas cuestionan esa tradición y reclaman el derecho a la autoidentificación, no sólo como elección individual, sino como un reconocimiento grupal y de identidad colectiva. Consistente con ello, reclaman un nuevo estatus para los pueblos indígenas en el marco de una sociedad democrática, lo que ha incidido en las últimas reformas jurídicas constitucionales y legales de casi todos los países de la región.

2. Derecho a la tierra y al territorio:

La lucha por la tierra y los derechos agrarios ha sido la base de los intentos indígenas por organizarse. La protección jurídica de la tierra, así como de los recursos naturales (agua, bosques, fauna, etc.), son considerados esencialmente colectivos y constituyen demandas centrales de los pueblos indígenas.

A la par de ello, los pueblos indígenas reclaman con insistencia los derechos territoriales, es decir, el reconocimiento y la delimitación legal de sus territorios ancestrales que es el espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo²¹.

México. En general, se reconoce el derecho de las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial conforme a su costumbre o derecho consuetudinario, siempre que éste no sea contrario a la constitución y las leyes y/o a los derechos fundamentales. Se subraya la necesidad de que la ley establezca las formas de coordinación de estas jurisdicciones especiales con el sistema jurídico estatal. También, se reconoce por algunos de estos ordenamientos jurídicos el derecho de los indígenas a acceder en forma plena a la justicia estatal, así como el derecho a que sus costumbres jurídicas o derecho consuetudinario sean considerados por esta²².

21 Este tema fue desarrollado ampliamente en el apartado inicial. Ver definición de pueblos indígenas y su relación con el territorio.

22 José Aylwin, “Las transformaciones constitucionales y el reconocimiento de los derechos indígenas. Estudio documental sobre el marco normativo e institucional del Ombudsman y los derechos indígenas en América Latina”, IIDH, marzo 2005, p. 8-9.

3. La identidad cultural:

Los pueblos indígenas reclaman hoy el reconocimiento y desarrollo de su propia identidad cultural, la cual incluye idiomas, tradiciones y manifestaciones culturales indígenas en general. Producto de estas demandas, existe hoy en día algunos gobiernos en la región con programas de educación bilingüe. Algunos Estados han reconocido los idiomas indígenas como idiomas nacionales.

4. Organización social y Derecho Indígena:

El desconocimiento de la organización social y el Derecho Indígena o Derecho Propio por parte del sistema jurídico de los Estados y de la Administración Pública en general, contribuyen a su debilitamiento y potencial desaparición. Por ello, las organizaciones indígenas plantean el reconocimiento formal de sus autoridades locales, de los mecanismos de resolución de conflictos, de las prácticas de herencias y patrimonio, y de los patrones de uso de la tierra y los recursos naturales.

5. Participación política.

Los pueblos indígenas reclaman no sólo la representación política en las instituciones gubernamentales (consejos municipales, legislaturas, congresos nacionales, etc.), sino también obtener el derecho a la libre determinación que se expresa a través de la autonomía y el autogobierno local y regional (internos). Se consideran los habitantes originarios de la Nación y, por ende, sus legítimos representantes.

Sobre este segundo grupo de demandas de los pueblos indígenas, debe recalcarse la especial importancia que para ellos reviste y los grandes desafíos que presenta para los operadores de administración de justicia estatal, el Derecho Propio, Derecho Indígena o Derecho Consuetudinario.

¿Qué es el Derecho Propio o Derecho Indígena?

Se conoce como Derecho Indígena o Derecho Propio, el conjunto de normas y proce-

*El uso de la denominación **derecho consuetudinario** ha sido criticado para referirse a los derechos propios o internos de los pueblos indígenas. La expresión ha sido considerada discriminatoria, en cuanto evoca una concepción evolutiva que va del uso y la costumbre al derecho positivo y en la cual el derecho consuetudinario se sitúa en una posición de derecho imperfecto o primitivo, cuando en realidad, a pesar de que estos derechos son orales, ellos se refieren a tradiciones normativas con altos niveles de inmutabilidad, referidos a cosmovisiones ancladas en “leyes de origen”. Por otra parte, muchas de sus provisiones son contra costumbre, como los procedimientos para evitar el “cobro de la sangre” o la “venganza de la sangre”, que son costumbres de muchos pueblos. Algunos autores prefieren hablar de “sistemas jurídicos indígenas”, “fuero indígena” o “derecho indígena”. Los pueblos indígenas usan denominaciones como “ley de origen”, “justicia indígena”, “derecho interno”, “derecho propio” o “justicia comunitaria”.*

*En la actualidad, 19 países de América Latina poseen alguna forma de **reconocimiento de los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas**, que regulan, con diferentes grados de cobertura, las actuaciones de aproximadamente 50 millones de indígenas pertenecientes a 400 pueblos, asentados en territorios que comprenden cerca del 22% del territorio de la región. Se calcula que el 50% de esta población pertenece a pueblos transfronterizos. La naturaleza del problema presentado es que a pesar de ese reconocimiento, no existe la necesaria transparencia sobre el contenido de dichos derechos, ni la adecuación necesaria para la articulación de los marcos normativos, instituciones y programas nacionales y regionales a esa realidad. Adicionalmente, en el campo judicial, las formas de articulación entre las jurisdicciones indígenas y las*

dimientos basados en los usos y costumbres, pero no limitados a ellos, que los pueblos indígenas usan para regular sus asuntos internos, como sistema de control social. Este conjunto no sólo se limita a las regulaciones referentes a los asuntos contenciosos (solución de conflictos, aplicación de penas por violación de las reglas), sino que incluye regulaciones relativas al manejo territorial (uso y acceso), espiritual y a asuntos de carácter civil y de regulación de las autoridades, en muchos casos difíciles de separar del conjunto de las prácticas culturales cotidianas de estos grupos. Las autoridades que aplican estas regulaciones pueden ser diferentes (centralizadas, segmentarias o mágico religiosas) y concomitantes. Por último, estos derechos por lo general corresponden a tradiciones jurídicas ancestrales de carácter regional, preexistentes a los ordenamientos jurídicos nacionales, que se encuentran con diferentes grados de afectación, cambio y vigencia en los pueblos indígenas de la región.

¿Qué relación tiene este Derecho Indígena con el acceso a la justicia?

El que todas las personas - independientemente de su sexo, origen nacional o étnico y sus condiciones económicas, sociales o culturales - tengan la posibilidad real de llevar cualquier conflicto de intereses (sean individuales o colectivos) ante un sistema de justicia y de obtener su justa resolución, entendiendo por sistema de justicia todos los medios para atender y resolver conflictos, que sean reconocidos y respaldados por el Estado, es lo que la doctrina de los derechos humanos reconoce hoy como acceso a la justicia.

Este es un pilar fundamental en la construcción del Estado de Derecho y de las democracias inclusivas y la ciudadanía multicultural en el continente. Lamentablemente, tratándose de pueblos indígenas, este derecho humano se ve seriamente disminuido pues este sector acumula, además de los problemas generales de acceso, los que se derivan de su marginalidad económica, política y social (condición que comparten con todos los pobres); los provenientes de la falta de adecuación de los sistemas legales y jurisdiccionales a sus características lingüísticas y culturales, y a las dinámicas sociales específicas y diversas (lo que comparten, en algunos países, con otras poblaciones como los afrodescendientes); y, la tensión no resuelta entre formas propias de atención y resolución de conflictos y generalidad del régimen jurídico nacional (jurisdicción nacional vs. jurisdicción indígena)²³.

justicias nacionales son aún precarias, existiendo un interés regional en la definición de estándares para absolver el vacío en el tratamiento de esta situación, de especial importancia en lo relativo al manejo de los ecosistemas y pueblos transfronterizos o transnacionales.

Algunos pueblos transfronterizos son: maya yucateco, (México, Belice), maya keq'chi y mopán (Guatemala, Belice), mam, kanjobal, Chuj (Guatemala, México), garífuna (Guatemala, Belice, Honduras, Nicaragua), miskito, Sumo y Nahuas (Honduras, Nicaragua), chortí (Guatemala y Honduras), lenca (Honduras y El Salvador), bribri, Ngobe y Teribe (Panamá y Costa Rica), kuna y embera-wouanaan (Panamá, Colombia), arawak -wayuu, Sicuani (Colombia, Venezuela), awa (Ecuador, Colombia) quechua (Ecuador, Perú, Bolivia), aymara (Perú, Bolivia, Chile), tupi-guaraní (Brasil, Paraguay, Bolivia, Argentina) y mapuche (Argentina, Chile), nahua (México, El Salvador, Honduras, Nicaragua), ashuar (Perú, Ecuador), yanomami (Brasil y Venezuela), ashaninkas (Brasil, Perú). La frontera es, eminentemente, un espacio de interrelaciones. Por ejemplo, el Istmo centroamericano es una de las regiones políticamente más fragmentadas del mundo. En sus escasos 523.160 km² coexisten siete Estados que, históricamente, se han encontrado con un complejo número de colindancias que se hallan entre ellos. Solamente en tierra, la región posee diez colindancias, es decir, alrededor de 3.455 kilómetros de fronteras, de las cuales, alrededor de un 35% están trazadas por líneas imaginarias. Como resultado de ello, la delimitación política de las fronteras en la región ha tenido que pasar por múltiples problemas y tensiones político militares que se han generado entre los Estados. Las regiones

23 FUNPADEM: 2000 - Citado en Propuesta del IIDH al BID: *Sistema de información regional de Derecho Consuetudinario Indígena*. Elaborada por Diego Iturralde y Cristina Zeledón. Colaboraron Javier Rodríguez O y Amilcar Castañeda. San José, Costa Rica, febrero de 2005.

¿Cuáles serían las principales razones señaladas por la comunidad internacional que obligan a los Estados a respetar el Derecho Indígena?

Por lo señalado anteriormente, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, señor Rodolfo Stavenhagen, ha señalado que el Derecho Indígena es fundamental, al menos, por las siguientes razones: 1) porque es una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo; 2) porque, junto con la lengua, constituye un elemento básico de identidad étnica; 3) porque la naturaleza de este derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas; y, 4) porque repercute en la forma en que estos pueblos gozan o carecen de derechos (tanto individuales como colectivos). Y, es tal su importancia que “constituye uno de los elementos de preservación y reproducción de las culturas indígenas en el continente. Y por el contrario, su desaparición contribuye, a su vez, a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas”²⁴.

¿Cómo se puede entonces lograr un balance entre el Derecho Indígena y las disposiciones y autoridades del Derecho Estatal?

En principio:

- Las propias autoridades indígenas deben conocer de sus propios conflictos y darles una solución acorde con su medio, respetando los derechos humanos internacionalmente reconocidos y no pudiendo eventualmente imponer criterios colectivos contrarios a derechos individuales reconocidos (dignidad de la persona)²⁵.

fronterizas de Centroamérica poseen una extraordinaria riqueza étnica y cultural, en donde habitan una buena parte de los grupos indígenas y afrocaribeños de la región. Más de un 40% de toda la extensión protegida en Centroamérica se encuentra en las fronteras. Las principales reservas de bosque y, por lo tanto, de la biodiversidad centroamericana se concentran allí²⁶.

*El 24 de abril de 2001, en su 57º período de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos aprobó su **resolución 2001/57** en la cual decidió nombrar, por un período de tres años, a un **Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas** con el siguiente mandato: a) recabar, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los Gobiernos, los propios indígenas, sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones de sus derechos humanos y libertades fundamentales; b) formular recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades apropiadas para prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas; y c) trabajar en estrecha relación con otros relatores especiales, representantes especiales, grupos de trabajo y expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Stavenhagen (2002: 5)*

24 Asunto sobre el cual el BID y el IIDH, al igual que otras instituciones, vienen trabajando sistemáticamente mediante el desarrollo de proyectos y programas regionales.

25 Rodolfo Stavenhagen, “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, p.27-28. Citado por Mallol Vicente C.

26 Por ejemplo, el caso de las mutaciones sexuales que no pueden aceptarse como una práctica cultural contra las mujeres, como ocurre en algunas partes del mundo.

En caso que un asunto que involucra personas indígenas sea conocido por el Derecho Estatal:

- Los operadores jurídicos deben consultar a las autoridades indígenas sobre estas causas e informarse sobre su trascendencia social.
- Es indispensable contar con intérpretes reconocidos oficialmente que garanticen a la persona imputada su comunicación con el defensor y juzgador.
- Es absolutamente necesario que los operadores jurídicos cuenten con peritajes antropológicos que les permitan ubicarse en una realidad que les es generalmente extraña.
- Es urgente la capacitación a los operadores jurídicos en este campo.
- Es preciso que los operadores jurídicos salgan de sus oficinas y caminen junto con la comunidad indígena y así, tener ese contacto cara a cara con el otro.
- En asuntos penales no se puede aplicar la ley sin tener en cuenta la especificidad indígena, siendo el defensor público o de oficio el primer actor procesal llamado a hacer valer este derecho fundamental, guardián del derecho a la defensa de todo ser humano.

¿Cuál es el instrumento jurídico internacional marco de las nuevas relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas?

Precisamente, los argumentos o bases legales por medio de los cuales se exige el respeto de los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas encuentran su mayor apoyo en el Convenio 169 de la OIT: *Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

Convenio que en los Estados que lo han ratificado, se debe exigir su aplicación. En aquellos que no lo han hecho, debe ser guía para orientar las políticas públicas del Estado y promover su ratificación.

El Convenio 169 de la OIT es el instrumento jurídico más completo y específico para garantizar el reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Principios como consulta, participación y autodeterminación son bases que impulsan dicho

Las quejas, consultas e inquietudes de los habitantes indígenas de Costa Rica que se plantearon ante la Defensoría de los Habitantes con el fin de lograr mediar entre esta población y las autoridades penales, para lograr un puente de comunicación y resolución de las demandas insatisfechas de estos habitantes, se logró determinar que:

1. Las autoridades judiciales no aplican el Convenio 169 de la OIT citado ni las resoluciones de la Sala Constitucional sobre la materia, provocando una evidente incongruencia en la vida jurídica nacional. 2. El Despacho Judicial no cuenta con intérpretes de idiomas indígenas, por lo que cuando es posible, llaman a alguien del pueblo para que les traduzca. 3. El sistema de notificaciones no es aplicable a sus habitantes ya que viven en montañas, en cientos de kilómetros cuadrados, provocando que muchas causas fueran simplemente archivadas por falta de acción procesal. 4. Los funcionarios administrativos de los Despachos Judiciales no están capacitados para atender a la población indígena de la localidad, y por el contrario, la aplicación de criterios urbanos como el de Bribri en Salamanca, donde en la entrada del Despacho se indicaba en un rótulo que se prohibía entrar con pantalones cortos, camisetas de tirantes y chancletas (típica forma de vestimenta de las personas indígenas de la localidad), constituyen discriminaciones contra esta población. 5. Los funcionarios judiciales generalmente esperan en su oficina la recepción de las pruebas, testimonios, etc., sin desplazarse, en la mayoría de los casos, a la propia comunidad indígena y conocer de su propia mano la cotidianidad de sus pobladores. 6. A los denunciantes indígenas no se les explica el proceso y la necesidad de continuar e impulsar sus etapas para evitar el archivo de los casos. 7. A los habitantes indígenas no se les comunica la posibilidad de negociación o arreglo que podrían llegar las partes, en satisfacción de

convenio y que marcan una **nueva forma de relacionar** a los Estados con los pueblos indígenas.

Precisamente, en el apartado siguiente se verá cómo el *Ombudsman* posibilita esta nueva relación.

Recapitulación:

- En las últimas décadas, los pueblos indígenas han emergido como actores políticos y sociales relevantes en toda la región.
- En la mayor parte de los países de la región, han proliferado organizaciones indígenas desde el nivel local, regional, nacional, hasta el supranacional. Esto les ha permitido canalizar sus demandas frente a los Estados.
- En los últimos años, los movimientos indígenas han reclamado un conjunto de demandas hacia los Estados donde habitan. Estas pueden dividirse en demandas de **carácter individual y colectivo**. Las primeras apuntan a poner fin a la discriminación económica, social, cultural y política. Sin embargo, el mayor énfasis de los movimientos indígenas se ha dirigido hacia el segundo grupo de reclamos por introducir modificaciones jurídicas y políticas que les permitan desarrollarse como pueblos. En este segundo ámbito, se identifican: **1. El derecho a la autodefinition y a un estatus legal; 2. El Derecho a la tierra y al territorio; 3. La identidad cultural; 4. La Organización social y El Derecho Indígena; y 5. La participación política.**
- Especial importancia reviste el Derecho Propio, Derecho Indígena o Derecho Consuetudinario, tanto para los pueblos indígenas, como por los grandes desafíos que presenta para los operadores de administración de justicia estatal.
- Se conoce como Derecho Indígena o Derecho Propio el conjunto de normas y procedimientos, basados en los usos y costumbres, pero no limitados a ellos, que los

intereses determinados, bajo las previsiones de la ley. Por ello, no comprenden cómo puede hablar por ellos con la parte demandada y solucionar en su nombre diversas situaciones sin explicación alguna. 8. El Sistema de Justicia Penal no cuenta con la posibilidad de recurrir a peritajes antropológicos que permitan ubicar al juzgador en la dinámica de la vida indígena. 9. La intervención penal provoca poca satisfacción de intereses en litigio de la comunidad indígena si no contempla su cultura a la hora de resolver un conflicto. 10. Generalmente, sólo los casos más graves (homicidios, lesiones graves, etc.) son remitidos por las autoridades indígenas a la justicia estatal para encontrar una solución viable. 11. En casos donde se juzga a miembros de la comunidad indígena sin consultar a las autoridades comunales sobre los mismos, produce dobles juzgamientos (por la comunidad y por el Estado), desperdicio de recursos y poca efectividad entre sus miembros. 12. Algunos territorios indígenas cuentan con un Tribunal Consuetudinario que conoce de los conflictos internos y resuelve sus propios conflictos acorde con su cosmovisión, como respuesta al deterioro de las principales instituciones indígenas producto de las invasiones y procesos de asimilación estatal de décadas anteriores, que hicieron que la resolución de conflictos por los ancianos de las comunidades se perdiera. Por ello, un grupo de dirigentes indígenas se dio a la tarea de estudiar cómo resolvían sus antepasados, qué hacían para encontrar arreglos internos, qué tipo de sanciones aplicaban, etc., por lo que crearon un Tribunal Consuetudinario que actualmente cumple estas tareas. Ellos mismos han optado por escribir muchas de sus resoluciones como una forma de hacerlas valer posteriormente dentro del proceso penal de la justicia estatal, como un medio de prueba de respeto por el

pueblos indígenas usan para regular sus asuntos internos, como sistema de control social.

- El que todas las personas - independientemente de su sexo, origen nacional o étnico y sus condiciones económicas, sociales o culturales - tengan la posibilidad real de llevar cualquier conflicto de intereses (sean individuales o colectivos) ante un sistema de justicia y de obtener su justa resolución, entendiéndose por sistema de justicia todos los medios para atender y resolver conflictos, que sean reconocidos y respaldados por el Estado, es lo que la doctrina de los derechos humanos reconoce hoy como acceso a la justicia.
- Los principales argumentos o bases legales por medio de los cuales se exige el respeto de los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas, encuentran su mayor apoyo en el Convenio 169 de la OIT *Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Convenio que en los Estados que lo han ratificado, se debe exigir su aplicación y en aquellos que no lo han hecho, debe ser guía para orientar las políticas públicas del Estado y promover su ratificación.

Debido Proceso Penal, según lo ha establecido la propia Sala Constitucional del país²⁷.

27 Corte Suprema de Justicia (Contraloría de Servicios del Poder Judicial), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Defensoría de los Habitantes de Costa Rica: *Taller para operadores de Administración de Justicia: pueblos indígenas en Costa Rica*, Auditorio Plaza de la Justicia, 12 de setiembre de 2003.

III. Ombudsman y pueblos indígenas

Objetivos:

- Sensibilizar a las personas funcionarias de los *Ombudsman* sobre las necesidades de brindar una atención especializada a los pueblos indígenas en el reclamo de sus derechos humanos específicos.
- Establecer las principales razones que justifican la intervención del *Ombudsman* en la relación de los pueblos indígenas con los Estados.
- Brindar una mirada regional a la atención especializada de algunos *Ombudsman* de la región.

¿Por qué es necesario que el Ombudsman intervenga en la relación entre el Estado y los pueblos indígenas?

Históricamente, los pueblos indígenas han sufrido la discriminación y exclusión social, política y económica respecto del resto de la sociedad no indígena o dominante en los Estados. Ocupan los peores índices de desarrollo humano de la región. Los pueblos indígenas han sido invisibilizados por las sociedades coloniales y por los actuales Estados y, por ende, se mantienen al margen de cualquier beneficio previsto para el resto de la población. Adicionalmente, han sufrido el despojo de sus territorios, el quebranto de su cultura, el irrespeto de sus instituciones espirituales, sociales, políticas, jurídicas y culturales. En suma, se les ha tratado de negar la forma de amar y vivir, acorde con su mundo en interrelación con las sociedades actuales.

Estas condiciones, entre otras, provocan que los habitantes originarios del continente se encuentren en condiciones de gran desventaja que, sumado a la posesión de riquísimos idiomas ancestrales distintos al idioma español, se conviertan en barreras que impiden el acceso a servicios públicos básicos.

Según la Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario del Departamento de Desarrollo Sostenible del Banco Interamericano de Desarrollo (BID):

...Comparado con la riqueza de sus civilizaciones y sus recursos naturales en épocas precolombinas, los pueblos indígenas han sufrido desposesión de sus tierras ancestrales, empobrecimiento y marginalización. Estudios preliminares del Banco Mundial y del BID, así como los mapas de pobreza de varios países demuestran, utilizando indicadores convencionales de pobreza, un alto grado de correlación entre pertenencia a un grupo indígena e índices de pobreza. Basado en los Indicadores Mundiales del Desarrollo 2002, la gran mayoría de la población indígena pertenece a los estratos más pobres, definidos en los términos convencionales del ingreso promedio por día, lo cual implica que la población indígena representaría entre el 20% y el 25% de la población que subsiste bajo la línea de pobreza. Pese a las grandes migraciones hacia zonas urbanas y el extranjero, se estima que entre el 60% y el 70% de los indígenas viven en zonas rurales, lo que representa entre el 45% y el 50% de la población rural pobre...

Pero aquí radica el gran desafío: cómo brindar **condiciones adecuadas** que les permitan desarrollarse en forma armónica con la naturaleza; acorde con sus patrones culturales; en consulta con sus autoridades; con la participación de la comunidad indígena en la toma de decisiones; en sus propios idiomas; y mediante procesos educativos interculturales bilingües, entre otros.

Aquí es precisamente donde el *Ombudsman* presenta su mayor posibilidad de acompañamiento a los pueblos indígenas, ya que por su naturaleza estatal de control y mediación, es una instancia democrática, inclusiva de sectores excluidos, sensible a los problemas sociales, consciente de las necesidades de sus ciudadanos, con poder de diálogo y convocatoria, legítima por su persuasión para hacer valer sus criterios.

Estas características le permiten mediar como buen componedor entre las necesidades específicas como pueblos indígenas y el Estado, haciéndolas valer como reclamos legítimos ante el sector público. Más que una instancia de denuncia, que también la es, el *Ombudsman* puede y debe (por mandato legal de su creación) acompañar a estos ciudadanos en la lucha de sus derechos fundamentales. Así: talleres, reuniones y capacitaciones con el sector público y con las comunidades indígenas, permiten visualizarlos como ciudadanos de primer orden. La educación, promoción y difusión complementan, adecuadamente, este proceso de acompañamiento.

Por supuesto que las investigaciones temáticas y la casuística de las quejas y denuncias por atropellos a sus derechos humanos, marcan el horizonte y la guía de actuación para el *Ombudsman* en la región.

Pero sobre todo, aunado a lo anterior, la facilidad de acceso a la institución, es decir que los pueblos indígenas como los demás habitantes, no requieran de presentación de cédulas de personerías jurídicas que acrediten y validen su representación para consultar o interponer una denuncia de la más variada naturaleza. Siendo sus trámites gratuitos y obligando a las autoridades estatales a contestar de sus gestiones con consecuencias jurídicas por sus actuaciones, convierten a esta institución en un excelente aliado de los pueblos indígenas.

*En la **región centroamericana**, cuentan con una entidad interna especializada o, en su defecto, brindan una atención específica a los pueblos indígenas, la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, la Procuraduría de los Derechos Humanos de Nicaragua y la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica.*

*Se tiene a disposición información de **otros países** de la región que cuentan con esta misma atención especializada en pueblos indígenas, a saber: el Defensor del Pueblo de Bolivia, la Defensoría del Pueblo de Colombia, la Defensoría del Pueblo de Ecuador, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México y la Defensoría del Pueblo de Perú.*

*Se destaca el caso de la **Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador** que, luego de diez años de creación, recientemente (el 8 de agosto del año 2005) creó la Mesa Permanente de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, la cual es un espacio democrático generado por la PDDH con el objeto de coordinar esfuerzos con las diferentes instituciones estatales y de la sociedad civil vinculadas al tema, para incidir, desde las diferentes perspectivas e intereses de acción de sus integrantes, en la solución de los problemas relacionados con la población indígena.*

La Mesa Permanente es también una oportunidad para el monitoreo, análisis y discusión de las políticas públicas de protección a los pueblos indígenas, para incidir en su efectividad, mediante la formulación de pronunciamientos sobre hechos concretos de violación a derechos humanos.

Si se analizan detenidamente estas razones, puede coincidir en que no existe otra instancia (al menos en el presente o mediano plazo) que sea capaz de realizar todas estas acciones.

Frente a estas bondades de la institución, el compromiso debe ser mayor.

¿Qué son capaces de transformar los Ombudsman para la reivindicación de los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas?

Los pactos, los convenios, las declaraciones, los textos constitucionales o legales, por sí mismos no cambian la realidad. Son principios teóricos que deben desarrollarse en la vida cotidiana. Los *Ombudsman* permiten ser esa especie de hilo conductor entre la norma y la práctica. Podría decirse que hacen posible vivir los derechos humanos.

Necesariamente, para ello, se requiere de la exigencia al Estado y sus representantes de lo previsto en las normas jurídicas. Los derechos se reclaman y se exigen con respeto pero con vehemencia. Esto significa que los procesos que se escojan para hacerlos valer deben asegurar en última instancia el goce y disfrute de los mismos.

Esto lo saben muy bien las personas que laboran cotidianamente en las oficinas de *Ombudsman*. Pero, es probable que la apropiación de los derechos específicos de los pueblos indígenas se encuentren aún en procesos de consolidación interna institucional.

Para ello, con la finalidad de ampliar ese horizonte, se presentan algunas opiniones de los propios indígenas.

¿Qué opinan los pueblos indígenas sobre la atención del Ombudsman?

Algunas organizaciones indígenas centroamericanas consultadas²⁸ para saber qué pensaban de esta institución en sus países, cuál había sido su experiencia y qué recomendaciones sugerían a esta instancia, indicaron que el *Ombudsman* es una:

Además, la Mesa Permanente es un punto de enlace para la reflexión, intercambio y coordinación de acciones de las diferentes iniciativas sobre la problemática indígena salvadoreña y su entorno internacional.

Para concretizar, este esfuerzo, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos tiene la tarea de trasladar a la sociedad en general los resultados e iniciativas producto de la experiencia de análisis, discusión y propuesta que se refieran a la labor específica de defensa, protección y promoción de los derechos humanos, que se realizan al interior de la Mesa Permanente.

La Mesa Permanente no agota ni limita el quehacer específico y autónomo de quienes la integran, sino que, por el contrario, pretende enriquecerlo desde los principios constitucionales que rigen la labor de la PDDH.

Conformación: *La Mesa Permanente está conformada por organizaciones de la sociedad civil, nacionales e internacionales, que tienen interés en el trabajo con los pueblos y organizaciones indígenas y buscan soluciones a los problemas que los afectan; garantizando el goce pleno de los derechos y libertades desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas.*

La PDDH participa en la Mesa Permanente por medio de la señora Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, Doctora Beatrice Alamanni de Carrillo, con el apoyo directo de la Procuraduría Adjunta de los Derechos Civiles e Individuales.

28 Consulta realizada por el IIDH en setiembre y octubre de 2003 por Javier Rodríguez O. en calidad de consultor del Programa Derechos Humanos y Pueblos Indígenas del IIDH a cargo de la señora Cristina Zeledón (Oficial de Programas), en Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá que permitió entre otras cosas establecer posteriormente la **Red de Atención a Pueblos Indígenas** por parte de las Oficinas de Ombudsman de estos países.

- Entidad **estatal especializada** que vela por el cumplimiento de las obligaciones del sector público, para con las comunidades indígenas.
- Entidad **eficiente** para que los pueblos indígenas sean **escuchados** (tanto por el sector público como por la empresa privada y la sociedad civil en su conjunto).
- Es un **asesor jurídico** de confianza para las comunidades indígenas en el reclamo de sus derechos fundamentales: canal de denuncias, acciones legales y mecanismos de protección.
- Su sola **presencia** es un apoyo y respaldo para los pueblos indígenas en su cotidiana lucha de **acompañamiento** y movilización de las autoridades públicas.
- Los **informes** son una **herramienta** fundamental de apoyo en la interrelación entre entidades públicas y comunidades indígenas.
- El **abordaje interdisciplinario** y novedoso produce avances concretos en sus resultados, como la aplicación del Convenio 169 de la OIT.
- Instancia que abre el **diálogo** entre el Estado y los habitantes indígenas.
- Su papel de **observador** de procesos ejerce una **presión** sobre los funcionarios (incluyendo al poder judicial), para la resolución de los problemas planteados por los pueblos indígenas ante las distintas instancias correspondientes.
- Sus canales de **acceso informales** eliminan los mecanismos burocráticos del Estado.
- Permite el **equilibrio** entre las partes en conflicto por la credibilidad de la institución.

Objetivos de la Mesa: El objetivo general de la Mesa Permanente es: desarrollar un espacio de participación ciudadana con el propósito de monitorear e incidir en las políticas públicas orientadas a la protección de la población indígena de El Salvador, formulando propuestas y pronunciándose sobre hechos concretos de violación a derechos humanos con relación a los pueblos indígenas. Son objetivos específicos de la Mesa:

- a) Analizar la situación de la población indígena mediante el intercambio y sistematización de información, la generación de diagnósticos, la organización de talleres y todas las actividades que en este sentido se acuerden;
- b) monitorear la implementación de las políticas del Estado salvadoreño que tengan que ver con las poblaciones indígenas;
- c) promover el análisis y reflexión sobre la problemática de los pueblos indígenas con el propósito de generar propuestas de normativa interna e internacional concerniente a los derechos de los pueblos indígenas;
- d) promover la inclusión de las propuestas surgidas de la Mesa en la formulación de las políticas de Estado en esta materia;
- e) visualizar las necesidades políticas locales de los pueblos indígenas, para el ejercicio pleno de sus derechos políticos;
- f) todo aquello que la Mesa Permanente acuerde en cumplimiento de su objetivo general;
- g) participación de la mujer indígena.

- Espacio estatal de **respeto y tolerancia**.
- Sus posibilidades de intervención de oficio permiten que el **miedo a denunciar** sea superado.
- Capacidad de **mediación** en los conflictos.
- Capacidad de **convocatoria y divulgación**.
- Especie de auditoría **social, ética y de valores** en la sociedad.
- Espacio que permite la **presencia de organizaciones indígenas** en talleres, reuniones, eventos de capacitación, entre otros.
- Capacidad de crear y/o fortalecer **políticas públicas**.

¿Qué deben fortalecer las oficinas de Ombudsman en su atención a los pueblos indígenas?

Cada país cuenta con un *Ombudsman* con distintos años de funcionamiento y realidades históricas y étnicas distintas, por lo que los habitantes indígenas señalaron:

- Es necesario contar con una persona destacada (responsable) de la atención institucional hacia las poblaciones indígenas, por medio de quien puedan informar, consultar y dar seguimiento a las causas planteadas por sus habitantes.
- Debe incorporarse la especificidad indígena (al igual que existe una especificidad de género, adolescencia, adulto mayor, etc.) en la institución que aún no la tenga, como mecanismo de tutela de los derechos humanos fundamentales de esta población para el reconocimiento de sus necesidades particulares.

Acciones principales: Se ha propuesto la definición de acciones en torno a:

- a) La participación de la comunidad indígena en la discusión de temas de interés nacional relacionados al futuro del país, así como el conjunto de sus derechos políticos.
- b) Elaborar un diagnóstico de la situación de los derechos humanos y de las personas indígenas.
- c) Pronunciarse sobre situaciones de afectación a derechos humanos y establecer enlaces de trabajo con organismos homólogos de los países vecinos, invocando la protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuanto a los derechos humanos de los pueblos indígenas.
- d) Sensibilizar a la población sobre la problemática indígena.
- e) Difundir el contenido de los convenios, tratados y convenciones internacionales en materia indígena, así como sugerir e impulsar la adhesión y ratificación de nuestro país, de aquellos instrumentos que promuevan y garanticen el respeto irrestricto a los derechos humanos de los indígenas.

Ejes prioritarios: En virtud de lo anterior, son ejes prioritarios de trabajo, debido a la gravedad de su situación actual y, por tanto, a la urgencia de la protección de sus derechos, los siguientes:

- 1.Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.
- 2.Ratificación del Convenio 169 de la OIT.
- 3.Derecho a ejercer la espiritualidad.
- 4.Derecho a ejercer la medicina ancestral.
- 5.Derechos culturales.

Coordinación: la coordinación de la Mesa Permanente está bajo la responsabilidad de la PDDH, la cual será asumida por la persona de la señora Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, quien contará con el apoyo técnico de

- La atención de los pueblos indígenas debe ser un tema transversal en la institución.
- Incorporar personas indígenas (profesionales, técnicos o no) en la institución, como forma de enlace con las comunidades indígenas y como promotores de la propia institución.
- Conformar comisiones con indígenas para la consulta y asesoramiento institucional.
- Capacitar abogados y funcionarios en el tema específico de la cultura indígena, su cosmovisión, abordaje y resolución de conflictos.
- Crear planes de trabajo conjuntamente con los habitantes indígenas.
- Fortalecer la presencia de la institución en áreas rurales con una alta población indígena.
- Actualizar y capacitar a las personas funcionarias del *Ombudsman* sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas.
- Apoyar la conformación de una Red de Atención a Pueblos Indígenas por parte de las oficinas de *Ombudsman* de Centroamérica.

¿Qué opinan las oficinas de Ombudsman sobre su atención a los pueblos indígenas?

Entre las principales labores institucionales para con los pueblos indígenas indicaron:

- La promoción de los Derechos Indígenas y Derechos Humanos.
- La defensa de los pueblos indígenas, tomando en cuenta su cosmovisión a partir de los derechos económicos, sociales y culturales.

la Procuraduría Adjunta de los Derechos Civiles e Individuales, cuyo Procurador Adjunto sustituirá en la coordinación a la señora Procuradora en caso de ausencia.

La difusión de los resultados e iniciativas, producto del trabajo de análisis, discusión y propuesta, llevado a cabo al interior de la Mesa Permanente, se constituirán en posición oficial de la misma, únicamente cuando, gozando del consenso de sus miembros, sus pronunciamientos o acciones se inscriban dentro del mandato constitucional de la PDDH, en atención a su naturaleza institucional y a su labor de defensa y promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Dentro de ese marco, impuesto por sus atribuciones constitucionales y legales, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos es la encargada de difundir los resultados e iniciativas que surjan de la Mesa Permanente.

Dinámica de trabajo: *Las reuniones de la Mesa se realizan una vez cada quince días. Se conforman, además, comisiones de trabajo de acuerdo a intereses y experiencia. Finalmente, se indica que los temas por tratar están consignados en una agenda previamente establecida, con la posibilidad de modificarla o ampliarla, según se estime conveniente al inicio de cada reunión²⁹.*

29 Ariel E. Dulitzky, “*Jurisprudencia y práctica del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos relativa a los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros*”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y niños, niñas y adolescentes*. IIDH, 2004. Tomo I.

- La fiscalización de las instituciones públicas y seguimiento de sus políticas públicas.

En relación con los **principales obstáculos** institucionales para la atención de los pueblos indígenas mencionaron:

- La falta de presupuesto institucional que permita contar con el personal técnico y equipo logístico adecuado.
- Las escasas posibilidades de capacitación del personal institucional.
- Los problemas para coordinar con las organizaciones indígenas.
- La falta de reconocimiento de los derechos específicos de los pueblos indígenas.
- La imposición de una monocultura en las instituciones democráticas de los Estados.
- La falta de programas especializados destinados a la atención de los pueblos indígenas.

Entre las principales **fortalezas** institucionales para la atención de los pueblos indígenas manifestaron:

- La disponibilidad de instrumentos jurídicos institucionales que les permiten intervenir en la reclamación de derechos humanos fundamentales frente a los Estados.
- La credibilidad institucional a lo interno de los países.
- La capacidad de incidencia en las políticas públicas.
- La existencia de un movimiento reivindicatorio de los pueblos indígenas.

Caso de Queja por daño ambiental y social intolerable de la Defensoría del Pueblo de Perú³⁰.

La Defensoría acogió a tramitación la queja formulada por el pueblo urarina, sentando la doctrina del caso bajo la denominación Conciencia de Grupo y Principio Precautorio (Informe Defensorial N° 47. Pueblo Urarina; conciencia de grupo y principio precautorio; en http://ombudsman.gob.pe/modulos/Downloads/informes/informe_47.pdf).

El Consejo Urarina del río Marañón (CURCHA) recurrió a la Defensoría y accionó colectivamente en defensa de la sobrevivencia del pueblo urarina y del medio ambiente afectados por el vertimiento de sustancias tóxicas en las aguas de las quebradas de Pucayacu y Hormiga, generando daños socialmente intolerables, producto de emisión de metales que sobrepasaban los límites admitidos. La contaminación provenía de una tubería que arrojaba desperdicios tóxicos a las quebradas y de la cual era responsable la empresa petrolera Plus Petrol Perú Corporation.

La reclamación del Consejo Urarina activó un mecanismo legal incorporado al derecho ambiental peruano cual es el principio precautorio, el que permite actuar de manera inmediata en defensa del medio ambiente y que ha sido activado por la Defensoría para responder al caso sometido a su consideración. Este principio ha sido reconocido en el derecho peruano a través de la Carta de la Tierra, el Convenio de Diversidad Biológica, Cambio Climático, todos ratificados y vigentes en el ordenamiento jurídico interno.

30 Caso presentado por José Aylwin, *Estudio documental sobre el marco normativo e institucional del Ombudsman y los derechos indígenas en América Latina*, marzo de 2005.

- La presencia de organismos internacionales que desde sus funciones apoyen a las instituciones del *Ombudsman* en la defensa de los pueblos indígenas.
- La posibilidad de contar con el apoyo de la cooperación internacional en lo técnico, financiero y como respaldo moral a la gestión del *Ombudsman* en este campo.

Sobre los aspectos que deberían **mejorarse** en la institución para un mejor desempeño de sus labores citaron:

- Sensibilizar y capacitar a las personas funcionarias desde la cosmovisión indígena, a fin de incidir adecuadamente en sus demandas.
- Definir un plan estratégico para la atención de esta población.
- Incorporar personal indígena en la atención de la temática de los pueblos indígenas, así como en otros temas vinculados como medio ambiente.

Con la finalidad de **mejorar la relación** de la institución para con las organizaciones indígenas acotaron:

- Establecer un mecanismo institucional de intercambio de información.
- Fortalecer los lazos de cooperación mutua.
- Apoyar el fortalecimiento de las organizaciones indígenas.

¿Existe alguna experiencia regional de Ombudsman en la atención a los pueblos indígenas?

Sí, la **Red** de Atención a Pueblos Indígenas por parte de los *Ombudsman* en Centroamérica es una instancia de asesoría especializada en el tema indígena coordinada por el IIDH, creada en el año 2003 con el fin de fomentar el establecimiento y consolidación de acciones de atención específica hacia los pueblos indígenas, a través de la creación o fortalecimiento de oficinas especializadas o de otras instancias.

La primera acción promovida por la Defensoría fue efectuar una investigación sobre la situación particular de la población urarina y sus recursos naturales, de conformidad al artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo No 613, de la que da cuenta el informe 47 en análisis.

El marco legal dentro del cual tiene lugar la actuación de la Defensoría es el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política de 1993), así como garantizar el derecho a la identidad étnica y cultural de los integrantes de pueblos indígenas (artículo 2, inciso 19; artículo 2, inciso 16; artículos 70 y 89 del texto constitucional). También, ha considerado la Defensoría que en el caso debe considerarse el artículo 69 de la Constitución Política que promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía e impone al Estado la obligación de promulgar y hacer efectiva una legislación adecuada al efecto.

La Defensoría consigna en su informe que la Amazonía es un espacio donde existe la mayor biodiversidad biológica del planeta, donde moran ancestralmente pueblos indígenas y, por tanto, a través de su Oficina Regional de Iquitos establece como criterios de intervención en dicho territorio la interculturalidad y el respeto al medio ambiente.

La contaminación de las aguas fue constatada con un informe elaborado por la Facultad de Ingeniería Geológica, Minera y Metalúrgica de la Universidad Nacional de Ingeniería, conforme a las muestras proporcionadas por el Centro para el Desarrollo del Indígena Amazónico (CEDIA), el que fue puesto a disposición de la Defensoría por este último organismo. Los resultados de los análisis fueron interpretados por un químico especialista quien

La Red desarrolla actividades de sensibilización, capacitación, promoción y difusión de los derechos humanos y los derechos indígenas, tanto entre las personas funcionarias, como en aquellas personas que laboran en las instituciones públicas vinculadas a estas comunidades y a las propias organizaciones de los pueblos indígenas.

Fortalece el acompañamiento a los pueblos indígenas en cada país y el intercambio de información entre las oficinas de *Ombudsman* y las organizaciones indígenas, en aspectos relevantes como tierra y territorio, identidad, salud, educación, cultura, medio ambiente, propiedad intelectual, combate al racismo y la discriminación racial y étnica, la aplicación o ratificación de instrumentos internacionales, así como la legislación interna y jurisprudencia relacionadas, y otros temas de interés y utilidad para el desarrollo de estos pueblos.

Desarrolla y fortalece mecanismos de monitoreo y rendición de cuentas de los instrumentos internacionales y la legislación interna establecidos por los Estados, las políticas públicas, los presupuestos de gastos sociales y todos aquellos aspectos que afectan el desarrollo de los pueblos indígenas.

Finalmente, la Red puede ser un centro de difusión de las sentencias, consultas y opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¿Cómo podría lograrse o mejorarse la atención especializada del Ombudsman a los pueblos indígenas?

La existencia de una entidad, un programa, una unidad o una dirección interna específica con personal a cargo del tema indígena, es fundamental. Es la plataforma sobre la cual se puede diseñar institucionalmente una política de atención a esta población.

A partir de la existencia de una persona responsable del tema en la institución, la importancia que este adquiera en la entidad, dependerá de la confianza generada en el trabajo conjunto con los pueblos indígenas y de la relevancia que el titular de la misma sea capaz de generar.

confirmó los hechos denunciados y recomendó la pronta intervención de la autoridad.

Acreditada en este caso la veracidad de la denuncia, las actuaciones defensoriales más relevantes fueron las siguientes:

- *Recomendó a la Dirección General de Hidrocarburos realizar una acción rápida y efectiva en defensa del medio ambiente, de los recursos naturales y de los derechos culturales afectados, de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo No 613, en aplicación del principio precautorio como principio general del derecho interno peruano y del Convenio 169 de la OIT.*
- *Sugirió a la Dirección General de Hidrocarburos, la realización de un monitoreo ambiental continuo durante un año, a fin de recabar información más detallada y determinar, si fuere el caso, las responsabilidades y las sanciones correspondientes. Para estos efectos, se dejó constancia que debieran participar activamente los representantes del pueblo indígena urarina, a través de sus organizaciones representativas.*
- *Solicitó a la Dirección General de Hidrocarburos que verificara la existencia del contrato de servidumbre, de conformidad a la Ley Orgánica de Hidrocarburos No 26221, artículo 82 y 83, entre la empresa Plus Petrol Perú Corporation y una de las Comunidades Nativas directamente afectadas, Santa Cecilia de Pucayacu.*

Debe tenerse presente que el trabajo con los pueblos indígenas requiere ganarse la confianza de su población meta, la cual ha sufrido procesos históricos de exclusión e intentos de exterminio que han creado una resistencia, justificada, hacia la labor que para con ellos pueda realizarse.

Esta confianza se gana por medio del trabajo arduo, sistemático, continuo, pero sobre todo, comprometido y validado por los indígenas mismos. En la medida en que esto sea posible, así será la legitimidad del mismo.

Teniendo esto presente es importante señalar que:

- Debe tenerse claridad en evitar imponer criterios que es lo que tradicionalmente se ha hecho. Para ello, la consulta y participación de (y con) las comunidades indígenas, es indispensable.
- Es necesario ubicar geográficamente (en mapas) las comunidades, áreas o territorios indígenas, a fin de conocer las distancias, zonas, clima, tiempos de recorrido, medios de transporte, entre otros, que son necesarios para llegar a dichos sitios.
- A partir del conocimiento de la ubicación geográfica, las visitas a sus comunidades son indispensables para interactuar en su medio. Únicamente conociendo su forma de vida de primera mano, *in situ*, es posible redimensionar en su magnitud las riquezas culturales, espirituales y sociales de los pueblos indígenas. Frente a estas riquezas milenarias, contradictoriamente afloran las precarias condiciones de salud, vivienda, infraestructura, seguridad, agua potable y carencia de servicios básicos en general.
- Incorporar traductores de idiomas indígenas en la institución, o al menos contar con ellos para las giras y consultas de los usuarios indígenas frente a esta instancia, es parte de la facilidad del acceso a dicha instancia.
- Tener a personas indígenas, técnicas y profesionales, como parte del personal institucional, genera mayor confianza a la población meta y es posible que mejore los canales de comunicación con sus ciudadanos.

- Sugirió al Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana las siguientes acciones específicas:

1. Establecimiento de un monitoreo ambiental en la zona afectada y la búsqueda de medidas de mitigación inmediatas y eficaces.
2. La coordinación de acciones a favor del pueblo indígena urarina con las instituciones que laboran en la zona, considerando que se trata de un pueblo en situación vulnerable intermedia.

- La Defensoría recordó a diversas instituciones estatales sus facultades de fiscalización y control. Entre estas instituciones se encuentran: el Organismo de Supervisión de la Inversión en Energía – OSINERG (artículo 3, inciso c y d de la Ley 26734), el Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana (artículo 20, código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo No 613, Ley 23374, artículos 2 y 3, inciso a e i) y, finalmente, a las Direcciones Regionales de Agricultura, Pesquería y Salud (artículo 10, inciso a y b, Decreto Ley No 17752, Ley General de Aguas).

- La Defensoría recordó al Ministro de Salud y al Director Regional de Salud de Loreto lo establecido en la Ley General de Salud, Ley 26842, artículo V del Título Preliminar y artículo 106, que establecen que es responsabilidad del Estado vigilar, cautelar y atender los problemas de salud ambiental y que, ante el riesgo de contaminación del ambiente, es su deber adoptar las medidas de prevención y control indispensables para que cesen los actos o hechos que ocasionan dichos riesgos. Recomienda, finalmente, la elaboración de

- La capacitación en temas indígenas a las personas funcionarias de la institución, sensibiliza y crea mayores puentes de entendimiento con los pueblos indígenas en general.
- Contar con procedimientos administrativos predeterminados que eviten innecesarios trámites burocráticos a los usuarios indígenas que accedan a la institución, es parte de la atención específica requerida por esta población.
- La coordinación interna entre las distintas áreas temáticas de la institución, y entre la sede central y las distintas sedes u oficinas regionales, maximiza esfuerzos y fortalece las acciones que benefician la atención de la población. Así como determinar si una mujer indígena que plantea una queja o consulta, lo hace como todas las ciudadanas o es, además, el componente étnico el que atrae dicha consulta. De la misma manera, cualquier área del *Ombudsman* debería incorporar la perspectiva étnica como un eje transversal de su actuación.
- Las estadísticas internas de atención a usuarios (individuales o colectivos) indígenas permite establecer un estado de la situación particular de cada región, localidad o país, y posibilita evaluarse como prestatario del servicio.
- La utilización de los censos de población y los estudios estadísticos nacionales que visualizan a esta población constituyen importantes herramientas de trabajo, que deben ser tomadas en consideración.
- Los estudios sociológicos, antropológicos, jurídicos, etc., que puedan generarse sobre los pueblos indígenas constituyen grandes aportes al trabajo de reivindicación de los derechos humanos fundamentales.
- Especial atención debe prestarse al tema de las personas indígenas privadas de libertad, las cuales por enfrentarse a la forma más violenta del sistema de administración de justicia y bajo otros parámetros culturales, enfrentan los mayores problemas de representación jurídica procesal y asistencia técnica gratuita especializada. Por ello,

una historia de la salud pública de la zona del río Chambira, a partir del comienzo de la explotación petrolera.

El informe fue remitido a todas las autoridades públicas competentes, a los afectados y a la empresa denunciada.

*El caso de la **Defensoría del Pueblo de Panamá sobre el Proyecto Hidroeléctrico Tabasará**³¹:*

El 13 de marzo del año 2000, indígenas y campesinos provenientes de las comunidades ribereñas al Río Tabasará, presentaron ante la Defensoría una queja por la posible construcción de los proyectos hidroeléctricos Tabasará N° 1 y 2. Los recurrentes argumentaron que el Estudio de Impacto Ambiental presentaba una serie de irregularidades, que no tenían conocimiento sobre el plan de indemnizaciones y tampoco sobre las tierras donde serían relocalizadas las personas afectadas al momento de ejecutarse el proyecto, ya que sus viviendas, tierras, sembradíos, cementerios y otras propiedades serían inundadas.

Para mayor ilustración acerca de los fundamentos de la denuncia, el Defensor solicitó informe a las siguientes instituciones: Ente Regulador de los Servicios Públicos, Autoridad Nacional del Medio Ambiente (ANAM) y la Dirección General de Registro Público.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos informó³² que la entidad había actuado conforme a la Ley N° 6 de 3 de febrero de 1997. Sección III sobre concesiones y licencias, y el Decreto Ejecutivo N° 22 de 19 de junio de 1998, artículo 9 relativo a la utilización de Recursos Naturales.

31 Caso presentado por José Aylwin, *Estudio Regional*, 2005.

32 Nota N° D.P.E.R. – 803, de 25 de abril de 2000.

el trabajo de la institución con el sistema penitenciario en cada país para ubicar estas personas y prestarles atención jurídica, es un tema urgente y poco estudiado por la mayoría de los Ombudsman de la región.

- El establecimiento de programas anuales realizados conjuntamente y en consulta con las comunidades indígenas permiten avanzar más allá de la casuística cotidiana, que pese a indicar los mayores campos de violación a los derechos humanos, puede marcar líneas de acción institucional de actuación con el sector público de un país.
- La unión de esfuerzos interinstitucionales con el Poder Judicial, las agencias de cooperación internacional, el Ministerio Público, la Defensa Pública, los organismos de la sociedad civil de derechos humanos, las universidades e iglesias, permite actuar coordinadamente e incidir con mayor fuerza en el sector público de los Estados.
- Finalmente, también el *Ombudsman* tiene distintas formas de acompañar a los pueblos indígenas más allá de sus fronteras, ante instancias internacionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Generalmente, emiten un aporte técnico de gran valor jurídico para que la Corte y la Comisión puedan establecer un estado de situación de los pueblos indígenas del país de procedencia. Este tipo de intervención del *Ombudsman* facilita la reparación de violaciones a derechos humanos de carácter colectivo. En ocasiones, propone soluciones alternativas, tanto para el Estado, como para los pueblos indígenas. Es una instancia que brinda un espacio independiente de negociación para las partes y de supervisión del cumplimiento de los compromisos que se puedan adquirir³³. También, cuando la Comisión emite un informe con recomendaciones o la Corte dicta una sentencia ordenando ciertas reparaciones, los *Ombudsman* pueden instar a las autoridades a cumplir las decisiones y fiscalizar su cumplimiento. Para finalizar, en situaciones urgentes que necesiten de medidas cautelares o provisionales, también el *Ombudsman* puede intervenir solicitando dichas medidas.

*La Autoridad Nacional del Medio Ambiente*³⁴ informó que el proyecto contaba con dos fases, sindicadas respectivamente con los N° 1 y 2. Se informó que el Proyecto Tabasará N° 2, fue aprobado mediante Resolución N° IA – 048 – 2000, después de un amplio proceso de participación ciudadana que había culminado con un Foro Público en la localidad de Puerto Vidal, Distrito de las Palmas, Provincia de Veraguas. Respecto al Proyecto Tabasará N° 1, se informó que éste había sido sometido a consulta pública, a través de inserciones efectuadas en dos diarios de circulación nacional³⁵, que se realizó un Foro Público el 11 de marzo del 2000 en el Distrito de Tolé, Provincia de Chiriquí y el documento relacionado había sido sometido a consideración del Ministerio de Salud, Ente Regulador y Congreso General Ngöbe – Buglé.

Del Registro Público, y a requerimiento de la Defensoría, se adjuntó la certificación de personería jurídica del Consorcio Tabasará S.A .

El Defensor, considerando la gravedad de los hechos expuestos por los quejosos, instruyó a los funcionarios del Departamento de Asuntos Ecológicos y del Departamento de Asuntos Indígenas, para que realizaran investigaciones en el área de interés del Consorcio Hidroeléctrico Tabasará. Los investigadores analizaron el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto elaborado por la Empresa Consultora Eco – Ambiente S.A. y, a pesar de lo señalado por la máxima autoridad de la ANAM, constataron que el Proyecto Hidroeléctrico Tabasará, en sus dos versiones, afectaría tierras de comunidades indí-

33 Nota N° AG – 09906 – 2000, de 24 de abril del 2000

34 Documento constitutivo de la Mesa producido por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, señor Gerardo Alegría, Procurador Adjunto de Derechos Civiles y Políticos de la PDDH. Estuvo presente en dicha constitución el 8 de agosto del año 2005 en San Salvador la Red de Atención a Pueblos Indígenas del IDH por medio de su consultor señor Javier Rodríguez Oconitrillo bajo la supervisión y dirección de la señora Cristina Zeledón, Oficial de Programas del IIDH.

35 22 y 24 de octubre de 1999.

Recapitulación:

- Históricamente, los pueblos indígenas han sufrido la discriminación y exclusión social, política y económica respecto del resto de la sociedad no indígena o dominante en los Estados. Ocupan los peores índices de desarrollo humano de la región. Los pueblos indígenas han sido invisibilizados por las sociedades coloniales y por los actuales Estados y, por ende, se mantienen al margen de cualquier beneficio previsto para el resto de la población. Adicionalmente, han sufrido el despojo de sus territorios, el quebranto de su cultura, el irrespeto de sus instituciones espirituales, sociales, políticas, jurídicas y culturales.
- Estas condiciones, entre otras, provocan que los habitantes originarios del continente se encuentren en condiciones de gran desventaja. Por ello, cómo se les puede brindar **condiciones adecuadas** que les permitan desarrollarse en forma armónica con la naturaleza; acorde con sus patrones culturales; en consulta con sus autoridades; con la participación de la comunidad indígena en la toma de decisiones; en sus propios idiomas; y mediante procesos educativos interculturales bilingües, entre otros.
- El *Ombudsman* presenta una gran variedad de posibilidades de acompañamiento a los pueblos indígenas, ya que por su naturaleza estatal de control y mediación, es una instancia democrática, inclusiva de sectores excluidos, sensible a los problemas sociales, consciente de las necesidades de sus ciudadanos, con poder de diálogo y convocatoria, legítima por su persuasión para hacer valer sus criterios.
- Una de las mayores ventajas que presenta el *Ombudsman* para los pueblos indígenas es la facilidad de acceso a la institución, es decir, que las comunidades indígenas al igual que los demás habitantes, no requieran de presentación de cédulas de personerías jurídicas que acrediten y validen su representación para consultar o interponer una denuncia de la más variada naturaleza. Siendo sus trámites gratuitos, y obligando a las autoridades estatales a contestar de sus gestiones con consecuencias jurídicas por sus actuaciones, convierten a esta institución en un excelente aliado de los pueblos indígenas.

genas, campesinas y áreas anexas de propiedad de la Comarca Ngöbe – Buglé y que los afectados no fueron consultados.

Los indígenas y campesinos se opusieron al proyecto propiciando reuniones, concentraciones y movilizaciones, que contaron con el apoyo de la Defensoría y en ocasiones con la presencia del Defensor, quien incluso lideró algunas marchas.

Como resultado de estas movilizaciones, tuvo lugar una reunión en donde el Gobierno, representado por el Viceministro de Gobierno y Justicia, asumió el compromiso de conformar una Comisión Interinstitucional que evaluara las externalidades negativas y positivas del proyecto y, en particular, eventuales irregularidades en los Estudios de Impacto Ambiental y en los trámites de concesión, en cuyo caso se solicitaría la suspensión de los mismos. El acuerdo no progresó por inasistencia del gobierno y el asunto provisionalmente fue resuelto en la instancia judicial (Defensoría del Pueblo, Informe Especial Pueblos Indígenas, 2000).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, suspendió transitoriamente los efectos de la resolución ambiental que autorizaba la ejecución del Proyecto Tabasará N° 2 que se encontraba en ejecución. El fallo se sustentó en que la resolución impugnada no respetó lo dispuesto en el Título VII de la Ley General del Ambiente sobre Pueblos y Comarcas Indígenas, que establece la exigencia del Estudio de Impacto Ambiental y el consentimiento previo de los pueblos indígenas en los proyectos que van a afectar sus territorios, lo que a su vez se sustenta en los artículos 48 y 50 de la Ley 10 de 1997, Ley de la Comarca Ngöbe – Buglé (Valiente, 2003).

- Los pactos, los convenios, las declaraciones, los textos constitucionales o legales, por sí mismos no cambian la realidad. Son principios teóricos que deben desarrollarse en la vida cotidiana. Los *Ombudsman* permiten ser esa especie de hilo conductor entre la norma y la práctica. Podría decirse que hacen posible vivir los derechos humanos.
- Una experiencia regional para fortalecer la atención especializada de los *Ombudsman* a los pueblos indígenas es la Red de Atención a esta población por parte de las Oficinas de *Ombudsman* de Centroamérica como una instancia de asesoría especializada en el tema indígena coordinada por el IIDH, creada en el año 2003 con el fin de fomentar el establecimiento y consolidación de acciones de atención específica hacia los pueblos indígenas, a través de la creación o fortalecimiento de oficinas especializadas o de otras instancias.
- El primer paso para que el *Ombudsman* pueda brindar una atención especializada es **la existencia de una entidad, un programa, una unidad o una dirección interna específica con personal a cargo del tema indígena**. Es la plataforma sobre la cual se puede diseñar institucionalmente una política de atención a esta población que tenga en consideración: 1. Claridad en evitar imponer criterios que es lo que tradicionalmente se ha hecho. Para ello, la consulta y participación de (y con) las comunidades indígenas, es indispensable. 2. Es necesario ubicar geográficamente (en mapas) las comunidades, áreas o territorios indígenas, a fin de conocer las distancias, zonas, clima, tiempos de recorrido, medios de transporte, entre otros, que son necesarios para llegar a dichos sitios. 3. Las visitas a sus comunidades son indispensables para interactuar en su medio. Únicamente conociendo su forma de vida de primera mano, *in situ*, es posible redimensionar en su magnitud las riquezas culturales, espirituales y sociales de los pueblos indígenas. 4. Incorporar traductores de idiomas indígenas en la institución, o al menos contar con ellos para las giras y consultas de los usuarios indígenas frente a esta instancia. 5. Tener a personas indígenas, técnicas y profesionales, como parte del personal institucional genera mayor confianza a la población meta y es posible que mejore los canales de comunicación con sus ciudadanos. 6. La capacitación en temas indígenas a las personas

Cabe consignar que el asunto no quedó resuelto en definitiva. Mediante Ley N° 15 del año 2001, artículos 11 y 12, el Parlamento panameño modificó la Ley 10 de 1997 que crea la Comarca Ngöbe – Buglé, estableciendo que sólo las obras que en su totalidad se encuentren localizadas en la Comarca Ngöbe – Buglé necesitarán Estudios de Impacto Ambiental y participación de las comunidades indígenas. El 25 de mayo del 2001 se interpuso recurso de inconstitucionalidad en contra de los artículos 11 y 12 de la Ley 15 de 2001.

El caso de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica sobre el Derecho a la salud y seguridad social en territorios indígenas³⁶.

La Defensoría ha recibido muchas quejas en relación a la situación del derecho a la salud en los territorios indígenas. El informe anual de 2002 destaca las necesidades más evidentes en este campo, identificando entre estas, la insuficiencia en el número de Centros de Salud Comunal –denominados como Equipos Básicos de Atención Integral de Salud (EBAIS) - en los territorios indígenas; la inexistencia de traductores de lenguas indígenas para comunicarse con los médicos y precisar sus dolencias, así como para entender las indicaciones de estos profesionales; la necesidad de que las prescripciones escritas sean expedidas tanto en español como en la lengua hablada en la respectiva comunidad indígena; la urgencia en armonizar las medidas sanitarias con las costumbres, prácticas religiosas o culturales propias de cada comunidad indígena; una modificación de los horarios de atención de acuerdo a las particularidades de cada comunidad indígena, dado que al habitar en zonas boscosas, geográficamente alejadas o de difícil acceso, es necesario tomar en consideración estas circunstancias para brindar un servicio más acorde con sus

36 Caso presentado por José Aylwin, *Estudio documental*, 2005.

funcionarias de la institución, sensibiliza y crea mayores puentes de entendimiento con los pueblos indígenas en general. 7. Contar con procedimientos administrativos predeterminados que eviten innecesarios trámites burocráticos a los usuarios indígenas que accedan a la institución. 8. La coordinación interna entre las distintas áreas temáticas de la institución, y entre la sede central y las distintas sedes u oficinas regionales, maximiza esfuerzos y fortalece las acciones que benefician la atención de la población. 9. Las estadísticas internas de atención a usuarios (individuales o colectivos) indígenas permite establecer un estado de la situación particular de cada región, localidad o país, y posibilita evaluarse como prestatario del servicio. 10. La utilización de los censos de población y los estudios estadísticos nacionales que visualizan a esta población constituyen importantes herramientas de trabajo para ser tomadas en consideración. 11. Los estudios sociológicos, antropológicos, jurídicos, etc., que puedan generarse sobre los pueblos indígenas, constituyen grandes aportes al trabajo de reivindicación de los derechos humanos fundamentales. 13. Especial atención debe prestarse al tema de las personas indígenas privadas de libertad. El trabajo de la institución con el sistema penitenciario en cada país para ubicar estas personas y prestarles atención jurídica, es un tema urgente. 14. El establecimiento de programas anuales realizados conjuntamente, y en consulta con las comunidades indígenas, permiten avanzar más allá de la casuística cotidiana. 15. La unión de esfuerzos interinstitucionales con el Poder Judicial, las agencias de cooperación internacional, el Ministerio Público, la Defensa Pública, los organismos de la sociedad civil de derechos humanos, las universidades e iglesias, permite actuar coordinadamente e incidir con mayor fuerza en el sector público de los Estados. 16. Finalmente, también el *Ombudsman* tiene distintas formas de acompañar a los pueblos indígenas, más allá de sus fronteras, ante instancias internacionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

particularidades culturales y sociogeográficas; y la necesidad de que se identifiquen las necesidades particulares según condición de género y edad. (Mesa Nacional Indígena, 2005).

Una acción concreta desarrollada por la Defensoría en materia de salud y seguridad social indígena fue la investigación de oficio sobre la emisión de un criterio por la Asesoría de Validación de Derechos de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), que establecía la prueba documental (cédula de identidad) como instrumento válido para la demostración de la nacionalidad de personas indígenas que requerían servicios de salud. Se trata de una situación que, a juicio de la Defensoría, podía derivar en una presunción de la extranjería de algunas personas gnöbe (guaimíes) que aún no cuentan con este documento. Así, la Defensoría señaló a las autoridades de esa institución que al no realizar ninguna salvedad en cuanto a la situación de los indígenas dadas sus particularidades culturales, podía afectar sus derechos.

En las respuestas brindadas a esta institución, tanto la Asesoría de Validación de Derechos, como la División Administrativa de la CCSS, indicaron que el derecho a la salud de todas las comunidades indígenas del país se garantizaba en el Convenio CCSS-CONAI. Sin embargo, de la revisión integral de este acuerdo, la Defensoría no logró constatar que existiera alguna referencia a la situación objeto de análisis, ni que se hubiera establecido procesos de afiliación especiales para los trabajadores indígenas costarricenses, que a la fecha no han obtenido la cédula de identidad.

Por ello, la Defensoría recomendó a la CCSS que para el caso de la demostración de la nacionalidad costarricense de esta población indígena se aplicara un proceso similar al ordenado por la Sala Constitucional al Registro Civil, en el cual, atendiendo a la realidad de algunas comunidades indígenas, se

ordenará flexibilizar el trámite de demostración de la nacionalidad, reemplazando el requisito de presentación de testigos con cédula de identidad, por la presentación de testimonios de personas de buenas costumbres miembros de la comunidad indígena.

La CCSS acogió las recomendaciones emitidas por la Defensoría en abril de 2004,³⁷ adoptando como medidas: sustituir el actual convenio CCSS / CO-NAI, por convenios individuales firmados entre la CCSS y cada una de las Asociaciones de Desarrollo Integral de los 24 territorios indígenas de Costa Rica; modificar el criterio que establecía la cédula de identidad como única forma de comprobación de la nacionalidad para las poblaciones indígenas; y asumir el compromiso de realizar peritajes socioculturales en todos los procesos administrativos que afecten directamente a las comunidades indígenas.

Lo anterior se suma a otras medidas en favor de las comunidades indígenas que en el 2004 ha gestionado la CCSS y en las cuales la Defensoría ha tenido un papel de intermediador, como en el proceso de apertura de la Clínica en Suretka en Alta Talamanca, así como ha brindado asesoría y seguimiento al programa de letrinización en los territorios indígenas de Alto y Bajo Chirripó. (Defensoría de los Habitantes; Informe 2003-2004)

Finalmente, **José Manuel Echandi, Defensor de los Habitantes, presenta la posición de la Defensoría de Costa Rica en relación con la Administración de Justicia y los Pueblos Indígenas: “Un llamado al Poder Judicial para la democratización de la Justicia como un servicio público de calidad con humanismo”³⁸.**

La Administración de Justicia es un **servicio público básico** que debe ser **eficiente, justo y transparente**. Para ello, es necesario atender las necesidades diferenciadas de sus usuarios (etnia, género, edad, etc.) y que comprenda que todas ellas deben llevar la transversalidad de género que cambie la cultura androcéntrica del Derecho.

En este sentido, las principales denuncias de los usuarios del Poder Judicial son **la falta de espacios físicos, la pérdida de expedientes, el maltrato a sus usuarios, y la falta de apoyo a la capacitación para atender un público específico**.

Para la Defensoría se requiere reformar el acceso a la Administración de Justicia así como el propio Poder Judicial se ha cometido a la tarea de **evaluarse por medio de comisiones, en procura de un servicio independiente, competente e imparcial**.

Se destaca en este sentido la concepción que implica la **igualdad ante la ley** frente a las desigualdades de hecho.

Todo ello, implicará la **democratización de la Justicia como un servicio público de calidad con humanismo**.

A la luz del Artículo 74 de la Constitución Política respecto a la tutela judicial, debemos destacar que para cumplir con este artículo debe incorporarse:

- La capacitación con transversalidad de género y multiculturalidad.
- La incorporación de intérpretes en materia civil y de familia, y no sólo en materia penal.
- El acceso al servicio para que exista igualdad

de condiciones, lo cual requiere tomar en cuenta la lejanía de los lugares donde habitan los pueblos indígenas y los horarios que el poder judicial establece para estas zonas.

- Realizar visitas coordinadas de los operadores jurídicos a las comunidades indígenas.
- Tomar en cuenta los perímetros de notificación en estos lugares y sus plazos.
- Adecuar las medidas de protección a las condiciones de vida de estas poblaciones.

Por otra parte, es necesario destacar la necesidad del reconocimiento al **pluralismo jurídico** por medio de los siguientes elementos fundamentales:

- La implementación de los peritajes culturales por medio de estudios socioantropológicos.
- El respeto por los medios alternativos de resolución de conflicto propios de las comunidades indígenas en respeto de su derecho indígena e instituciones de representación jurídica de las asociaciones de desarrollo integral indígena de sus territorios.
- El respeto al derecho de consulta (de buena fe) como una forma de transparencia y respeto cultural antes de ejecutar medidas susceptibles de afectación a sus miembros (así contemplado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos # 2-82).
- La transversalidad de género que rompa con los estereotipos de hombres y mujeres, y tome en cuenta sus diferencias y culturas diversas.

Lo anterior en procura de una **Justicia respetuosa de la diversidad, solidaridad y equidad**.

37 Informe Final 15910-2004-DHR de fecha 22 de abril del 2004.

38 Caso presentado por Javier Rodríguez O, Consultor del IIDH en un taller de capacitación a operadores de administración de justicia: Corte Suprema de Justicia (Contraloría de Servicios del Poder Judicial), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Defensoría de los Habitantes de Costa Rica: *Taller para operadores de Administración de Justicia: Pueblos Indígenas en Costa Rica*, Auditorio Plaza de la Justicia, 12 de setiembre de 2003.

IV. Ejercicio final

Objetivo:

- Analizar en la práctica con casos concretos la intervención del *Ombudsman* en el tema indígena.
- Abrir un espacio de diálogo y acciones concretas entre el *Ombudsman* y los pueblos indígenas de cada país.

Una vez que se ha concluido la lectura y análisis de esta Guía, se propone el siguiente ejercicio de reflexión final. La finalidad del mismo es tratar de poner en práctica algunas de las principales ideas expuestas.

1. Identifique en un mapa de su país cuáles son las áreas, regiones, comunidades o territorios indígenas de su país.
2. Averigüe cómo se llega a ellas (medios de transporte, distancia, etc.) y cuáles son sus principales necesidades básicas.
3. ¿Dónde se encuentran las oficinas más cercanas del *Ombudsman* a las comunidades indígenas señaladas en el punto No.1?
4. ¿Tiene el *Ombudsman* de su país un área, defensoría, dirección, programa o proyecto encargado del tema pueblos indígenas?
5. ¿Cuáles han sido los informes, investigaciones, acciones o diligencias judiciales realizadas en el último año bajo este tema?
6. Averigüemos cuántas visitas ha realizado el personal de la institución a las comunidades indígenas de su país y cuáles han sido los principales resultados de las peticiones o casos presentados por las personas u organizaciones indígenas.
7. Luego de estas preguntas, ¿podría afirmar que en su país el *Ombudsman* brinda una atención especializada a los pueblos indígenas en el reclamo de sus demandas?
8. Finalmente, propongámosles a los líderes indígenas la creación o consolidación de un posible plan de trabajo consensuado con los pueblos indígenas y conozcamos su opinión.

De ser posible, nos gustaría saber cuáles fueron los resultados de este ejercicio y sus comentarios sobre la presente Guía, para lo cual le invitamos gentilmente a tomar contacto con nosotros, ya sea vía electrónica a los siguientes correos: czeledon@iidh.ed.cr / jrodriguez@iidh.ed.cr / acastaneda@iidh.ed.cr / lgonzalez@iidh.ed.cr, o vía telefónica al (506) 234-04-04.

Anexo 1. Términos conceptuales

Se presentan, a continuación, algunos términos utilizados por la doctrina internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, a fin de facilitar la comprensión y utilización de este material por parte del lector.

Derecho Propio o Derecho Indígena:

Se denomina Derecho Indígena o Derecho Propio al conjunto de normas y procedimientos, basados en los usos y costumbres, pero no limitados a ellos, que los pueblos indígenas usan para regular sus asuntos internos, como sistema de control social. Este conjunto no sólo se limita a las regulaciones referentes a los asuntos contenciosos (solución de conflictos, aplicación de penas por violación de las reglas), sino que incluye regulaciones relativas al manejo territorial (uso y acceso), espiritual y a asuntos de carácter civil y de regulación de las autoridades, en muchos casos difíciles de separar del conjunto de las prácticas culturales cotidianas de estos grupos. Las autoridades que aplican estas regulaciones pueden ser diferentes (centralizadas, segmentarias o mágico religiosas) y concomitantes. Por último, estos derechos por lo general corresponden a tradiciones jurídicas ancestrales de carácter regional, preexistentes a los ordenamientos jurídicos nacionales, que se encuentran con diferentes grados de afectación, cambio y vigencia en los pueblos indígenas de la región.

Discriminación positiva:

Norma, decisión judicial, política pública o directriz oficial cuya puesta en práctica busca lograr la igualdad de oportunidades para las mujeres, los pueblos indígenas o afrodescendientes u otras poblaciones socialmente discriminadas en relación con las socialmente favorecidas.

Es una respuesta a una necesidad; es temporal, obligatoria y legal; no es un fin en sí misma ni perjudica a terceros; es un mecanismo para neutralizar los desequilibrios derivados de la etnia, el género o la condición socioeconómica, entre otras causas de discriminación.

Exclusión social:

Condición que perjudica a ciertos individuos o grupos sociales de acceder a servicios sociales de calidad, a los mercados laborales y de crédito, a condiciones físicas y de infraestructura adecuada, al sistema de justicia y al cumplimiento de sus derechos de propiedad. Es una escasez crónica de oportunidades de participación social y política. Este concepto está ligado al de pobreza. Según Amaritha Sen, el origen de la exclusión está en las fallas y deficiencias de los procesos y formas de relacionarse, tanto de los individuos como de los grupos sociales. La injusticia y arbitrariedad inherentes al concepto de exclusión social están directamente vinculadas a este origen relacional.

Invisibilización:

Desvalorización y negación de la existencia de las poblaciones discriminadas en términos políticos, sociales y económicos. También, el trato igual sin tomar en cuenta sus diferencias y necesidades específicas, es una manifestación de la invisibilización a la que son sometidas dichas poblaciones, y se traduce en discriminaciones y omisiones en la formulación de las leyes y las políticas públicas.

Pueblos indígenas:

Pueblos indígenas, comunidades y naciones indígenas, son aquellas que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades preinvasivas y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintas de otros sectores de las sociedades actualmente dominantes en estos territorios o en parte de ellos. Ellas son actualmente un sector no dominante de la sociedad y están determinadas a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su continuidad como pueblos, en concordancia con sus propias instituciones sociales, sistemas legales y culturales.

Se afirma, también, que son pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial... los pueblos en países independientes por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas... la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones (del Convenio 169 de la OIT).

Anexo 2. Algunos derechos específicos de los pueblos indígenas

Algunos otros derechos indígenas colectivos tutelados por el Convenio 169 de la OIT, son:

- *El derecho a comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales, facilitándoseles intérpretes u otros medios eficaces.*
- *Derecho a sus prácticas religiosas y espirituales, las cuales deben ser protegidas y respetadas.*
- *El respeto por el patrimonio ancestral natural.*
- *Derecho al uso, participación, administración y conservación de los recursos naturales.*
- *Derecho a los beneficios de la explotación de recursos existentes en los territorios indígenas.*
- *Derecho a la protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo.*
- *A no ser discriminado en materia de seguridad social.*
- *A la salud y utilización de la medicina tradicional.*
- *A una educación adecuada que responda a sus necesidades y abarque su historia, conocimientos, técnicas y sistemas de valores y aspiraciones sociales, económicas y culturales.*
- *A una educación bilingüe que incluye el derecho a aprender, leer y escribir en sus propios idiomas.*

Bibliografía

Alegría, Gerardo, Procurador Adjunto de Derechos Civiles y Políticos de la PDDH. *Documento constitutivo de la Mesa producido por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador*, agosto 8 de 2005.

Aylwin, José. *Estudio documental sobre el marco normativo e institucional del Ombudsman y los derechos indígenas en América Latina (Estudio de caso de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá y Perú)*. IIDH: marzo 2005.

Aylwin O., José. *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes, Históricos y Tendencias Actuales*, Documento presentado en la “Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios”, convocada por la Organización de Estados Americanos a celebrarse en Washington D.C. el 7 y 8 de noviembre de 2002.

Aylwin, José. *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos*. Vol. I, Santiago de Chile, Naciones Unidas, Unidad de Desarrollo Agrícola. 2002

Barié, Cletus Gregor. *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama regional*. CD /BID (2004), 1a edición, México, 2000: Instituto Indigenista Interamericano (III, México) e Instituto Nacional Indigenista (INI, México).

Campaña Educativa sobre Derechos Humanos y Derechos Indígenas. IIDH: San José, Costa Rica, 2003.

Convenio 169 de la OIT: *Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*. OIT: San José, Costa Rica, 1999.

Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. San José, Costa Rica: IIDH, 2001.

Dulitzky, Ariel E. *Jurisprudencia y práctica del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos relativa a los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros*, S.F

González, Lorena. *El Defensor del Pueblo. La experiencia Latinoamericana*. S. F.

Iturralde, Diego. *Pueblos Indígenas, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Discriminación*. (Texto preparado para el Seminario de Expertos sobre Racismo, Discriminación, Xenofobia y otras Formas de Inequidad. Santiago, Chile.). IIDH, S.F.

Moreno, María Camila. *Estudio sobre la Atención a las Personas y Pueblos Indígenas en la Defensoría del Pueblo de Colombia*. IIDH: Bogotá, 2004.

Propuesta del IIDH al BID: *Sistema de información regional de Derecho Consuetudinario Indígena*. Elaborada por Diego Iturralde y Cristina Zeledón. Colaboraron Javier Rodríguez O y Amilcar Castañeda. San José, Costa Rica: febrero de 2005.

Revista IIDH No.40, San José, Costa Rica: IIDH, julio-diciembre 2004.

Rodríguez Oconitrillo, Javier. *Consulta para el establecimiento de la Red de Atención a Pueblos Indígenas por parte de las Oficinas de Ombudsman en Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá*. IIDH (Programa Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Combate al Racismo a cargo de Cristina Zeledón - Oficial de Programas -): octubre de 2003.

Rodríguez Oconitrillo, Javier. *COMENTARIOS SOBRE TIERRA Y TERRITORIO: EL CASO DE PARAGUAY Y PANAMA*. SOBRE: “Tierra y territorialidad Indígena en el Paraguay”, por Rodrigo Juan Villagra Carron, y “Tierra y territorio indígena en Panamá”, por Héctor Huertas G. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: agosto de 2003.

Stavenhagen, Rodolfo. *Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia*. IIDH: San José, Costa Rica, 2001

Stavenhagen, Rodolfo. “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, en *Entre la Ley y la Costumbre*. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos: México, 1990, p.27-28. Citado por Mallol Vicente C.

