



IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Ombudsman y derechos indígenas en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional



BANCO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO

 Asdi

AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

**OMBUDSMAN Y DERECHOS INDIGENAS
EN AMERICA LATINA:
ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE
EL MARCO NORMATIVO
E INSTITUCIONAL**

José Aylwin



BANCO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO



AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

© 2006 Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Reservados todos los derechos

323.7
I59o Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Ombudsman y derechos indígenas en América Latina :
estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional
-- San José, C.R. : Instituto Interamericano de Derechos
Humanos, 2006. 846 p.; 21.59 x 13.97 cm.

ISBN 9968-917-48-6

1. OMBUDSMAN 2. DERECHOS DE LOS INDÍGENAS
3. AMÉRICA LATINA I. Título

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:

José Alwin Oyarzún
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

Víctor Rodríguez Rescia
Revisión cualitativa

Jacinta Escudos
Revisión de Estilo

Diagramación y Artes Finales
Magdalena Hidalgo S.

Unidad de Información y Servicio del IIDH
Asesoría Editorial

Impresión
Mundo Gráfico 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

Índice

Presentación	7
Introducción	15
I. Los pueblos indígenas y el reconocimiento de sus derechos en América Latina	21
II. Los Defensores del Pueblo u <i>Ombudsman</i> y otras instituciones de promoción y defensa de los derechos humanos en América Latina	55
III. Estudio de caso	85
1. Bolivia	85
2. Colombia	141
3. Costa Rica	208
4. Ecuador	282
5. Guatemala	334
6. México	403
7. Nicaragua	494
8. Panamá	552
9. Paraguay	614
10. Perú	657
IV. Análisis comparado	735
1. Tendencias generales	735
2. Actuación de los Ombudsman en materia de derechos de los pueblos indígenas	754

3.	Mejores prácticas	780
4.	Principales problemas, vacíos y/o obstáculos identificados	791
5.	Recomendaciones	802
	Anexos	821
1.	América Latina: Población indígena censada y estimaciones por países (1990-2000)	821
2.	Evaluación de las Constituciones Latinoamericanas en materia de derechos indígenas	822
3.	Reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario indígena en América Latina	823
4.	Conclusiones y recomendaciones del Seminario de expertos sobre pueblos indígenas y administración de justicia (Madrid, 2003)	825
5.	Principios de París (1993)	835
6.	Indicadores de progreso relativos al <i>Ombudsman</i> y a los derechos de los pueblos indígenas en América Latina	840

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.

Desde el punto de vista de la doctrina de los derechos humanos, el acceso a la justicia puede ser considerado en sí mismo como un derecho, garantizado en el ordenamiento internacional y en el orden interno y constituido por un conjunto de otros derechos: debido proceso, defensa oportuna, gratuidad.

Los progresos en el campo de la impartición de justicia resultan insuficientes para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y el acceso al servicio por parte de éstos. Aun 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, Procuraduría o Comisión 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 por parte de éstos. 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.

Como se demuestra en la presente publicación, 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 legislaciones, supervisar el cumplimiento de convenios internacionales. En países con presencia de población indígena se puede apreciar un incremento permanente de la recepción de quejas provenientes de personas y comunidades que tienen que ver con 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, que tiene 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 a nivel local.

La construcción de la gobernabilidad democrática, especialmente en países con poblaciones indígenas importantes, no será posible sin su inclusión y participación activa. Para el IIDH la condición de estos pueblos es un hecho permanente y estable y su reconocimiento es un punto de partida fundamental para el respeto y promoción de sus derechos. En ese sentido, 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.

Cabe destacar el trabajo articulado de la Red de Atención a Pueblos Indígenas surgida en el seno del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (CCPDH). Otro elemento que ha vigorizado los procesos de sensibilización y capacitación sobre el tema es el impulso por el IIDH de la Campaña Educativa en Derechos Indígenas.

El proyecto “Acceso a la Justicia de las personas y pueblos indígenas” –del cual esta publicación es el primer producto– y que abarca diez países de América Latina, 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 objetivo es contribuir al mejoramiento del acceso a la justicia mediante el fortalecimiento de los servicios que pueden ofrecer para este propósito las oficinas del *Ombudsman*.

El proyecto incluyó cuatro estudios de caso sobre las experiencias de atención a los derechos de los pueblos indígenas por las oficinas de *Ombudsman* en Bolivia, Colombia, Guatemala y Nicaragua. También se realizó un estudio documental comparado sobre el marco normativo e

institucional del *Ombudsman* en diez países (además de los primeros, Ecuador, Perú, Paraguay, México, Panamá, Costa Rica), para tener un perfil regional de atención de los derechos de los pueblos indígenas por estas instituciones.

Los estudios apuntan a la identificación de buenas prácticas, formulación –concertada con los interesados– de estrategias institucionales de atención a los pueblos indígenas por parte de las oficinas de Ombudsman, estrategias de capacitación a funcionarios de las defensorías y dirigentes de organizaciones indígenas para un mejor aprovechamiento de los recursos de la institución del *Ombudsman*, tanto en la protección de los derechos colectivos, como en el diseño de políticas públicas tendientes a mejorar el acceso a la justicia de los pueblos y comunidades indígenas, y finalmente generar propuestas de medidas de acción que solventen los problemas de acceso a la justicia de las personas y los pueblos indígenas en cada uno de los países concernidos.

La publicación que a continuación presentamos “*Ombudsman y Derechos Indígenas en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional*” permite identificar las tendencias en la relación de las oficinas de *Ombudsman* y los derechos de los pueblos indígenas en diez países, señalamos algunas de ellas:

- Existe una tendencia latinoamericana por la incorporación progresiva en los ordenamientos jurídicos de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, amparado por el derecho internacional. Se reconoce también la multietnicidad y pluriculturalidad de las sociedades de la región y de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas tales como idiomas, colectividad de la tierra, derecho consuetudinario o indígena, autogobierno y recursos naturales, entre otros.

- La mayoría de las oficinas de *Ombudsman* desarrollan acciones de protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, y se registran peticiones atendidas en la totalidad de sus funciones convencionales. Éstos acuden al *Ombudsman*, porque consideran que es la única entidad accesible que siendo estatal, puede controlar el actuar del Estado y hacer justiciable sus derechos. Son pocos los países que no han implementado una instancia especial para la atención de las peticiones de los pueblos indígenas, esto constituye un requisito esencial para su tratamiento adecuado.
- Las actuaciones del *Ombudsman*, en la mayoría de los Estados analizados, se enmarcan en el mandato amplio que la Constitución y las leyes les otorgan para la protección y la defensa de los derechos humanos de los ciudadanos. No encuentran fundamentación jurídica específica de su accionar con relación a los pueblos indígenas. Esto la debilita en relación a las actuaciones en otras materias que le son expresamente encomendadas.
- Casi todas las funciones del *Ombudsman* fueron usadas para la atención de las peticiones de los indígenas: investigación, mediación y conciliación y la educación y promoción en derechos humanos. La investigación se dan por quejas o denuncias de personas o pueblos indígenas ante la violación de derechos colectivos o individuales, así como de aquellas asumidas de manera de oficio por la institución. Estudios y análisis profundos dan cuenta de la gran labor que desempeñan en este campo. La mediación se ha convertido en una función recurrente de esta instancia ante la conflictividad de los países. La educación, junto a la investigación, promoción y difusión, constituye una de las funciones más relevantes en esta materia.

- Los *Ombudsman* disponen de facultades para promover reformas legales, perfeccionar el ordenamiento jurídico vigente o sugerir ratificaciones o suscripciones de tratados internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, las actuaciones de procuración o el impulso de actuaciones jurisdiccionales y/o administrativas como el interponer recursos y darles seguimiento e interponer acciones de inconstitucionalidad, son actuaciones efectivas para el resguardo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. No obstante el uso de estas facultades ha sido muy limitado.
- En muchas ocasiones los derechos de los pueblos y personas indígenas son vulnerados por la actuación no sólo del Estado, sino de particulares. Tal es el caso de empresas que impulsan proyectos de inversión en territorios indígenas que resultan lesivos para sus derechos sobre la tierra y los recursos naturales, la consulta previa, entre otros. Las oficinas de *Ombudsman* no se encuentran facultadas para intervenir en estos casos, lo que constituye una grave limitante en su actuación en favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas que debe ser subsanada.

Son muy valiosas las recomendaciones y desafíos sugeridos por el estudio para superar la serie de vacíos y limitaciones identificados en las diversas experiencias nacionales analizadas.

Con la certeza en que esta publicación sirva no sólo como referencia útil de estudio y valoración del trabajo que realizan las oficinas de *Ombudsman* para hacer más justiciable los derechos de los pueblos indígenas, sino también como una reafirmación de nuestro respaldo en su tarea de velar por los derechos humanos de sus pueblos.

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). Vayan los reconocimientos a las oficinas de *Ombudsman*, organizaciones indígenas y expertos de los países que cubren las investigaciones, por el apoyo decidido en todas las fases del proyecto.

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 trabajo que aquí se presenta, titulado “Estudio documental sobre el marco normativo e institucional del *Ombudsman* y los derechos indígenas en América Latina”, constituye un intento por dar cuenta de los esfuerzos que los Defensores del Pueblo, las Procuradurías y Comisiones de Derechos Humanos y otras instituciones afines creadas en los últimos años en América Latina, realizan en favor de la promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas y de las personas que los integran.

Este trabajo, que ha sido encomendado por el Proyecto de Acceso a la Justicia de Personas y Pueblos Indígenas del Programa de *Ombudsman* y Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), consta de cuatro capítulos en los que se abordan distintas materias que han sido previamente definidas por el IIDH.

En el capítulo I se entregan antecedentes históricos de los pueblos indígenas en América Latina y del tratamiento que se les diera durante el período colonial y luego bajo los gobiernos republicanos. Asimismo, se da cuenta de los procesos de emergencia indígena verificados en las últimas décadas en la región, así como de las principales demandas que sus organizaciones hoy plantean, demandas que incluyen el reconocimiento en su favor de un conjunto de derechos colectivos de carácter político, territorial y cultural, y que

apuntan hacia la creación de nuevas formas de relación con los Estados en que habitan. En el mismo capítulo se hace un análisis de los avances experimentados en años recientes en el derecho interno de los Estados de la región, posibilitando el reconocimiento gradual de los derechos reclamados por los indígenas. También se da cuenta de las tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, el que a través de tratados internacionales y de los lineamientos de las instancias que los aplican e interpretan como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a pueblos indígenas, ha dado un importante respaldo a sus derechos.

En el capítulo II se analizan las Oficinas de *Ombudsman* como instituciones de protección y promoción de derechos humanos y su desarrollo en América Latina en las últimas décadas, en especial a partir de los noventa con el establecimiento de los Defensores del Pueblo, las Procuradurías y Comisiones de Derechos Humanos. Se identifican además, las principales características de estas instituciones, así como las facultades que les son otorgadas por mandato constitucional y/o legal para el desarrollo de su labor. Se señalan los principios que deben orientar la gestión de los *Ombudsman* (Principios de París), así como los estándares mínimos que se exigen para su establecimiento y funcionamiento adecuado como entidades de promoción y defensa de los derechos humanos. Se analizan finalmente las principales funciones que desempeñan los *Ombudsman*, así como los lineamientos que deberían orientar su actuación más efectiva de protección y promoción de derechos de los pueblos y personas indígenas.

El capítulo III, el más extenso e importante de este trabajo, constituye un estudio de casos sobre los *Ombudsman* y los derechos indígenas en diez países de la región, incluyendo Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú. En el caso de México, dadas las características particulares de su

federalismo, y a requerimiento del IIDH, se hace un análisis específico sobre la misma materia únicamente en el caso del estado de Oaxaca. En este capítulo se incluye información histórica y actual sobre los pueblos indígenas que habitan en estos Estados, así como sobre el marco jurídico existente en ellos relativo a los derechos humanos en general y a los derechos indígenas en particular. Se incluye además información relativa al reconocimiento por parte de estos Estados del derecho consuetudinario indígena, así como de la situación del acceso de los pueblos indígenas a la justicia en cada contexto. Se analizan en detalle las bases constitucionales –cuando las hay– y legales de las Defensorías, Comisiones, Procuradurías de Derechos Humanos e instituciones afines, y de las instancias en ellas existentes para el tratamiento de los derechos de los pueblos y personas indígenas. Se da cuenta de las principales acciones impulsadas por estas entidades en la protección, promoción, mediación e investigación, en relación con los derechos de las personas y pueblos indígenas. Se hace un análisis sobre el rol que ellas han desempeñado en esta materia, incorporando, cuando fue posible, la percepción pública e indígena, e intentando identificar en cada caso sus mejores prácticas, así como sus principales vacíos u obstáculos. Finalmente se formulan una serie de recomendaciones con miras a potenciar su actuación a favor de los derechos indígenas y de posibilitar un mayor acceso de los indígenas a la justicia. Para los efectos de este estudio, entendemos por acceso a la justicia no sólo el que se logra a través de la administración de justicia estatal, sino también el que se materializa a través de otras vías de solución de conflictos que incluyen, entre otras, las de carácter administrativo y las soluciones alternativas obtenidas a través de los mecanismos de negociación, mediación y arbitraje¹.

1 Cf. Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Acceso a la Justicia y Equidad. Un estudio en siete países de América Latina*. José Thompson, coordinador académico. San José, Costa Rica. 2000.

En el capítulo IV se hace un análisis comparado de los Ombudsman considerados en este estudio de casos y de su actuación en materia de derechos indígenas. En dicho análisis se incluye la comparación de los marcos jurídicos que les han dado vida, y de las actuaciones de estas entidades en favor de los derechos indígenas; de los principales vacíos, obstáculos y limitantes que enfrentan para el desarrollo de una labor más efectiva en este ámbito; así como de las mejores prácticas que han impulsado con miras a permitir un mayor reconocimiento y ejercicio de estos derechos por parte de las personas y pueblos indígenas. Además, se formulan un conjunto de recomendaciones con miras a potenciar la actuación de los *Ombudsman* para lograr una protección efectiva de sus derechos en los Estados en los que actúan, y con ello, posibilitar un mayor acceso a la justicia de las personas y pueblos indígenas.

Al final de este estudio se incluye un conjunto de anexos que aportan antecedentes relevantes a la temática que aquí se aborda, así como indicadores que intentan graficar los progresos y carencias relativos a los *Ombudsman* y a los derechos indígenas en los Estados aquí analizados.

Agradezco al IIDH, en particular a Amilcar Castañeda, Coordinador del Proyecto de Acceso a la Justicia de las Personas y Pueblos Indígenas del Programa *Ombudsman* de esta entidad, y a Lucrecia Molina, del Centro de Documentación, por el apoyo e información brindada en el desarrollo de esta investigación. Agradezco, además, el apoyo otorgado por muchos *Ombudsman*, Procuradores, Comisionados y Defensores de derechos humanos de los países en los cuales se realizó esta investigación, así como a los investigadores y dirigentes indígenas que colaboraron con el envío de información y con sus comentarios a la realización de este trabajo. Finalmente agradezco a Nancy Yáñez, a Pedro Marimany a Rodrigo Lillo,

compañeros de trabajo del Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas en Chile, por los aportes y comentarios que hicieron a él. Sin la valiosa contribución de todos ellos, la realización de este trabajo no hubiese sido posible.

Espero que esta investigación contribuya a relevar la crítica situación de los derechos de los pueblos y personas indígenas en la mayoría de los países de la región, así como los esfuerzos que los *Ombudsman* y las instituciones afines realizan para enfrentar esta realidad. Espero, además, que ella aporte información y herramientas que sirvan a los *Ombudsman* y a los propios indígenas y a sus organizaciones, para la promoción y defensa de sus derechos, entre ellos, su derecho consuetudinario, y para lograr el acceso más pleno de estos últimos a la justicia.

José Aylwin
Villarrica, Chile
Octubre de 2005

I. Los pueblos indígenas y el reconocimiento de sus derechos en América Latina

1. Antecedentes generales

1.1. Población y pueblos indígenas

Si bien las definiciones de los que son considerados como indígenas son diversas y los antecedentes censales en relación a ellos son en muchos casos poco confiables, se estima que la población indígena actual en América Latina alcanza entre 40 y 50 millones, cifra que representa alrededor de un 10 por ciento de la población total de la región (Bello y Rangel [CEPAL], 2000). Dicha población está agrupada en más de 400 pueblos o grupos identificables, los que van desde los pequeños grupos selváticos amazónicos hasta las sociedades campesinas de los Andes, que suman varios millones de personas. Junto a ello cabe agregar a la población indígena que habita en áreas urbanas del continente, la que a consecuencia de procesos migratorios, es hoy demográficamente muy significativa. Barrios indígenas proliferan en la actualidad en grandes ciudades como México (D.F.), Lima, Bogotá, Quito y Santiago, entre otras, dando origen a una nueva realidad de marginalidad indígena (Chase Smith, 2002; Bengoa, 2000).

El peso demográfico de los indígenas al interior de los Estados latinoamericanos varía también de un caso a otro,

siendo México y Perú, con alrededor de 10 millones de indígenas cada uno, los países con población indígena más numerosa de la región. Poniendo en crisis el concepto de minorías tradicionalmente utilizado para denominarlos, en países como Bolivia y Guatemala los indígenas constituyen la mayoría de la población, en tanto que en Perú y Ecuador representan alrededor de la mitad de la población total. Ello en contraste con países como Venezuela y Brasil donde la población indígena no alcanza el uno por ciento de la población total.

1.2 Antecedentes históricos

La llegada de los europeos puso término a su calidad de pueblos soberanos, siendo desde entonces objeto de procesos de subordinación jurídica, política, económica y cultural por parte de los regímenes coloniales, primero, y más tarde por los denominados “Estados nacionales”. Las ideas liberales presentes en la creación de los Estados latinoamericanos en el siglo XIX, llevaron a los gobiernos republicanos a declarar la igualdad jurídica de los indígenas al resto de la población, así como a someter sus tierras a las normas del derecho común. Como consecuencia de ello, y de los procesos de expansión económica, muchos pueblos indígenas –particularmente en áreas aptas para la agricultura– fueron desposeídos de sus tierras, y establecidos en resguardos (Colombia), reducciones (Chile) o reservas (Argentina). Durante las últimas décadas la presión de las sociedades no indígenas ha alcanzado también las áreas selváticas, como la Amazonía, despojando a los pueblos indígenas que allí viven de sus recursos naturales.

Los mismos Estados por largo tiempo promovieron la asimilación de los indígenas a las culturas dominantes, negando a través de sus ordenamientos jurídicos y de sus políticas su carácter multiétnico y pluricultural.

A lo largo del siglo XX se impulsaron en la región programas de reforma agraria tendientes a enfrentar el problema de la concentración de la propiedad de las tierras rurales en pocas manos y lograr su más justa distribución. México en la década del 10, Guatemala en la década de los 40, Bolivia en la década de los 50, y parte importante de los países de la región a partir de la década de los 60, impulsaron con distintos énfasis y con diversos resultados, reformas que apuntaban en esta dirección en el contexto de las políticas propiciadas por Estados Unidos en el marco de la Alianza para el Progreso. Si bien en países como Bolivia, Perú, Guatemala, México y Chile, los indígenas resultarían beneficiados con dichas reformas, accediendo a tierras de las que antes habían sido despojados, lo hicieron en su calidad de campesinos pobres y no de indígenas. Como regla general, no se consideraba la especificidad cultural indígena en la implementación de estos programas. Tampoco se reconocía el carácter comunal que la tierra tiene para los indígenas al dotárseles, en muchas ocasiones, en forma de parcelas individuales. Cabe subrayar además, que las reformas agrarias no fueron aplicadas a los indígenas de las denominadas tierras bajas, tales como la Amazona, ya que las tierras fueron concedidas fundamentalmente con fines agrícolas (Plant, 1991).

A partir de mediados de la década de 1940, y bajo la influencia del gobierno de México, las políticas asimilacionistas impulsadas hasta entonces por los gobiernos, son substituidas por otras de carácter indigenista. Por un lado el indigenismo reconoce y denuncia la situación de pobreza y opresión en que se encuentran los indígenas. Por otro, considera la población indígena como un obstáculo a la integración y a la unidad nacional de los países de la región así como para su progreso y desarrollo. En lo fundamental postula la integración de los indígenas a las sociedades nacionales. En teoría, al menos, sus tierras, lenguas y costumbres, deberían

ser protegidas por los Estados a través de legislaciones e instituciones indigenistas. Su desarrollo económico debía fomentarse a través del impulso de políticas especiales de apoyo al indígena. La efectividad de las políticas indigenistas para conseguir los objetivos que se propuso, incluida la protección de las tierras indígenas, es hoy cuestionada por diversos analistas (Bengoa, 2000; del Val, 1996), así como por los propios indígenas.

2. Los movimientos y las demandas indígenas emergentes

2.1 La emergencia indígena

Los pueblos indígenas han emergido en las últimas décadas como actores políticos y sociales relevantes en casi todos los países de la región. Diversos factores explican este fenómeno. Entre ellos cabe destacar las frustraciones provocadas por las reformas agrarias y políticas indigenistas impulsadas por los gobiernos; las amenazas que para su subsistencia significaron proyectos de inversión, tales como iniciativas mineras y forestales, carreteras, represas hidroeléctricas, etc., llevadas a cabo por los Estados o por particulares en sus territorios ancestrales; la marginación política y económica de la que siguieron siendo objeto al interior de los Estados; su creciente vinculación con movimientos indígenas emergentes en otras partes del mundo; y el apoyo de entidades de cooperación internacional, de organismos no gubernamentales y de entidades de derechos humanos. A ello contribuyeron, además, los procesos de democratización experimentados en diversos países de la región en las últimas décadas, así como la conmemoración del llamado “quinto centenario” de la llegada de Colón a tierras americanas, contexto en que se fortaleció la organización de los indígenas, manifestándose, entre otros hechos, en reuniones continentales, levantamientos, marchas indígenas, etc. (Assies, en Assies et al eds., 1999).

Como consecuencia de estos fenómenos, en la mayor parte de los países de la región han proliferado organizaciones indígenas con una representación que va desde lo local hasta lo supranacional, pasando por el nivel nacional. En efecto, a partir de conflictos y luchas locales, los pueblos indígenas se han organizado en comunidades, generalmente de base territorial, a través de las cuales han canalizado sus demandas y desarrollado estrategias de acción frente a las autoridades. Con el tiempo, muchas de estas organizaciones se integraron a federaciones indígenas de mayor alcance, tanto regionales, provinciales como estatales. Tales instancias, a su vez, dieron vida a otras organizaciones mayores de carácter nacional que las representaron frente a los Estados e instancias internacionales como la ONU y la OEA. Ejemplo de ello son la constitución de la Organización de Nacionalidades Indígenas de Colombia (ONIC), en 1982, de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), en 1986, la creación, en el mismo período, de la Unión de Nacionalidades Indígenas (UNI) y de la Coordinación de Organizaciones Indígenas de la Amazonía Brasileira (COIAB) de Brasil y de la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB)². Más recientemente, luego del levantamiento indígena en Chiapas en 1994, se constituyó en México el Congreso Nacional Indígena como instancia de articulación de distintos pueblos indígenas a nivel nacional. En el mismo país se conformó en la década de los noventa la Asamblea Nacional Indígena Plural por la Autonomía (ANIPA). En Perú, en tanto, en el contexto del reciente debate sobre la reforma constitucional para el reconocimiento de los derechos indígenas, se conformó la Coordinadora Permanente de los Pueblos Indígenas del Perú (COPPIP), instancia que, además de congregar a las dos principales organizaciones indígenas

2 Entidad creada inicialmente en 1982 agrupando a los pueblos indígenas del oriente boliviano.

surgidas en los ochenta en el área Amazónica y de selva, la Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP), reúne también a la Coordinadora Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería (CONACAMI). Paralelamente se conformaron en Centroamérica la Confederación de Pueblos Autóctonos de Honduras (CONPAH), la Coordinadora Nacional de Pueblos Indígenas de Panamá (CONAPIP) y la Coordinadora de Pueblos Maya de Guatemala (COPMAGUA).

Dichas organizaciones de carácter nacional han convertido a los pueblos indígenas en actores de primer orden al interior de los Estados, poniendo término a su marginación de la vida política característica del pasado.

A ello cabe agregar la creación en las últimas décadas de organizaciones indígenas supranacionales, las que han posibilitado la representación de los pueblos indígenas en los foros internacionales en que se discuten sus derechos (ONU, OIT, etc.) y apoyado las luchas indígenas en la región. Es el caso del Consejo Indio de Sud América (CISA), entidad que surgió a comienzos de los ochenta al alero del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas que, con su postura indianista, ejerció gran influencia en los procesos de organización política y social del mundo indígena, en especial en los países andinos. Más recientemente, en el contexto de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río, de 1992, se crea la Coordinadora de Pueblos Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), entidad que agrupa a organizaciones indígenas de diversos países del área amazónica. Dicha organización ha jugado un rol relevante en la definición de una estrategia de acción común de los pueblos indígenas del área frente a los procesos de expansión de los Estados e intereses privados hacia la Amazonía, logrando que los gobiernos escuchen su

voz en materias que atañen a la demarcación de sus territorios y la defensa de sus comunidades y el medio ambiente. Cabe mencionar también el surgimiento del Parlamento de la Nación Aymará, instancia creada en los años noventa con participación de antiguos integrantes del CISA. Más que una instancia de representación permanente de los aymará, es un foro que se ha reunido en varias ocasiones con participación de dirigentes aymará de Chile, Bolivia y Perú, concentrándose en temas políticos y de conservación del altiplano (Albó, en Castro y Albó coord., 2000). En Centroamérica, por su parte, surge en los 80 la Coordinadora Regional de Pueblos Indígenas agrupando a organizaciones indígenas de esta región y México. A mediados de los noventa se constituye el Consejo Indio de Centroamérica (CICA) con sede en Guatemala. En los últimos años, los movimientos indígenas han reforzado su autonomía, estableciendo alianzas estratégicas con distintos sectores de la ciudadanía en un plano de igualdad, sin renunciar a sus identidades propias e independencia como movimiento social como ocurriera en el pasado.

2.2. Las demandas indígenas

2.2.1. Demandas generales

A lo largo de las últimas décadas, dichos movimientos han ido levantando un conjunto de demandas, dirigiéndolas hacia los Estados en los que habitan. Estas demandas son de diversa naturaleza: por un lado están aquellas que tienen un carácter individual, que apuntan a poner término a las situaciones de evidente discriminación económica, social, cultural y política de la que los indígenas son objeto en la totalidad de los Estados de la región. Sin embargo, el mayor énfasis de los movimientos indígenas ha estado centrado en aquellas demandas de carácter colectivo, que apuntan a la

introducción de modificaciones jurídicas y políticas que permitan enfrentar los problemas estructurales que afectan a sus pueblos en su relación con los Estados y las sociedades no indígenas, y que no les permiten desarrollarse como pueblos.

Stavenhagen (2000) identifica en este segundo ámbito, el de los derechos colectivos, las siguientes demandas centrales de los pueblos indígenas:

- i. **El derecho a la autodefinición y a un status legal.** Sostiene que la definición del status legal de los indígenas ha sido hasta ahora una prerrogativa unilateral de los gobiernos y que las organizaciones indígenas cuestionan esta tradición y reclaman el derecho a la auto identificación, no tan sólo como una elección individual, sino además como un reconocimiento grupal y de identidad colectiva. Consistente con ello reclaman un nuevo status para los pueblos indígenas en el marco de una sociedad democrática, reclamo que en los últimos años ha incidido en reformas jurídicas constitucionales y legales que posteriormente se analizará.
- ii. **Derecho a la tierra y al territorio.** La lucha por la tierra y los derechos agrarios han estado en la base de los intentos de los indígenas por organizarse. La protección jurídica de la tierra, así como de los recursos naturales que hay en ellos (aguas, bosques, fauna, etc.), los que son considerados esencialmente como recursos colectivos, constituyen demandas centrales de los pueblos indígenas en muchos países de la región y explican conflictos sociales que les involucran. Stavenhagen sostiene que junto a los derechos agrarios, los pueblos indígenas también reclaman con insistencia sus derechos territoriales, esto es el reconocimiento y la delimitación legal de sus territorios ancestrales, ocupados en forma continua por un grupo indígena a lo largo del tiempo, y

que generalmente representan el espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo.

- iii. **La identidad cultural.** Luego de un largo período de negación cultural, y en el contexto de un proceso de renacimiento cultural conciente fomentado por las élites indígenas y militantes, los pueblos indígenas hoy reclaman el reconocimiento y desarrollo de su propia identidad cultural, la que incluye lenguas, tradiciones y manifestaciones culturales indígenas en general. Como producto de estas demandas y de la reevaluación de las políticas indigenistas, algunos gobiernos aplican hoy programas de educación bilingüe. En otros Estados las lenguas indígenas han sido reconocidas como lenguas nacionales.
- iv. **Organización social y costumbre jurídica.** Dado que el desconocimiento de la organización social local y de la costumbre jurídica por parte del sistema jurídico estatal y de la administración pública contribuye al debilitamiento y desaparición potencial de sus culturas, muchas organizaciones indígenas han planteado como objetivo su reconocimiento formal. Se demanda el reconocimiento de las formas tradicionales de autoridad local, de los mecanismos para la resolución de conflictos, de las prácticas relativas a la herencia y el patrimonio, y de los patrones de uso de la tierra y los recursos comunales. Se trata de demandas que persiguen un mayor grado de participación política de los pueblos indígenas.
- v. **Participación política.** Finalmente, los pueblos indígenas no sólo reclaman representación política en las instituciones gubernamentales (consejos municipales, legislaturas estatales, congresos nacionales), sino tam-

bién tratan de obtener el derecho a la libre determinación (reconocido en el derecho internacional), que se expresa a través de la autonomía y el autogobierno local y regional. Muchos gobiernos todavía temen a estas demandas por considerarlas un paso a la secesión y fragmentación del estado nacional. Sin embargo, sostiene el autor, las organizaciones indígenas sólo piden autodeterminación interna y mayor participación, no como una minoría, sino en su calidad de descendientes de los primeros habitantes del país, por lo tanto, como los “auténticos” representantes de la “nación”.

2.2.2. Demandas indígenas por el reconocimiento de su derecho consuetudinario

Como parte de sus demandas, los pueblos indígenas de la región reivindican la existencia de su derecho consuetudinario, también denominado un derecho propio o indígena³. Iturralde intenta conceptualizar dicha demanda señalando:

...el movimiento indio viene desarrollando una argumentación (y en general una retórica) que es congruente con el conjunto de sus planteamientos anteriores respecto de la tierra, la lengua, los sistemas de autoridad y las prácticas culturales. Sostiene la existencia de un conjunto de normas y prácticas jurídico-culturales que son anteriores y distintas al derecho nacional; que por estar ajustadas a las necesidades de la vida social y provenir de ella... son más apropiadas para la regulación del comportamiento de las comunidades y para la defensa de su ser como pueblos diversos. Considera la costumbre

3 El término “derecho consuetudinario” ha sido cuestionado por algunos indígenas en América Latina por connotar implícitamente que se está frente a un derecho de segunda categoría en relación al derecho estatal. Por ello prefieren hablar de derecho indígena o derecho propio.

como fuente primaria de un sistema jurídico alternativo, y demanda su supremacía sobre la ley general, a la que critica como impuesta e inadecuada (Iturralde, en Stavenhagen e Iturralde comp., 1990: 51).

El fundamento último de la demanda indígena por el reconocimiento y vigencia de su derecho propio se encuentra en el derecho a la libre determinación que reclaman los pueblos indígenas, y en el derecho a la autonomía como manifestación concreta y forma de ejercicio de este último derecho al interior de los estados contemporáneos. La relación entre el derecho indígena y la libre determinación se ha hecho cada vez más evidente en el contexto de los procesos de reforma de los estados que hoy se impulsan en América Latina, en parte al menos, a consecuencia de la presión indígena por el reconocimiento de sus especificidad cultural. La interrelación existente entre ambas demandas es destacada por Stavenhagen:

La negación de la identidad de los pueblos indígenas ha conllevado el no reconocimiento de sus formas autóctonas y autónomas de gobierno local, de administración de justicia y de prácticas jurídicas (derecho consuetudinario). La lucha por el derecho a la autonomía incluye por tanto el rescate y la readecuación a condiciones modernas de las formas tradicionales de gobierno y participación políticas así como el ejercicio de la justicia en los ámbitos culturales y étnicos correspondientes (Stavenhagen en Burguete coord., 1999; 15-16).

La amplitud de la demanda indígena en esta materia, sin embargo, ha llevado a los autores a intentar determinar cuales son los ámbitos que abarcaría el derecho indígena. Stavenhagen, si bien reconoce que existen tantos “derechos consuetudinarios” como pueblos indígenas diferenciados, identifica como sus componentes centrales el derecho a la

tierra, incluyendo aquí el acceso, usufructo, distribución, propiedad y transmisión de la tierra; la persecución de delitos o el derecho penal; y los procedimientos de administración de justicia (Stavenhagen, en Stavenhagen e Iturralde comp., 1990). La observación de la amplitud de materias que regulan los sistemas normativos indígenas nos puede llevar a constatar la existencia de un derecho privado indígena, el que incluiría las normas relativas a los bienes, en particular la tierra, y a las relaciones de familia, y de un derecho público indígena, que incluiría la administración de justicia, la persecución de los delitos, la organización de la comunidad o el pueblo, los sistemas de nombramiento de las autoridades indígenas, entre otros ámbitos. Al respecto, Yrigoyen señala:

Hay un gran rango de esferas de la vida social que regula el derecho indígena, variando de acuerdo a cada comunidad. Puede cubrir materias como las uniones conyugales o matrimonio, las relaciones familiares, las herencias, la tierra, el sistema de administración de recursos, la definición de los hechos dañinos socialmente (los que serían delitos) y las sanciones que se les puede aplicar (suspensión de servicios, trabajos colectivos, etcétera); así como los que le corresponde al “derecho público”, i.e. los sistemas de autoridades y cómo elegirlos, deberes y derechos de los miembros de la comunidad, los distintos servicios que deben cumplir las personas a lo largo de sus ciclo vital (Yrigoyen, en Assies et al. eds., 1999: 39).

La demanda por derecho consuetudinario no sólo se refiere al reconocimiento por parte de los Estados de la potestad de los pueblos indígenas para mantener, desarrollar, ejercer sus propios sistemas normativos y resolver sus conflictos de acuerdo a ellos en forma interna, sino también a que estos sistemas normativos sean reconocidos y acogidos por el Estado, en particular por parte de las instituciones encargadas de la administración de justicia. Stavenhagen

señala en un reciente informe sobre Administración de justicia y pueblos indígenas elaborado en su calidad de Relator de la ONU para los derechos indígenas:

Los pueblos indígenas reclaman decidida y persistentemente el reconocimiento de sus culturas y sistemas jurídicos consuetudinarios en la administración de la justicia. Se ha señalado que el no reconocimiento de los usos y leyes consuetudinarias autóctonas es indicio de la existencia de violaciones de derechos humanos que llevan a abusos en el sistema de administración de justicia. El no reconocimiento del derecho indígena forma parte de la negación de las identidades, sociedades y culturas indígenas por parte de los Estados coloniales y poscoloniales, y es una de las dificultades con que tropiezan los Estados modernos para reconocer su propia identidad multicultural. En muchos países la concepción monista del derecho nacional impide el debido reconocimiento de las tradiciones jurídicas plurales y conduce a la subordinación de los sistemas jurídicos consuetudinarios a una sola norma jurídica oficial (Stavenhagen, 2004: parág. 54).

Y luego agrega:

En esas circunstancias, las tradiciones jurídicas no oficiales apenas han sobrevivido o se han hecho clandestinas. Aunque en los tribunales se ofrece seguridad jurídica en el marco de un solo sistema judicial oficial, los pueblos indígenas, cuyo propio concepto de legalidad se ignora, sufren inseguridad jurídica en el sistema oficial y sus prácticas jurídicas suelen ser criminalizadas. En vista de la discriminación que existe en los sistemas judiciales nacionales, no es de extrañar que muchos pueblos indígenas desconfíen de éstos y que

reivindiquen un mayor control de los asuntos familiares, civiles y penales. Ello refleja diversas cuestiones relativas al autogobierno y a la libre determinación. Para subsanar las numerosas injusticias y vejaciones que sufren los pueblos indígenas en el sistema de justicia, se han ensayado diversas formas de administrar justicia y resolver los conflictos sociales. En los últimos años algunos Estados han hecho avances en el reconocimiento y consideración de esas prácticas consuetudinarias, pero otros se muestran todavía renuentes a modificar sus estructuras jurídicas en este sentido (Stavenhagen, 2004: parág. 54).

La relación entre el derecho indígena y los derechos humanos ha sido también una materia de reflexión por diversos analistas. Por de pronto, el no reconocimiento de la potestad jurídica de los pueblos indígenas constituye una violación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Al respecto Stavenhagen señala: “...una forma de violación de los derechos humanos indígenas es la negación, por parte del Estado y de la sociedad dominante, de sus costumbres jurídicas, la cual conduce a la denegación de algunos derechos individuales contenidos en los instrumentos internacionales...” (Stavenhagen, en Stavenhagen e Iturralde, 1990: 39).

La tensión entre la concepción individualista de los derechos humanos hoy aceptados como universales y la perspectiva colectiva de estos derechos dominante en los pueblos indígenas también ha sido resaltada. A juicio de Teresa Sierra, los pueblos indígenas argumentan que el ejercicio de los derechos individuales de sus miembros sólo puede garantizarse si se les reconocen sus derechos como pueblos.

El problema surge cuando con la intención de defender un derecho colectivo se violan los derechos individuales. Frente a esta situación, hay quienes sostienen que sería arbitrario imponer una visión del mundo occidental a sociedades que no son occidentales. Sierra cuestiona esta perspectiva al afirmar: “Una visión como esta última corre sin embargo el peligro de justificar un discurso etnicista, conforme al cual cada cultura tiene sus propios valores y su propia ética, y es a partir de esto que deben evaluarse los comportamientos sociales. Dicha propuesta, atractiva desde una lógica cultural y filosófica, puede llevar sin embargo a justificar acciones violentas contra grupos concretos o contra individuos al interior del grupo en aras de defender la tradición...” (Sierra, 1997:138).

Como alternativa frente a este dilema Sierra propone: “La alternativa no resulta ser definir unilateralmente desde el Estado los límites al derecho indígena, imponiendo el respeto a los derechos humanos; más adecuado me parece propiciar espacios propios de discusión al interior mismo de los pueblos indígenas sobre temas vinculados con los derechos humanos, las costumbres y la violencia, para que desde adentro se reflexione y se decida su pertinencia como referentes de derecho a respetar” (Ibíd.).

Finalmente, la interrelación del derecho indígena con el derecho estatal, su capacidad de adaptarse a las nuevas realidades y circunstancias que los pueblos indígenas deben enfrentar, es destacada por distintos autores. Parece existir consenso entre los analistas que el derecho indígena no puede ser concebido como lo que fue en el pasado, no puede limitarse a la reconstrucción de antiguas prácticas e instituciones jurídicas hoy en desuso. Más bien se trataría, al igual que el derecho estatal, de un derecho por naturaleza

evolutivo, que va adaptándose a las realidades diversas de los pueblos indígenas, incorporando y apropiando elementos del derecho positivo. La naturaleza dinámica y flexible del derecho indígena es resaltada por Stavenhagen:

Es importante recalcar que el derecho consuetudinario generalmente no existe aisladamente (salvo entre comunidades físicas y políticamente apartadas del resto de la sociedad). Sobre todo entre los pueblos indígenas campesinos las costumbres jurídicas tienen vigencia como una forma de interacción con la manera en que se aplica y se utiliza localmente el derecho positivo formal. De ahí que estas costumbres o normas consuetudinarias cambien en el tiempo y de acuerdo a las circunstancias. Por consiguiente, una posible codificación del derecho consuetudinario tendría la desventaja de despojarlo precisamente de su naturaleza dinámica y flexible, en la cual reside su utilidad para los pueblos indígenas (Stavenhagen, en Stavenhagen e Iturralde comp., 1990: 42-43).

En la misma perspectiva Teresa Sierra señala:

Lo que se identifica como derecho indígena, llamado también derecho consuetudinario, es producto de relaciones históricas y de la inserción jurídica de las comunidades indígenas en la sociedad nacional y regional. El derecho indígena no puede ser visto únicamente como la continuación de tradiciones y costumbres originales, sino en su interrelación, confrontación y procesos constitutivos mutuos con el derecho nacional, procesos inmersos, a su vez, en relaciones jurídicas de poder y de cambio. Más que normas jurídicas autónomas lo que encontramos son imbricaciones y sincretismos en donde el derecho indígena ha incorporado prácticas del derecho colonial y nacional (Sierra, 1997: 135).

Se trata sin duda, de una constatación de gran relevancia a la hora del reconocimiento y puesta en vigencia del derecho indígena, puesto que permite entenderlo como un derecho con proyección futura propia de sociedades vivas y dinámicas, más que como un derecho estático para la reconstrucción de sociedades del pasado.

3. Las transformaciones constitucionales y el reconocimiento de los derechos indígenas

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 (1972), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992 y 2001), Guatemala (1985), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (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 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 ésta.

Otro de los aspectos de mayor desarrollo en los ordenamientos jurídicos antes referidos ha sido el de los derechos de los indígenas a la tierra (o a sus territorios). Tales derechos han sido especialmente reconocidos en las cartas fundamentales de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela. Muchos ordenamientos reconocen

el derecho que los indígenas tienen a su regularización (a la demarcación en Brasil y Venezuela o el saneamiento en Bolivia) y a la protección de las tierras y/o territorios que habitan (inalienabilidad, inembargabilidad, entre otros derechos) en Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay y Venezuela entre otros. Algunos ordenamientos jurídicos (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Venezuela) reconocen además derechos de los pueblos indígenas (usufructo, consulta o beneficio) sobre los recursos naturales (renovables)⁴ que se encuentran en sus tierras. Otros reconocen el derecho de los indígenas de acceder a la tierra cuando carezcan de ella (Argentina, Paraguay y Guatemala). Chile hace un reconocimiento similar en su legislación (1993). La mayoría de los países analizados reconocen, por último, en mayor o menor medida, los usos y costumbres de los indígenas en materia de asignación de tierras.

El derecho a la participación política es recogido por los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados de la región. Se reconocen derechos de participación especial de los indígenas en Colombia, cuya Constitución (1991) establece un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional indígena.

Colombia, México y Nicaragua, además, reconocen en sus constituciones el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía, estableciendo diversos mecanismos para su ejercicio⁵. En el caso de Colombia, la constitución (1991)

4 En el caso de los recursos del subsuelo, estos quedan –por regla general– condicionados a la propiedad que los Estados tienen sobre los mismos de acuerdo con los ordenamientos constitucionales hoy vigentes. Sin embargo, se reconoce, en el Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales –para los Estados Partes– y en la legislación en varios países, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de emprenderse la explotación de dichos recursos (Brasil, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Venezuela).

5 Panamá, desde mediados del siglo XX, establece en su legislación el derecho de los pueblos indígenas al ejercicio de dicha autonomía política territorial a través de la figura de las Comarcas.

considera a los territorios indígenas como una de las entidades territoriales del Estado. Tales entidades son autónomas para la gestión de sus intereses, los que incluyen el gobierno por autoridades propias y la administración de recursos y el establecimiento de tributos. Los territorios indígenas, cuya conformación queda entregada a la ley, serán gobernados por consejos formados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades de acuerdo a la Constitución de ese país. En el caso de México, la constitución (2001) reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y a la autonomía para decidir sus formas internas de organización, aplicar sus sistemas normativos propios, dejando, en lo central, la determinación de las características de tales derechos a las entidades federativas. En el caso de Nicaragua, la ley estableció en 1987 dos comunidades autónomas en la Costa Atlántica, reconociendo en ellas el derecho de los indígenas a autogobernarse a través de consejos regionales electos democráticamente.

4. Las directrices del derecho internacional

El derecho internacional sobre pueblos indígenas es nuevo. Si bien los instrumentos de derechos humanos elaborados por Naciones Unidas a partir de mediados del siglo XX contienen lineamientos de interés para los pueblos indígenas⁶, es sólo a partir de la década de los 80 que se abren espacios para el reconocimiento específico de los derechos de los pueblos indígenas en los foros internacionales. Particular importancia tiene en este sentido la creación en 1982 del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Grupo que tiene en su mandato la elaboración de un conjunto de

6 Los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reconocieron en su artículo 1 común el derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho entonces orientado a los pueblos en proceso de descolonización y no a los pueblos indígenas. El primer Pacto (PIDCP) también se refiere en su artículo 27 al derecho de quienes integran las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a practicar su propia religión y emplear su propio idioma.

estándares o principios sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En el mismo período se desarrolló un proceso de revisión del Convenio No. 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que culminó en 1989 con la aprobación por esta entidad del Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el que reconoce a los pueblos indígenas importantes derechos políticos, económicos, sociales, culturales y territoriales. En el ámbito político reconoce a los pueblos indígenas como tales y no como poblaciones como lo hacía el Convenio No.107 (art. 1.1.), así como un conjunto de derechos de participación en la definición de sus propios asunto⁷ y de autogestión del desarrollo⁸. En el ámbito de la justicia reconoce tanto el derecho consuetudinario indígena, el que incluye las costumbres e instituciones propias de los indígenas, así como la necesidad de que éste sea considerado por la legislación nacional y por la justicia estatal⁹. El mismo Convenio

-
- 7 Dispone que los gobiernos deberán “consultar a los pueblos interesados... cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (art. 6.1 a), y “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente... a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (art. 6.1 b).
 - 8 Establece que los pueblos indígenas tendrán “el derecho de decidir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo..., y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (art.7.1).
 - 9 En esta materia establece que al aplicárseles la ley nacional “deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (art. 8.1); y que los pueblos indígenas tendrán derecho de “conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2). Dispone además que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (art. 9.1), y que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (art. 9.2). Agrega que “cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales” (art. 10.1) y que “deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (art. 10.2).

reconoce a estos pueblos derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14.1)¹⁰. Junto con ello, introduce el concepto de territorios indígenas, concepto que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que estos pueblos “*ocupan o utilizan de alguna manera*” (art. 13.2), reconociendo en ellos derechos de estos pueblos sobre los recursos naturales, incluyendo su participación en “la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (art. 15.1)¹¹, así como el derecho a no ser trasladados de ellos sin su consentimiento (art.16.1).

El Convenio ha sido ratificado a la fecha por un total de 13 Estados, 11 de ellos de Latinoamérica. A pesar de la ambigüedad de muchas de sus disposiciones, las que dejan al arbitrio de los Estados la materialización de muchos de los derechos en él establecidos¹², y de las limitaciones de los procedimientos de la OIT para hacer exigibles los mismos derechos, sus implicancias en la región han sido múltiples. Así ha contribuido a los procesos de reconocimiento legal y constitucional de los derechos de estos pueblos en muchos países. Por otro lado, ha servido de base para el logro de

10 Dispone que los gobiernos deberán tomar medidas para salvaguardar su derecho “a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (art.14.1), así como para “determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión” (art.14.2).

11 En relación con los minerales o recursos del subsuelo, dispone que en caso que la propiedad de tales recursos pertenezca al Estado, los gobiernos deberán “...establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en que medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Agrega que los mismos pueblos “... deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. (art. 15.2).

12 Las disposiciones del Convenio relativizan la obligación de los Estados al disponer que ella corresponde a los gobiernos “en la medida de lo posible” (art. 7.1), “siempre que haya lugar” (art. 7.2), o “cuando se consideren necesarios” (art. 16.2).

acuerdos entre pueblos indígenas y Estados (Guatemala, México), y sus disposiciones han fundamentado decisiones de los tribunales de justicia de diversos países.

Aun cuando se trate de un proceso todavía inconcluso, cabe destacar los esfuerzos desarrollados por la ONU y OEA con miras a aprobar sendas declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas. Los proyectos hasta ahora avanzados por ambas entidades internacionales en forma separada, reconocen a los pueblos indígenas importantes derechos políticos, territoriales y culturales de carácter colectivo. Es así como en 1994 la Sub Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de la ONU adoptó el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, y en 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA aprobó un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que ha sido objeto de un amplio debate ante la OEA con la incorporación de los mismos pueblos indígenas en las discusiones junto con los Estados miembros de la Organización. Ambos proyectos profundizan en el reconocimiento y protección de los derechos políticos de los indígenas al establecer que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación (Art. 3. PDONU y art. XX 1 PDOEA)¹³. Dichos proyectos reconocen como forma concreta de ejercer la libre determinación, el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o al autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (Art. 31 PDONU y art. XX 1 PDOEA)¹⁴. Además reconoce a los

13 Texto consolidado Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de Pueblos Indígenas (17 junio 2003).

14 Entre las materias sobre las cuales los pueblos indígenas pueden ejercer estos derechos, dichos proyectos identifican la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de las tierras y recursos, el medio ambiente, el acceso a las personas que no son miembros a su territorio, y los medios de financiar estas funciones autónomas.

indígenas derechos sobre sus tierras, territorios, así como sobre los recursos naturales que en ellos se encuentran, en términos un poco más avanzados que en el Convenio 169 de la OIT.

La doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos

Desde los años setenta, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recibido y procesado centenares de peticiones sobre situaciones que afectan a personas y comunidades indígenas en el ejercicio de sus derechos, consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1947, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En respuesta a estas peticiones la Comisión ha emitido numerosas resoluciones, informes¹⁵ y recomendaciones a los Estados, instándolos a respetar los derechos humanos en las situaciones que involucran a los indígenas. Algunos de estos casos han sido remitidos por la Comisión a la Corte Interamericana, la que a través de sus resoluciones, ha contribuido al desarrollo de una jurisprudencia en materia de derechos indígenas que resulta importante subrayar aquí.

Cabe destacar el tratamiento que la Comisión ha dado a los reclamos por el derecho de propiedad indígena. Ya en 1970 la Comisión se refirió a la obligación de defender las tierras indígenas (caso de los *guahibos* en Colombia). En 1985 emitió una resolución en el caso de los *yanomami* del Noroeste de Brasil, recomendando delimitar y demarcar el Parque Yanomami, incluyendo más de 9 millones de has. de bosque amazónico, hábitat de aproximadamente 1200 *yanomami*¹⁶.

15 Destacan en este sentido los Informes Especiales sobre la situación particular de los pueblos indígenas en Colombia (1993 y 1999), Guatemala (1993), Ecuador (1997), Brasil (1997), México (1998) y Perú (2000).

16 Dado que Brasil entonces no había ratificado la Convención, la decisión se basó en el derecho a la vida, a la libertad, a la residencia y al tránsito, a la salud y bienestar de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Uno de los casos más importantes abordados por el sistema interamericano en esta materia ha sido el de la comunidad de Awas Tingni de la Costa Atlántica de Nicaragua. Este caso se originó en una petición hecha a la Comisión en 1995 alegando que el Estado de Nicaragua no había adoptado las medidas necesarias para asegurar el derecho a la tierra de las comunidades indígenas *Mayagna (Sumo)* de *Awas Tingni* y de otras comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua frente a una concesión de explotación maderera otorgada a una empresa coreana por dicho Estado. En 1998, la Comisión acogió la petición de los indígenas, e interpuso una demanda en contra del Estado de Nicaragua ante la Corte. La demanda se refiere a la violación por parte de dicho Estado de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana en razón de la falta de demarcación y de reconocimiento oficial del territorio de esta comunidad. La Comisión también solicitó a la Corte, en base al artículo 63 (1) de la Convención, la reparación de las consecuencias de la violación.

Con fecha 31 de agosto de 2001, la Corte dictó sentencia en el caso en análisis, concluyendo que Nicaragua violó el artículo 21 de la Convención Americana en perjuicio de los indígenas en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma Convención, condenándolo a que delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad. El fallo de la Corte Interamericana dejó establecido en sus considerandos el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana (par. 149), la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, para que se les reconozca la propiedad sobre ellas (par. 151), y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida

y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica (par. 149)¹⁷. Las implicancias de este caso para la determinación de la propiedad indígena en la región, así como para el reconocimiento y demarcación de las mismas, pueden ser enormes.

Posteriormente, la Corte Interamericana ha emitido tres sentencias sobre pueblos indígenas que han venido a ampliar el ámbito de protección de sus derechos, tanto en lo que a derechos individuales se refiere, como al fortalecimiento de su colectividad. El caso *Yatama contra Nicaragua*, ha sido una oportunidad hemisférica para que los Estados tomen en consideración los derechos políticos de los indígenas desde dinámicas distintas a los partidos políticos tradicionales.

Por su parte, el caso *Yakie Axa* contra el Paraguay, retomó el concepto de derecho de propiedad desarrollado en el caso *Mayagna Awas Tingni*, pero lo dimensionó como parte inherente al derecho a la vida de los miembros de una comunidad indígena, aspecto que también fue complementado en el caso *Moiwana contra Suriname*.

En otro ámbito, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las disposiciones contenidas en los proyectos de declaración de derechos indígenas de la ONU y de la OEA (aún sin haber sido aprobados como tales por las instancias respectivas, al igual que aquellas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas), pueden ser consideradas al abordar casos sobre derechos indígenas. Así, en el 2001, al resolver el

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de Agosto de 2001.

caso *Awas Tingni* antes referido, la Corte aplicó lo que denominó un método de interpretación “evolutivo” que toma en cuenta los desarrollos contemporáneos del derecho de propiedad en relación con los pueblos indígenas y la tierra (Párr. 146-149)¹⁸. En un razonamiento similar, la Comisión consideró en su informe sobre el caso *Mary y Carrie Dann* contra Estados Unidos (2002) las disposiciones del Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes del derecho internacional como “principios legales generales internacionales” actualmente vigentes dentro y fuera del sistema interamericano¹⁹.

18 En base a esta metodología, en su voto razonado en el caso *Awas Tingni*, el Juez García Ramírez hizo referencia a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, aún cuando Nicaragua no era parte de dicho Convenio.

19 En su Informe en el Caso *Dann* la Comisión señaló: “al considerar las denuncias de violaciones de la Declaración Americana, es necesario que la Comisión considere dichas denuncias en el contexto de la evolución de las normas y principios del derecho en materia de derechos humanos en las Américas y en la comunidad internacional en el sentido más amplio, reflejada en los tratados, las costumbres y otras fuentes del derecho internacional. De acuerdo con este criterio, para determinar en torno a las reivindicaciones que tiene ante sí, la Comisión considera que este cuerpo más amplio del derecho internacional incluye la evolución de las normas y principios que rigen los derechos humanos de los pueblos indígenas... estas normas y principios abarcan distintos aspectos de derechos humanos relacionados con la propiedad, el uso y la ocupación por comunidades indígenas de sus tierras tradicionales” (Párr. 124).

Conclusiones

Las reformas jurídicas impulsadas en los últimos años en parte importante de los países de la región, constituyen un avance significativo en el reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural de los Estados que la integran, así como también en el reconocimiento de los derechos individuales de los indígenas y colectivos de sus pueblos y comunidades. Los pueblos indígenas, sin embargo, reclaman por la insuficiencia de estas reformas para proteger de un modo efectivo sus derechos. Propuestas promovidas por los movimientos indígenas con el objeto de profundizar el reconocimiento y protección constitucional y legal de sus derechos, en especial aquellos de carácter político y los relacionados con sus tierras, territorios y recursos naturales, han sido rechazadas, modificadas sustancialmente o postergadas en diversos países de la región (Chile, Perú, México entre otros) en los últimos años.

En muchos países donde hay reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, no se han dictado las leyes que hagan posible su operacionalización práctica. Es el caso, por ejemplo, de las leyes de compatibilización o de coordinación de las jurisdicciones indígenas con los sistemas jurídicos estatales, las que siguen sin ser dictadas a la fecha, hecho que obstaculiza el desarrollo de tales jurisdicciones, así como el acceso de los indígenas a la justicia en general.

Es el caso también de las leyes que permitan el ejercicio del derecho a la autonomía, como el establecido por la Constitución y la ley en Nicaragua en 1987, derecho que solo vino a ser reglamentado en el 2004. Algo similar ha ocurrido en el caso de Colombia, donde los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Constitución de 1991 a través de la figura de las entidades territoriales indígenas, siguen a la fecha sin ser desarrollados por la ley.

Junto con lo anterior, también se detectan muchas deficiencias en las políticas que los Estados impulsan para hacer efectivos estos derechos. Los recursos destinados a los programas públicos orientados a los indígenas y sus comunidades, sean éstos de desarrollo, cultura o de saneamiento o adquisición de tierras, son muy insuficientes, y no permiten satisfacer sus múltiples necesidades. Tampoco se considera de un modo adecuado la opinión indígena ni se permite de un modo efectivo la participación de las comunidades en su gestión. Por otro lado, muchos gobiernos no han tenido voluntad política para dar cumplimiento a la normativa jurídica relativa a los pueblos indígenas. Por el contrario, en un contexto de liberalización de los mercados y de globalización económica, han priorizado otras políticas sociales o proyectos de inversión en áreas indígenas que entran en contradicción con los derechos políticos o territoriales reconocidos a los pueblos indígenas por los ordenamientos jurídicos.

Posiblemente el plano en que más claramente se evidencia esta situación es el relacionado con las políticas de tierras y recursos naturales. Los procesos de regularización de territorios indígenas, o de adquisición de nuevas tierras para indígenas han avanzado muy lentamente en la mayoría de los Estados del continente. Muchos de estos territorios se ven afectados por la presencia de terceros no indígenas, o por proyectos carreteros, hidroeléctricos, mineros, etc., los que se siguen impulsando en áreas indígenas sin una consulta adecuada o aun contra la voluntad de los pueblos y comunidades indígena²⁰.

20 En Brasil, por ejemplo, la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), órgano de gobierno encargado de la política indígena, reconoce que al año 2000, el 85% de las tierras demarcadas e inscritas como tierras indígenas presentan alguna forma de invasión o presencia de no indígenas.

La ausencia de recursos públicos también dificulta los programas impulsados en algunos países a objeto de permitir el acceso de los indígenas a la tierra. Tal es el caso de los fondos de tierras existentes en Chile y Guatemala, cuyos limitados presupuestos no les permiten satisfacer las demandas de tierra de importantes sectores indígenas que carecen de ellas. Esta situación, que se ve agravada con la tendencia al aumento del precio de la tierra experimentado en los últimos años en áreas indígenas, plantea interrogantes sobre la efectividad de los programas de acceso de los indígenas a la tierra vía mercado que hoy se impulsan en la región, obligando a los Estados a su revisión. En el mismo ámbito, en muchos Estados de la región (Bolivia, Chile, Guatemala y México) no se destinan fondos suficientes para apoyar el desarrollo productivo de las tierras indígenas. Esta situación pone en peligro la capacidad de los indígenas de permanecer en las tierras que les han sido reconocidas por los Estados o a las que han accedido a través de los programas públicos, así como la efectividad de dichos programas para revertir la situación de pobreza rural y los flujos migratorios de los indígenas hacia sectores urbanos.

Tampoco los Estados destinan los recursos que son necesarios para garantizar un adecuado acceso de los indígenas a la justicia estatal, así como para posibilitar el desarrollo de las jurisdicciones indígenas.

Otro ámbito en que la política pública es prácticamente inexistente, es el referido a la población indígena urbana, la que como señaláramos, representa porcentajes significativos de la población indígena en Latinoamérica. Tal omisión en la acción de los Estados incrementa la situación de pobreza y marginación en la que esta población vive, así como su situación de discriminación económica, social y cultural en relación a la población no indígena.

El descontento indígena frente a la incapacidad de los Estados para dar respuesta a las expectativas generadas por las reformas y en general para satisfacer sus demandas se ha hecho evidente en los últimos años en un contexto de crisis económica. Los recientes acontecimientos de Bolivia son un claro ejemplo de ello. Cansados de esperar respuesta de las sociedades no indígenas, los pueblos indígenas han constituido sus propios partidos y referentes, llegando a asumir grados crecientes de poder político al interior de los Estados, en especial en los países andinos.

Resulta evidente, entonces, que el establecimiento de Estados efectivamente pluriétnicos y multiculturales en la región constituye aún una tarea pendiente.

Bibliografía

- Assies, W. et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., 1999.
- Aylwin, José, *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: Un estudio de casos*, CEPAL, Santiago, 2002
- Bello, Álvaro y Marta Rangel (Comisión Económica para América Latina), *Etnicidad, "raza" y equidad en América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago, 2000.
- Bengoa, José, *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2000.
- Burguete, Aracely coord., *México: Experiencias de Autonomía*, IWGIA, Copenhague, 1999.
- Castro, Milka 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.
- Chase Smith, Richard, *A Tapestry Woven from the Vicissitudes of History, Place and Daily Life. Envisioning the Challenges for Indigenous Peoples of Latin America in the New Millennium*, Ford Foundation-Oxfam, Lima, 2002.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Jurisprudencia sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser. L/VII.120 Doc. 43, septiembre 2004 (Compact Disc).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia del 31 de Agosto de 2001.

del Val, José, “Hacia la reforma del sistema indigenista interamericano” en Instituto Indigenista Interamericano, *Cuadernos de Trabajo* 1, México, 1996.

Iturralde, Diego, “Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley”, en Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde, comp., *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990, pp. 47-64.

Organización Internacional del Trabajo, *Convenio N°. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989*.

Plant, Roger, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra en los países en desarrollo*, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1991.

Sierra, María Teresa, “Autonomía y Pluralismo Jurídico: El Debate Mexicano”, en *América Indígena* Vol. LVIII Nos 1-2, Enero-Junio 1998.

-----, “Esencialismo y Autonomía: Paradojas de las Reivindicaciones Indígena” en *Alteridades* Año 7 No 14, 1997.

Stavenhagen, Rodolfo, *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2000.

-----, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los

indígenas, (Administración de justicia, pueblos indígenas y derechos humanos), ONU (ECOSOC) E/CN.4/2004/80, 26 de enero de 2004.

Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde, comp., *Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1990.

Yrigoyen, Raquel, “El reconocimiento constitucional del derecho indígena en América Latina”, en Assies, W. et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., 1999, pp. 343-380.

II. Los Defensores del Pueblo u *Ombudsman* y otras instituciones de Defensa de los Derechos Humanos en América Latina

1. Antecedentes generales

La institución del “Defensor del Pueblo” surge en Suecia en el año 1809, a lo que debe su denominación de *Ombudsman*. El objetivo de esta institución era limitar el poder del soberano y la nobleza en un Estado monárquico como era Suecia. Surgió como una alternativa institucional para canalizar los reclamos de los habitantes frente a las actuaciones de los funcionarios y servidores de la administración del Estado para lograr, por la vía de la persuasión, modificar conductas en favor de una administración eficiente y respetuosa de los derechos humanos (Cuéllar, 2002).

Esta institución hace su incursión en América Latina a partir de la década de los setenta, como consecuencia de la influencia ejercida en la región por la Constitución española. El primer antecedente de reconocimiento de esta institucionalidad en el régimen jurídico de los países latinoamericanos es Puerto Rico, país que incorporó la entidad a su derecho interno en 1977. Con posterioridad se ha instaurado en prácticamente todos los países de la región: Guatemala, (1985); Brasil

(1986–Estado de Paraná), México (1990), El Salvador y Colombia (1991), Costa Rica y Honduras (1992), Perú y Argentina (1993), Nicaragua (1995), Ecuador, Bolivia y Panamá (1996), y Venezuela (1999) (Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica. <http://www.cajpe.org.pe/rij/>).

Su institucionalización masiva en América Latina corresponde a la década de los noventa y coincide con sendos procesos de reforma constitucional impulsados por los gobiernos, cuyo objetivo fue precisamente reformular las bases institucionales heredadas por los gobiernos de facto y darles un marco jurídico adecuado a las democracias que comenzaban a construirse. El establecimiento de instituciones de defensa de los derechos humanos como el Defensor del Pueblo, *Ombudsman*, Procurador de Derechos Humanos y otras instituciones afines, ha surgido en Latinoamérica en el marco de los procesos de democratización que tienen lugar en la región a partir de fines de la década de los ochenta y, más masivamente en la década de los noventa.

Su instauración en la región constituye un eje fundamental en la profundización de los procesos democráticos. Al respecto la Comisión Andina de Juristas ha señalado: “Un Estado que aspira a la calificación de social, democrático y constitucional debe consagrar un conjunto de principios y valores que garantice el libre desarrollo de la persona humana y su dignidad. También debe establecer una serie de poderes con un reparto de competencias equilibrado, a fin de impedir que algunos órganos del Estado abusen de su poder o no cumplan con sus funciones” (Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica. <http://www.cajpe.org.pe/rij/>).

Respondiendo a este mismo interés, el de fortalecer los mecanismos y actividades tendientes a garantizar el pleno goce de los derechos humanos y el ejercicio de las libertades fundamentales, las Naciones Unidas, ha promovido el establecimiento de los defensores de pueblo. Naciones Unidas, consciente de las limitaciones del sistema internacional para ejercer vigilancia completa de todas las situaciones que conciernen la observancia de los derechos humanos, investigar todas las denuncias relativas a la violación de derechos humanos o prestar asistencia a todas las víctimas, se apoya en la acción de los sistemas regionales de defensa de derechos humanos existentes en los distintos continentes o sub regiones de Europa, África y América, y, más recientemente, en las instituciones de derechos humanos generadas al interior de los Estados que la conforman, para promover los derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19).

La estrategia en torno a la instauración de estas instituciones regionales o nacionales es favorecer mecanismos más eficientes de protección de los derechos humanos, a través de generar instancias pertinentes, es decir adecuadas al contexto social, histórico y político que es propio de la región o país donde van a aplicarse.

Además, la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de los Estados –sean aquellos que emergen del sistema de Naciones Unidas o de los respectivos sistema regionales–, impone a los Estados ratificantes una serie de obligaciones derivadas de su cumplimiento y de la necesidad de garantizar que sus ciudadanos puedan ejercitar los derechos que le son reconocidos en estos textos legales.

A pesar de las particularidades institucionales de los organismos nacionales de derechos humanos, se trata en ge-

neral de entidades cuyas competencias se refieren específicamente a la promoción y protección de derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19). En la generalidad de los casos se trata de instituciones de carácter administrativo –no judicial, ni legislativo–, con competencia para pronunciarse sobre cuestiones de derechos humanos que formulen los ciudadanos, grupos vulnerables (migrantes, niños, mujeres, discapacitados, etc.) o pueblos indígenas. Dichas instituciones se pronuncian a través de informes periódicos, dictámenes o recomendaciones, de oficio o a petición de parte, cuando conocen de las denuncias que formulan personas o colectivos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19).

Las instituciones nacionales de derechos humanos emergentes corresponden, en términos generales, a Comisiones de Derechos Humanos y *Ombudsman* o Defensores del Pueblo. Paralelamente, se han ido instaurando algunas instituciones especializadas en la promoción y defensa de los derechos de algunos grupos vulnerables como minorías étnicas y lingüísticas, pueblos indígenas, refugiados, mujeres y niños. (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19).

2. Comisiones de Derechos Humanos

Las Comisiones de Derechos Humanos son entes autónomos, con competencia específica para conocer cuestiones vinculadas a la promoción y protección de los derechos humanos, las que no tienen vínculos de dependencia con otros poderes del Estado, salvo evacuar informes periódicos al Parlamento. En muchos países se han establecido comisiones especiales para garantizar la aplicación efectiva de las leyes y reglamentaciones relativas a la protección de los derechos

humanos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19). Este es el caso, en América Latina, de México y Honduras donde se creó, primero, el Comisionado Nacional de Protección de los Derechos Humanos y, posteriormente, con rango constitucional, la Institución del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos.

La autonomía de las Comisiones de Derechos Humanos se garantiza a través de su integración por miembros de los más variados perfiles profesionales y políticos, con probada trayectoria en el campo de los derechos humanos. Las fórmulas varían de país en país, pero en todos los casos se tiende a resguardar la independencia de la entidad a través del pluralismo de sus miembros, generando una instancia de consenso social.

En la esfera de su competencia, las Comisiones conocen asuntos de discriminación y deben velar por el respeto de los derechos humanos. Según lo consignado por el Alto Comisionado de la ONU, las funciones y competencias de cada Comisión se definen en la ley o decreto que dispone su establecimiento, donde debe especificarse los diversos actos discriminatorios o violatorios que éstas pueden investigar y, al mismo tiempo, su respectivo ámbito de acción. Algunas comisiones, estudian denuncias relativas a violaciones de cualquiera de los derechos reconocidos en las constituciones. Otras pueden estar facultadas para examinar casos de discriminación por causa de raza, color de la piel, religión, sexo, origen nacional o étnico, discapacidad, condición social, inclinación sexual, convicciones políticas y antepasados (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Folleto Informativo N° 19).

Las Comisiones reciben denuncias e investigan los hechos en que estas reclamaciones se fundan, generalmente

vinculadas a violaciones de derechos reconocidos por la legislación interna. Ocasionalmente, pueden requerir y recibir prueba sobre los hechos investigados y someter la resolución del asunto controvertido a conciliación y arbitraje. Sus decisiones, por regla general, carecen de fuerza coercitiva, pero sí pueden ser puestos en conocimiento de la judicatura. Garantizan la observancia de derechos humanos, constatando e informando de su cumplimiento y, finalmente, supervigilan el cumplimiento por los Estados de sus propias leyes y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Entre las funciones de las Comisiones suelen incluirse la de fomentar la conciencia comunitaria de los derechos humanos a través de impulsar acciones promoción y educación en materia de derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19).

3. El Ombudsman o Defensor del Pueblo

El *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, por su parte, es una institución en general de carácter unipersonal. Excepcionalmente su función radica en un grupo de personas, cuya designación corresponde al Parlamento. La principal función de los defensores del pueblo es proteger a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública susceptibles de lesionar sus derechos y garantías fundamentales. Para el cumplimiento de esta función el Defensor actúa como un mediador entre la persona perjudicada y el ejecutivo (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19).

En el ámbito normativo existen variaciones en el mandato del Defensor en las distintas legislaciones que lo establecen, pero hay ciertas directrices que caracterizan a la institución y que reseñaremos.

Siendo la principal facultad del *Ombudsman* proteger al ciudadano de los actos arbitrarios de la administración, también está facultado para recibir e investigar las denuncias que en este ámbito formulen los individuos e investido de las potestades necesarias para acceder a la documentación que emane de cualquier autoridad pública relevante para acreditar los hechos denunciados. El Defensor se pronuncia sobre los hechos sometidos a su conocimiento a través de recomendaciones. Estas recomendaciones son puestas en conocimiento del denunciante y, al mismo tiempo, de la autoridad cuya actuación ha sido impugnada, instándola a adoptar medidas que garanticen el cumplimiento de las recomendaciones. Los defensores carecen de fuerza coercitiva para imponer el cumplimiento de sus recomendaciones al ejecutivo, lo que suele restarle eficacia a las mismas, pero en caso de negativa por parte de la administración puede recurrir al Parlamento, presentando un informe circunstanciado sobre el caso (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19).

El *Ombudsman* o Defensor del Pueblo también puede actuar de oficio, y lo hace en general cuando se presentan cuestiones que en su parecer son objeto de preocupación general o bien afectan a derechos colectivos y, por consiguiente, es improbable que sean objeto de una denuncia individual. En estos casos el defensor también posee facultades investigativas y se pronuncia a través de informes, los que son remitidos al Parlamento (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19).

Anualmente los *Ombudsman* informan de su gestión y de la situación general de derechos humanos a sus respectivos parlamentos.

Conjuntamente con lo anterior, son atribuciones de los Defensores del Pueblo impulsar acciones de promoción de los derechos humanos y generar una cultura de respeto de los mismos. Para el ejercicio de estas funciones, desarrollan campañas educativas y de difusión pública, están facultados para promover cambios legislativos y administrativos e instar por la ratificación e implementación a nivel interno de tratados internacionales de derechos humanos.

Como se observa, en muchos aspectos, las competencias del *Ombudsman* son bastante similares a las de las comisiones de derechos humanos. En ambos casos pueden recibirse e investigarse denuncias individuales. En principio, ninguna de esas instituciones está facultada para adoptar decisiones vinculantes, susceptibles de exigirse coercitivamente. Ambas constituyen lo que se ha denominado *magistraturas de persuasión*, esto es entidades que carecen de poder decisorio y poder coercitivo para imponer sus recomendaciones sobre otros poderes del Estado, estando facultadas sólo para *sugerir, recomendar y exhortar* a los órganos de la administración al correcto desempeño de sus funciones en un marco de respeto a los derechos humanos en todo su ámbito, estos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en su dimensión individual y colectiva (Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, <http://www.cajpe.org.pe/rij/>).

A pesar de las claras similitudes orgánicas y funcionales entre la institución del Defensor del Pueblo y las Comisiones de Derechos Humanos, sus diferentes competencias han determinado que algunos países hayan establecido, y mantenido simultáneamente, ambos tipos de instituciones (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Folleto Informativo N° 19).

En Latinoamérica los regímenes jurídicos internos han adoptado esta institucionalidad nacional de protección de los derechos humanos, adscribiendo a ambos modelos institucionales. Puerto Rico instauró la institucionalidad y le asignó la denominación de Procurador del Ciudadano; El Salvador, Nicaragua y Guatemala, instauraron la Procuraduría de Derechos Humanos; Argentina le asignó la denominación de Defensor del Pueblo de la Nación, para denotar que su ámbito jurisdiccional es nacional; Colombia reconoce a la Defensoría del Pueblo, dependiente del Ministerio Público; Costa Rica ha establecido la Defensoría de los habitantes de Costa Rica; Nicaragua ha instituido una Procuraduría de Derechos Humanos; Perú, Panamá, Ecuador y Bolivia han adscrito la denominación de Defensoría del Pueblo; Paraguay ha utilizado la denominación Defensor del Pueblo; México y Honduras han establecido el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (El Defensor del Pueblo en América Latina, en <http://www.defensoria.gov.ve>).

4. Instituciones especializadas

También a nivel nacional suelen existir entidades especializadas de promoción y defensa de derechos humanos, abocadas a conocer cuestiones de violación de derechos fundamentales que afectan particularmente a grupo vulnerables –minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, poblaciones indígenas, extranjeros, trabajadores migratorios, inmigrantes, refugiados, niños, mujeres, pobres y discapacitados–, y que tienen relación con conductas y acciones discriminatorias contra estos grupos y/o sus miembros. Estas entidades especializadas prestan asesoría a estos grupos o personas y supervisan el cumplimiento de las normas constitucionales y legales que regulan los derechos específicos de estos colectivos.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) ha destinado, desde el comienzo de la década de los noventa, especial atención al establecimiento y consolidación de aquellas instituciones que fortalecen los procesos de democratización de la región por la vía de promover y garantizar el pleno goce de los derechos humanos por parte de la ciudadanía. Esta prioridad institucional se ha materializado en la ejecución de un programa específico del IIDH destinado a brindar apoyo técnico para la creación del Defensor del Pueblo o instituciones afines, en aquellos países que aún no existe, y, al mismo tiempo, apoyar y otorgar capacitación en materia de derechos humanos a los funcionarios que conforman estas instituciones (Elizondo y Aguilar, 2001). Actualmente, el IIDH es la Secretaría Técnica de la Federación Iberoamericana de *Ombudsman* (FIO) y del Consejo Centroamericano de Procuradurías de Derecho Humanos.

5. Principios que inspiran la gestión de los defensores del pueblo e instituciones afines

En 1991, el Centro de Derechos Humanos organizó una reunión técnica internacional a fin de examinar y actualizar la información relativa a las instituciones nacionales de derechos humanos existentes. A la reunión asistieron representantes de instituciones nacionales, Estados, las Naciones Unidas, sus organismos especializados, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales.

Los participantes formularon un amplio conjunto de recomendaciones sobre la función y la composición, así como sobre el estatuto y las funciones de las instituciones nacionales de derechos humanos. La Comisión de Derechos Humanos en marzo de 1992 (resolución 1992/54) y la Asamblea General (resolución A/RES/48/134 del 20 de diciembre de 1993),

hicieron suyas estas recomendaciones, instaurando los principios operativos que se reseñan en un documento conocido como los “Principios de París”.

Conforme a los “Principios de París”, corresponde al *Ombudsman* la promoción y protección de los derechos humanos, para lo cual deberán contar con el mandato institucional más amplio posible. Para el cumplimiento de este mandato las instituciones nacionales de defensoría del pueblo, deberán disponer de atribuciones específicas destinadas a formular consultas a los órganos del Estado –especialmente poder ejecutivo y legislativo– y elaborar dictámenes, recomendaciones, propuestas o informes sobre las cuestiones relativas a la protección y promoción de derechos humanos, y hacerlos públicos en caso que lo estimen conveniente.

Asimismo, actuarán de interlocutor para cuestiones relativas a derechos humanos con las instancias legislativas, a nivel nacional. A nivel internacional, asesoran a los Estados en la formulación de informes que sobre la situación de derechos humanos requieran los órganos especializados de derechos humanos, pertenecientes al Sistema de Naciones Unidas y los órganos regionales.

Se establece en los “Principios de París” que corresponderá a los defensores del pueblo instar por el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, con el fin de armonizar esta normativa con aquella adoptada en el seno de la comunidad internacional. Se concluye asignando atribuciones específicas a los defensores en el ámbito de la educación de los derechos humanos como medida de promoción y difusión de los mismos.

Conforme a los Principios de París, no está en la prerrogativa de las defensorías del pueblo cuestionar –desde la pers-

pectiva de los derechos humanos— las actuaciones del poder judicial, pero sí establecer relaciones de coordinación con los órganos jurisdiccionales para instar por el respeto y protección de los derechos humanos. Asimismo, establecerán coordinaciones con organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, para promover los derechos humanos y garantizar su pleno ejercicio. En este ámbito, están facultados para recibir denuncia de violación de derechos humanos y dotados de facultades especiales de conciliación.

Los Principios de París abogan por la independencia y autonomía de los defensores del pueblo, instando porque en su designación se adopten mecanismos que garanticen la representación pluralista de todos los sectores sociales (ver Anexo 5).

La Comisión Andina de Juristas, por su parte, ha señalado que las defensorías del pueblo deben contar con un aparato administrativo propio e independiente, que les permitan el cumplimiento de sus atribuciones sin subordinarse a los demás órganos del Estado o a la administración central, y ha definido cuatro principios básicos que deben guiar su modelo de organización:

- i. **El principio de desconcentración**, que permita una adecuada delegación de funciones del Defensor en los funcionarios de su dependencia, que favorezca una gestión expedita y transparente, evitando la burocratización. El principio de desconcentración permite que el Defensor pueda delegar funciones en representantes desconcentrados territorial o temáticamente y garantizar su presencia en distintas áreas territoriales y/o desarrollar ciertas áreas temáticas de particular interés para el pleno goce de los derechos humanos.

- ii. **El principio de coordinación**, que permita el establecimiento de relaciones de trabajo fluidas e interactivas entre la Defensoría y las instancias jurisdiccionales a las que corresponde conocer de las acciones judiciales tendientes a obtener amparo judicial para el respeto de los derechos humanos y, asimismo, con las entidades de control de los órganos de la administración del Estado y servicios públicos en general.
- iii. **El principio de participación**, que posibilite la intervención de la ciudadanía y colectivos interesados en el desarrollo de las funciones de la defensoría, a través del establecimiento de mecanismos de consulta como podría ser la instauración de un Consejo Consultivo u otros modalidades de consulta ciudadana, y
- iv. **El principio de gratuidad**, que permita el acceso gratuito de la ciudadanía y colectivos interesados a la protección de la defensoría (Comisión Andina de Juristas.
<http://cajpe.org.pe/RIJ/BASES/INSTITUC/CG042.HTM>).

6. Estándares mínimos para el establecimiento de los Defensores del Pueblo e instituciones afines y competencias para la promoción, protección y reconocimiento de los derechos humanos

Según puntualiza acertadamente Roberto Cuéllar, Director Ejecutivo del IIDH, es difícil estandarizar las condiciones mínimas para el establecimiento y eficaz funcionamiento de una oficina de *Ombudsman* a nivel americano. El contexto político, la realidad de cada país y la cultura de derechos humanos que se tenga, pueden incidir en que esos mínimos

requisitos sean mayores o menores según sea el caso. Con estas reflexiones, Cuéllar enfrenta la disyuntiva que permite entender que lo que podrían ser requisitos básicos en un país con amplia tradición democrática e institucionalmente fortalecido, serían utopías en países con democracias incipientes o enfrentados a conflictos bélicos como consecuencia de las luchas sociales (Cuéllar, 2002).

No obstante, existe consenso en que podría hablarse de algunas condiciones *sine qua non* que deberían estar presentes para una gestión eficaz de *Ombudsman*. La primera condición es la legitimidad e independencia de la institucionalidad. A fin de garantizar esta legitimidad e independencia, constituye un primer imperativo jurídico que su creación sea establecida en la Constitución Política, que cuente con una ley reguladora que determine los alcances específicos de su mandato, su reglamentación orgánica y las respectivas normas de procedimiento. Dotar a la institución de rango constitucional permite poner a resguardo de la eventual intervención e instrumentalización por parte de otros poderes del Estado, en particular del Ejecutivo (Elizondo y Aguilar, 2001).

En Latinoamérica la institución del Defensor del Pueblo ha sido establecida con rango constitucional en Argentina, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. En Ecuador, Costa Rica y Panamá han sido creadas por normas de rango legal (Elizondo y Aguilar, 2001). En el caso de Ecuador, su existencia fue posteriormente dotada de rango constitucional (1996). Lo mismo ocurrió recientemente (2004) en el caso de Panamá.

La generación de un adecuado marco normativo exige que se reconozca que la Defensoría del Pueblo es una institución autónoma e independiente, dotada de un patrimonio propio. Esta autonomía, funcional y administrativa, es

condición necesaria para que la entidad cumpla eficientemente su función fiscalizadora de los actos de la administración pública.

La autonomía e independencia de la Defensoría se manifiesta en los mecanismos de nombramiento del Defensor o Defensora y, al mismo tiempo, de determinación de la respectiva asignación presupuestaria que garantiza su funcionamiento. La tendencia generalmente aceptada es que la designación del Defensor, e incluso en algunos casos de su adjunto, así como la aprobación del presupuesto de la entidad, corresponda a un órgano de amplia representación política y de generación popular como es el Parlamento, donde el pluralismo de su integración permitirá garantizar una elección más democrática que represente los intereses ciudadanos. Sin embargo, un riesgo evidente es que a través de este mecanismo se favorezcan acuerdos políticos partidarios que se centren en garantizar la alternabilidad política en la dirección de institución, y por esa vía comprometan la autonomía de gestión y sacrifiquen la calificación de méritos de sus titulares.

Para combatir esta situación, han surgido algunas iniciativas en el seno de las propias defensorías. Tal es el caso de la propuesta presentada –pero aún no aprobada– por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica a la Asamblea Legislativa de ese país, en la que se sugiere que luego de finalizado su cargo, el titular de la Defensoría no pueda optar a un cargo de elección popular en el proceso electoral siguiente al cese de sus funciones (Elizondo y Aguilar, 2001).

Otra estrategia para evitar la hegemonía partidaria en el nombramiento del *Ombudsman*, ha sido el que se instauren mecanismos de consulta a la sociedad civil organizada. Hay interesantes experiencias al respecto. Panamá, previo a la aprobación de la Ley que creó la Defensoría, implementó un proceso de participación ciudadana donde fueron debatidos los

alcances normativos del proyecto de Ley. Por otra parte, en Nicaragua se ha instaurado una fórmula que regula la participación de la sociedad civil y en la que se ha establecido que el Procurador y el Sub Procurador serán electos por la Asamblea Nacional de listas propuestas por los disputados, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes (Elizondo y Aguilar, 2001).

Respecto a la autonomía presupuestaria, resulta indispensable que el Poder Ejecutivo no tenga injerencia alguna en la designación de la glosa presupuestaria, el monto asignado y menos en la administración de los recursos. La experiencia ha demostrado que por esta vía se generan condiciones de presión que interfieren la labor fiscalizadora de la Defensoría.

En materia de competencia y para garantizar una eficaz protección de los derechos humanos, el *Ombudsman* debe tener injerencia sobre los actos de todos los poderes del Estado, sus autoridades y funcionarios susceptibles de vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos y/o de los grupos vulnerables amparados por los instrumentos de derechos humanos, a nivel nacional e internacional. En este contexto, no puede escapar al quehacer de la Defensoría los actos de los Tribunales de Justicia, del Ministerio Público, de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Es importante resaltar que el quehacer estructurante del *Ombudsman* es la protección de los derechos humanos de los actos arbitrarios del Estado. Sin embargo, la práctica ha exigido incorporar al debate la necesidad de ampliar sus competencias permitiéndole actuar frente a ciertos poderes fácticos, susceptibles de violar derechos humanos de los ciudadanos y frente a cuyo poder éstos quedan en la más absoluta indefensión. Nos referimos, por ejemplo, al poder ejercido por los terratenientes en las zonas rurales o por las grandes empresas nacionales y transnacionales. La tendencia

general es incorporar dentro del ámbito de competencia del *Ombudsman* las acciones de empresas particulares que cumplen una función pública y, en algunos casos, permitir la participación del *Ombudsman* en casos de violación de derechos humanos atribuibles a particulares, siempre y cuando se trate de una mediación en la que ambas partes han prorrogado la competencia del Defensor y han consentido libremente en someterse a su mediación.

7. Funciones y facultades de los Ombudsman o Defensor del Pueblo

7.1. Principales funciones

Los *Ombudsman* o Defensorías del Pueblo están dotados de funciones y facultades o atribuciones específicas para el cumplimiento de los objetivos para los cuales han sido establecidos. A continuación se esbozan las principales funciones y facultades de estas entidades, así como los mecanismos a través de los cuales estas funciones son generalmente ejercidas:

i. Investigación

La principal facultad de la Defensoría es la de investigar, es decir de iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier indagación conducente al esclarecimiento de situaciones lesivas a los derechos humanos, así como de los actos y resoluciones de la Administración Pública o de los agentes estatales que, implicando el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus funciones, afecte la vigencia de tales derechos. Esta amplia facultad de investigar ha sido establecida, entre otros casos, en la legislación del Perú (art. 9, inciso 1), Guatemala (art. 13 y art. 14 inciso final), Argentina (art. 15 y 16), Costa Rica (art. 12) y El Salvador (art. 11, inciso 1, 2 y 7) (Comisión Andina de Juristas, 1996).

Para el cumplimiento de esta función investigativa es indispensable que la Defensoría tenga plena facultad para inspeccionar las oficinas públicas, sin aviso previo, y requerir de ellas –sin costo alguno– la documentación e información necesaria para el éxito de la investigación, tal como ha sido establecido en la legislación de Perú (art. 16, El Salvador, art. 11, inciso 6 y art. 40), Costa Rica (art. 12 inc. 2), Guatemala (art. 14, inc. h) (Comisión Andina de Juristas, 1996).

ii. Mediación y conciliación

La función de mediación y conciliación constituye un mecanismo de resolución de conflictos, a través de la cual la Defensoría actúa de mediador o conciliador entre la administración y el perjudicado. Este mecanismo ha resultado ser uno de los más eficaces, pues permite que la Defensoría actúe como garante en un proceso donde las partes convienen en una solución final del conflicto, que tiene la fuerza vinculante del acuerdo libremente consentido entre las partes.

En este caso el Defensor actúa como amigable componedor y favorece una solución amistosa entre las partes. Existe consenso, sin embargo, que esta facultad no puede ejercerse en caso de violación de derechos considerados irrenunciables por el ordenamiento jurídico, como son el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad individual y aquellos considerados de lesa humanidad.

iii. Promoción y educación ciudadana

La Defensoría desarrolla programas de promoción y difusión de los derechos humanos, incidiendo especialmente en la educación y capacitación de derechos humanos. Para el ejercicio de esta función se puede coordinar con instituciones nacionales, internacionales y organizaciones de la sociedad

civil que tienen competencia en materia de derechos humanos o educación para coordinar acciones y coadyuvar en los necesarios procesos de cambio cultural y político que requiere una eficaz protección y goce de los derechos humanos (Comisión Andina de Juristas, 1996).

iv. Iniciativa legislativa y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico

El Defensor del Pueblo debería contar con iniciativa legislativa en las materias de su competencia. En ejercicio de esta facultad se consigna la posibilidad de que el Defensor promueva reformas legales destinadas a modificar normas consideradas lesivas a los derechos humanos, perfeccionar el ordenamiento jurídico mediante la adopción de nuevas leyes y promover la firma y ratificación de tratados internacionales de derechos humanos (Comisión Andina de Juristas, 1996).

7.2. Otras funciones

Además de las facultades antes identificadas, corresponden a los *Ombudsman* o Defensores del Pueblo las siguientes:

i. Observación preventiva y seguimiento de situaciones

La observación preventiva es una facultad de monitorear situaciones que puedan generar violaciones de derechos humanos, ya sea por parte del Estado o por un grupo o colectividad. La observación puede realizarse de oficio o a petición de partes y se utiliza en general para monitorear las siguientes situaciones: la situación de derechos de grupos vulnerables (mujeres, niños, personas de la tercera edad, indígenas, desplazados internos); situación de detenidos en

centros de detención y reclusión; situaciones de conflicto social o violencia política; situación de derechos económicos, sociales y culturales (Comisión Andina de Juristas, 1996).

ii. Legitimación activa en procesos constitucionales

La legitimación activa es la facultad de la Defensoría de accionar en casos de vulneración de derechos humanos reconocidos por la constitución patrocinando alguna de las acciones constitucionales que allí se establecen tales como, recurso de amparo o hábeas corpus y recurso de protección constitucional. No siendo factible asumir, por parte de la Defensoría todos los casos que demanden procesos constitucionales, se ha sostenido que el ejercicio de esta facultad debe tener como presupuesto habilitante el carácter discrecional y excepcional de la actuación defensorial. La Defensoría deberá priorizar casos emblemáticos y/o aquellos en que el inculpado se encuentra en situación de amparo e indefensión (Comisión Andina de Juristas, 1996).

En todo caso, la Defensoría debe proporcionar la debida orientación a los ciudadanos para la adecuada interposición de las acciones constitucionales. Esta asesoría se puede otorgar mediante la asesoría legal al interesado o a través de la capacitación (Comisión Andina de Juristas, 1996).

iii. Ejercicio de acciones judiciales en materia de responsabilidad penal (procuración)

Conjuntamente con lo anterior, corresponde al Ombudsman una labor de investigación y análisis de responsabilidad objetiva del Estado, lo que incluye la denuncia penal al Ministerio Público cuando se determine la comisión de algún tipo de

delito, tal y como se determina en varios países de la región, como es el caso de Guatemala y Colombia. En estos casos cuando el Ombudsman toma conocimiento de hecho que constituyen indicios de delitos penales, puede iniciar los procedimientos judiciales y debe contribuir con los resultados de su propia investigación en la decisión que pueda adoptar el juez (Cuéllar, 2002).

iv. Impulsar denuncias internacionales

En este mismo marco, el Ombudsman podría recurrir a instancias internacionales de protección de los derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para el caso de la región americana, o brindar su opinión técnica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹. Cuéllar, argumentando en este sentido, da cuenta del caso del Defensor de Pueblo de Argentina quien ejerció una acción ciudadana ante la CIDH, a título de *parens patriæ* o *class action*. Esta facultad de accionar ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos, prosigue Cuéllar, se vio fortalecida por la misma Asamblea General de la OEA cuando, en el año 2000, aprobó la resolución AG/RES 1701, en cuyo punto resolutivo 3 expresó: “Encomendar al Consejo Permanente que, en el marco del diálogo sobre el sistema interamericano, promueva la participación de aquellas instituciones nacionales involucradas en la promoción de los derechos humanos, tales como los Defensores del Pueblo, Defensores de los Habitantes, Procuradores o Comisionados de Derechos Humanos (*Ombudsman*) u otras figuras equivalentes” (en Cuéllar, 2002:4).

21 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa No. 23/1999.

7.3. Mecanismos

En cuanto a las herramientas o mecanismos más comunes de que disponen los *Ombudsman* para el ejercicio de sus funciones cabe destacar:

i. Las recomendaciones y resoluciones

Los particulares recurren a la Defensoría a través de la formulación de quejas, por medio de las cuales ponen en ejercicio algunas de las facultades de esta entidad tendientes a proteger sus derechos esenciales.

Concluido el procedimiento de queja, ésta emite una resolución a través de la cual se pronuncia sobre el asunto sometido a su conocimiento. En la resolución el Defensor puede formular a las autoridades y funcionarios de la administración pública recomendaciones para enmendar conductas arbitrarias o ilegales y adoptar nuevas medidas (Comisión Andina de Juristas, 1996).

Estas recomendaciones carecen de fuerza coercitiva. Sin embargo, existen algunas fórmulas destinadas a reforzar el valor y eficacia de las mismas, tales como censura pública por actos o comportamientos lesivos a los derechos humanos por parte de los agentes de Estado. Guatemala (art. 14, inc. d) y El Salvador (art.11, inc. 12 y 6 y art. 33) consagran este mecanismo (Comisión Andina de Juristas, 1996).

ii. Elaboración de informes

Corresponde al *Ombudsman* presentar informes de sus actuaciones al Congreso Nacional, al menos anualmente. Está facultado, además, para presentar informes extraordinarios en circunstancias especiales que requieren de un informe

temático especial. A través de los informes el Defensor pone en conocimiento del Congreso y de la opinión pública sus actividades, entregando una especie de radiografía de la situación de derechos humanos del país al cual corresponde. La difusión y divulgación de tales informes es indispensable para legitimar la acción del Defensor en la sociedad y para promover el control ciudadano frente a acto de violación de derechos humanos (Comisión Andina de Juristas, 1996).

8. Competencias específicas de los Defensores del Pueblo en la protección de derechos indígenas

La Federación Iberoamericana de *Ombudsman* y el Consejo Andino de Defensores del Pueblo ha formulado tres declaraciones donde se refieren a las competencias específicas de los Defensores del Pueblo e instituciones afines en la promoción, protección y reconocimiento de los derechos humanos en general, haciéndose en este marco mención expresa a la necesidad de promover, proteger y reconocer derechos específicos a los pueblos indígenas, en los términos que se expresan.

Estas declaraciones son: Declaración de Antigua, Guatemala, sobre Derechos Humanos y la Cultura de Paz, adoptada el 30 de Julio de 1996; Declaración de Lima, adoptada el 5 de Octubre del 2000; y, Declaración de La Paz, adoptada el 14 de agosto del 2001.

La Declaración de Antigua Guatemala sobre Derechos Humanos y la Cultura de Paz fue adoptada en el marco del Foro Iberoamericano de *Ombudsman* (FIO) que reunió a Procuradores, Comisionados, Proveedores de Justicia, Defensores de los Derechos Humanos y Presidentes de Comisiones

sobre Derechos Humanos y Cultura de Paz y en donde participaron los *Ombudsman* de Argentina, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, México y Puerto Rico.

Allí fue establecido el compromiso de los defensores iberoamericanos para promover la aplicación de los principios que constituyen la base de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y de otros principios internacionales relacionados con los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos, adscribiendo expresamente a los principios de paz, dignidad y valor de la persona humana y de justicia social.

La Declaración de Guatemala evidencia el compromiso de los Defensores del Pueblo que integran la Federación Iberoamericana por promover el pleno goce de los derechos humanos, pero no sólo aquellos que corresponden a los derechos humanos de primera generación, sino que especialmente los derechos económicos, sociales y culturales como condición del pleno ejercicio de los primeros. Al respecto, los defensores declaran su plena convicción de que los “hombres y mujeres sólo pueden satisfacer plenamente sus aspiraciones en un orden social justo y por consiguiente, que es de vital importancia el desarrollo y respeto de los derechos económicos, sociales culturales para contribuir a la construcción de la paz” (Federación Iberoamericana de Ombudsman, 1996: 2).

Conjuntamente, la Declaración hace suyos los principios de multiculturalismo, sobre los cuales se debe estructurar la democracia y el respeto de los derechos humanos. Señala que el respeto a los derechos humanos y la promoción de una cultura de la paz son los garantes del respeto a los valores de las diferentes culturas y su pacífica convivencia.

Sobre este punto señala la Declaración en su preámbulo:
... que la educación en derechos humanos y Cultura de paz es de vital importancia para alcanzar el respeto a los valores de las diferentes culturas, para posibilitar la convivencia pacífica, la armonía social y la efectiva participación en el desarrollo de la democracia.

En este mismo marco, la Declaración reconoce la contribución de la UNESCO al Diálogo Intercultural a la Cooperación y a la Integración Regional de América Latina y El Caribe y valora, por tanto, la filosofía y contenido del Programa de Cultura de Paz aprobado en la XXVIIª Conferencia General de UNESCO.

En base a estas consideraciones la declaración proclama que la construcción y fortalecimiento de la cultura de paz implica el conocimiento, respeto, protección y desarrollo de los derechos humanos tanto los civiles como políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales y los de la tercera generación sin distinción alguna (párrafo 1).

Reconoce que en esta tarea corresponde un rol protagónico no sólo a los Estados, sino también a los pueblos, estableciendo que la construcción de una cultura de paz requiere una acción continua y positiva de los Estados y de los pueblos, dirigida a la prevención de conflictos, la eliminación de amenazas varias a la paz, el respeto por el principio de la renuncia al uso de la fuerza, la solución de conflictos y el arreglo pacífico de las controversias, la tolerancia, el desarme y el desarrollo económico y social duradero (párrafo 2).

A través de esta Declaración, los *Ombudsman* hacen suyo los valores universales fundamentales de respeto a la vida, la libertad, la justicia social, la solidaridad, la tolerancia y la equidad; así como la igualdad entre mujeres y hombres, el res-

peto a los derechos de las niñas y niños, los de las personas pertenecientes a minorías y los de las poblaciones indígenas y poblaciones desarraigadas.

A fin de garantizar la sustentabilidad de la cultura de la paz y el respeto de los derechos humanos en sociedades multiculturales como aquellas que caracterizan a las comunidades políticas de Latinoamérica la Declaración es categórica en afirmar que los principios democráticos que deben inspirar a estas sociedades son los de justicia, equidad, libertad y solidaridad y no aquellos que emanan de la aplicación o imposición de modelos ajenos al contexto cultural e histórico de los pueblos (párrafo 7).

Conforme a la Declaración, los valores de la paz, los derechos humanos y la democracia emergen del pleno respeto y armónico ejercicio de derechos individuales y colectivos a través de los cuales se protegen una amplia gama de derechos que incluyen intereses colectivos cuya titularidad corresponde no solo a los ciudadanos, sino que también a otros colectivos que integran la comunidad política nacional e internacional como son los pueblos indígenas. En el párrafo 9, la declaración establece: “Cultivar valores que favorezcan la paz, los derechos humanos y la democracia son tolerancia, solidaridad, voluntad de compartir y atención hacia los demás; el respeto al patrimonio cultural; la protección del medio ambiente; y la adopción de métodos de producción y pautas de consumo que conduzcan al desarrollo social. También es necesario que promueva el equilibrio y la armonía entre los valores individuales y los colectivos”.

En esta Declaración, los *Ombudsman* iberoamericanos son enfáticos en señalar que la forma de instalar estos valores en la sociedad es la educación, se adhieren al programa de

Cultura de Paz de la UNESCO, instando a la entidad para que cumpla una doble misión de promotores y defensores de los derechos humanos; y, además, proclaman la conveniencia de integrar un movimiento internacional que, por medio del intercambio y contribución mutua de experiencias, facilite el cambio cultural de actitudes de violencia y exclusión como solución de divergencias, en actitudes de diálogo, tolerancia, consenso y participación, para lo cual acuerdan la creación de la “Red Iberoamericana de *Ombudsman* para la Cultura de Paz” (párrafo 10).

Por su parte, el Consejo Andino de Defensores del Pueblo²², reunido en Lima el 5 de Octubre del 2000, con motivo de su III Asamblea Anual, adoptó una declaración en la cual la entidad constata el carácter pluriétnico y multicultural de nuestras naciones y exhorta a los gobiernos, parlamentos, instituciones públicas y organizaciones no gubernamentales a respetar escrupulosamente los derechos de los pueblos indígenas y afrolatinoamericanos en sus respectivos países, así como tomar especiales medidas de protección de sus derechos inalienables. En este marco, el Consejo Andino de Defensores del Pueblo asume el compromiso específico de impulsar acciones concretas para contribuir a debates nacionales y regionales en torno a la promoción de los derechos indígenas (párrafo 5).

La misma entidad reunida en La Paz el 14 de agosto de 2001, con motivo de la IV reunión anual del organismo, instó a los gobiernos, las instituciones públicas y privadas, y a la sociedad en su conjunto, a que, inspirados por el espíritu que animó la realización de la III Conferencia sobre Racismo en la ciudad de Durban, Sudáfrica, unan esfuerzos en la erradi-

22 El Consejo Andino de Defensores del Pueblo, está integrado por los Defensores del Pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

cación de toda forma de discriminación racial, especialmente la dirigida contra las poblaciones indígenas y afroamericanas. Para estos efectos postularon que era necesario la adopción y/o el fortalecimiento de acciones de afirmación positiva a favor de estos grupos minoritarios, concebidas con el fin de permitir su real integración a la sociedad en condiciones de igualdad (párrafo 5)²³.

A partir del análisis de estas declaraciones surge la clara constatación de que en la misión de los Defensores del Pueblo está la consolidación en América Latina de un modelo democrático que reconozca y respete el carácter multicultural que le es característico y que, como consecuencia de dicho reconocimiento, garantice el pleno ejercicio de la ciudadanía multicultural de los Pueblos Indígenas.

Las nuevas tendencias de los derechos humanos han sepultado aquellas políticas que promovían la integración de los pueblos indígenas a las sociedades nacionales, instando en último término a su homogenización, dando paso a otras que, basada en el reconocimiento de los pueblos indígenas como unidades políticas diferenciadas, les reconocen derechos específicos tales como derechos políticos, derechos territoriales, derechos sociales, económicos y culturales, que emergen de sus particularidades étnicas y culturales.

Es a esta nueva generación de derechos a la que deben responder, en la actual coyuntura histórica, los Defensores del Pueblo en los países latinoamericanos. Los antecedentes examinados hasta el momento, según se evidencia a continuación en ocasión del estudio de casos de 10 países de la región, demuestran que los *Ombudsman* emergen como una

23 El texto de las declaraciones referidas en los párrafos precedentes está disponible en la página web: <http://www.defensoria.gov.ve>

instancia que, no obstante sus limitaciones, aparece como de gran relevancia para la protección, defensa y promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Ello al asumir un conjunto de funciones e impulsar diversas acciones –en ocasiones en relación directa con las autoridades tradicionales y dirigentes indígenas– tendientes a lograr el reconocimiento y protección de sus derechos individuales y colectivos, permitiendo mayores grados de justicia –hasta hace poco negada– para estos pueblos y para quienes los integran.

Bibliografía

- Brewer-Carías, Allan, *El Fortalecimiento de las Instituciones de Protección de los Derechos Humanos en el ámbito interno*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, 2001, en:
<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>
- Comisión Andina de Juristas, *Defensoría del Pueblo. Análisis Comparado*. CAJ. Lima, 1996.
<http://www.cajpe.org.pe/rij/sistema4.htm>
- Comisión Andina de Juristas (Red de Información Jurídica). *El Defensor del Pueblo y los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/>
- , *Defensorías del Pueblo: Aspectos Generales*, en:
<http://cajpe.org.pe/RIJ/BASES/INSTITUC/CG042.HTM>.
- Cuéllar Martínez, Roberto, *Estándares Mínimos para el Establecimiento y Funcionamiento del Ombudsman*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2002, en
<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>
- Elizondo, Gonzalo y Irene Aguilar, *La Institución del Ombudsman en América Latina: Requisitos mínimos*

para su existencia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José, 2001 en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

El Defensor del Pueblo en América Latina, en: <http://www.defensoria.gov.ve>. pp. 1-4.

Federación Iberoamericana de *Ombudsman*, Declaración de Antigua Guatemala, sobre los derechos humanos y la cultura de la paz. 30 de julio de 1996, en <http://www.defensoria.gov.ve>

Manual de Buenas Prácticas Institucionales de las Defensoría Iberoamericanas, en <http://www.portalfio.org/inicio/publicaciones/mbp.pdf>

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Organización de Naciones Unidas (ONU), Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Folleto Informativo No. 19, en http://193.194.138.190/spanish/html/hcr_sp.htm.

Páginas web

<http://cajpe.org.pe>
<http://www.defensoria.gov.ve>
<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>
<http://www.portalfio.org/inicio/>

Comunicaciones

Castañeda, Amilcar (IIDH), comunicación escrita abril 2005.

III. Casos de Estudio

1. Bolivia

1.1. Antecedentes generales

Conforme al censo de población de 1992 la población indígena de Bolivia representa el 59% de la población general con 3.058.208 personas²⁴. Otras cifras, establecidas en función del factor lingüístico, señalan que la población indígena alcanza los 4,1 millones de personas (Mullucundo, 2004).

En Bolivia existen 37 diferentes pueblos indígenas con sus respectivas lenguas, culturas, usos, costumbres y territorios. El 50% de la población indígena está asentada en comunidades y tierras comunitarias de origen, el 3% en áreas de colonización y el 47% en ciudades intermedias y mayores del país²⁵ (Mullucundo, 2004).

La historia de la relación entre el Estado de Bolivia y los pueblos indígenas se ha caracterizado por la exclusión y la discriminación. En particular, esta relación, en tiempos coloniales y republicanos, ha estado marcada por la lucha para

24 Censo de Población, 1992.

25 Políticas Indígenas SAE-VAIPO 1997

controlar la propiedad de la tierra y el uso de los recursos naturales. Siguiendo la tendencia de los demás países de la región, los conflictos por el control de las tierras indígenas se agudizaron durante el período republicano. La República puso término al régimen colonial sustentado en el servicio personal, la encomienda y la mita o tributo indígena, pero impuso otro que, sustentado en las ideas liberales de igualdad y no discriminación, aspiraba a superar mediante la asimilación aquellos elementos que diversificaban a los pueblos indígenas y que eran vistos como un obstáculo para la consolidación republicana. En primer término, el debate se centró en la problemática territorial y se inauguró un proceso destinado a abolir las comunidades indígenas, tanto en su dimensión socio-política como desde la perspectiva económico-productiva, favoreciendo en cambio la expansión de la hacienda (Orellana, 2004).

Desde el primer gobierno de Simón Bolívar, a través de un Decreto promulgado el 8 de abril de 1824 (Aylwin, 2002), se promovió la privatización de las tierras comunitarias indígenas y se constituyó la pequeña propiedad indígena, mediante la asignación a cada familia indígena de “un topo de tierra fértil o dos de tierra árida”, pasando a manos del Estado la tierra sobrante (Orellana, 2004). Posteriormente, durante el gobierno de Antonio José de Sucre, las normas dictadas durante el gobierno de Bolívar fueron abolidas²⁶. Entre 1827 y 1860, se sucedieron diversos gobiernos que no se involucraron en la cuestión territorial y que, por el contrario, convinieron con los indígenas restituir el tributo indio a cambio de garantizar la protección de las tierras originarias (Orellana, 2004). Es importante consignar que en 1866, el tributo indígena representaba cerca del 40% de los ingresos del Estado (Orellana, 2004).

26 Abolición decretada en 1827.

En 1861 se volvieron a impulsar políticas destinadas a constituir la pequeña propiedad indígena y a distribuir las tierras excedentes a favor de los hacendados no indígenas. En 1866, esta política fue profundizada a favor de los hacendados, siendo usurpadas una gran cantidad de tierras indígenas. Durante el gobierno del general Melgarejo, a través del Decreto del 20 de marzo de 1866, se dispuso un procedimiento para la constitución de la pequeña propiedad indígena y la venta en subasta pública de las comunidades indígenas que no cumplieran con la normativa. Un Decreto del 28 de septiembre de 1868 declaró las tierras indígenas como de propiedad del Estado y ordenó su venta en pública subasta para cubrir gastos de la deuda interna y del servicio público. El 5 de octubre de 1874 se dictó la Ley de Exvinculación de Tierras, mediante la cual se profundizaba el proceso de otorgamiento de títulos individuales a los comuneros indígenas, se fomentó el mercado de tierras y se impulsó la constitución de las haciendas. Los indígenas se opusieron a la división de sus comunidades y reivindicaron sus tierras comunales propiciando sendos alzamientos armados entre los años 1881 y 1888. El 26 de octubre de 1905 se promulga una legislación que por primera vez reconoce las tierras de origen poseídas por comunidades o tribus indígenas y las somete a una reglamentación especial, sin lograr frenar el proceso usurpatorio que continúa su curso (Aylwin, 2002).

El siglo XX se caracteriza por la consolidación de la hacienda, la expansión de la economía minera, la creación de una alianza entre las élites terratenientes y mineras, y el surgimiento de una estructura social donde la población de origen indígena y mestiza ocupará el último escalafón de la escala social (Orellana, 2004). Como respuesta a estas situaciones surge el movimiento social boliviano, en el cual la alianza obrero-campesino e indígena ocupará un lugar central que marcará la construcción ideológica y las dinámicas

políticas que caracterizarán a los movimientos sociales de la república durante gran parte del siglo XX y que adquirirá su máxima expresión en la consolidación de un modelo sindical campesino-indígena que se generaliza a partir de la revolución de 1952, dando lugar a la Reforma Agraria en el campo boliviano.

Entre 1952 y 1954, se habían organizado 3.500 sindicatos campesinos, principalmente en el Valle de Cochabamba, extendiéndose al espacio andino, hacia los territorios de los *quechua* y *aymará*, propiciando la identificación social de los indígenas con el campesinado en la lucha conjunta de campesinos e indígenas contra el poder feudal de los hacendados (Orellana, 2004).

En las tierras altas los indígenas y campesinos organizados en sindicatos propiciaron la promulgación de una ley de reforma agraria, la que fue promulgada el 2 de agosto de 1953, y presionaron por su aplicación a través de la toma de terrenos, ocupando de hecho las haciendas organizados en milicias armadas. En las tierras bajas en cambio, donde la postergación del indígena era mayor, la situación fue muy diversa. En efecto, la asignación de tierras en virtud de la Ley de Colonización –vía Consejo Nacional de Reforma Agraria e Instituto Nacional de Colonización– Decreto Ley No. 7765 de Julio de 1966, que tuvo aplicación en las tierras bajas, lejos de favorecer a los indígenas propició el latifundio (Orellana, 2004).

La Reforma Agraria en Bolivia es un proceso histórico inconcluso. Como resultado del mismo se observa que el 22% de las tierras asignadas a nivel nacional beneficiaron al 1,64% de los potenciales adjudicatarios. Según datos del año 1992, el 30,35% de las tierras distribuidas durante la Reforma Agraria habían sido adjudicadas en el departamento de Santa Cruz

(tierras bajas), donde el 72% de las tierras estaba controlada por el 2,7% de los propietarios (Orellana, 2004).

Con el término de la dictadura y la recuperación de la democracia en 1982, comienza un proceso de apertura política, que instaura en lo económico un modelo capitalista de tipo neoliberal, que se traduce en un debilitamiento del sindicalismo obrero. Por el contrario las organizaciones campesinas e indígenas, a partir de la década de los noventa, se fortalecen e ingresan a la arena política con un discurso que refuerza la identidad originaria indígena y promueve la recuperación de formas de organización “tradicionalistas”. Los indígenas de las tierras bajas enarbolan sus reivindicaciones y protagonizan la primera marcha por la identidad y la dignidad en el año 1990, obteniendo como resultado la titulación de cinco territorios indígenas bajo la denominación de Tierras Comunitarias de Origen, que son reconocidas por primera vez en la historia legislativa de Bolivia (Orellana, 2004).

En los años ochenta y noventa emergen una multiplicidad de organizaciones indígenas y campesinas tales como la Confederación Indígena del Oriente Boliviano (CIDOB); el Consejo de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ); la Federación Nacional de Mujeres Campesinas de Bolivia-Bartolina Sisa (FNMCB-BS) y la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) (Orellana, 2004).

Estas organizaciones, siguiendo la tendencia internacional, incorporarán a su pliego de reivindicaciones el reconocimiento de derechos colectivos indígenas especialmente derechos políticos, derechos territoriales y culturales, exigiendo la reestructuración del Estado boliviano hacia uno de tipo multicultural.

1.2. Marco jurídico de los derechos humanos e indígenas

La Constitución vigente en Bolivia fue aprobada por una Asamblea Constituyente que se reunió en los años de 1966 a 1967, siendo promulgada el día 2 de febrero de 1967, modificada por el texto acordado en 1995 y las reformas constitucionales del 2002 y 2004, Ley N° 2410 del 8 de agosto, 2002, y la Ley N° 2631 del 20 de febrero del 2004.

El régimen de derechos y garantías individuales está establecido en la parte primera de la Constitución denominada “*La Persona como Miembro del Estado*”. Contiene en sus Títulos Primero y Segundo los derechos y deberes de la persona, sus garantías individuales, así como los medios judiciales establecidos para su protección. El Título Segundo consagra fundamentalmente el derecho al debido proceso. En la parte tercera se consagran los derechos y garantías económicas, sociales y culturales, con excepción de los derechos laborales y de seguridad social que están instaurados en el título I, y los derechos políticos.

Las reformas del 2002 y 2004, respectivamente, perfeccionaron el régimen jurídico vigente y, en particular, el estatuto de derechos y garantías individuales. Las modificaciones introducidas por las reformas establecen que Bolivia es un Estado social y democrático de derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la justicia²⁷.

Es interesante destacar que la Constitución boliviana favorece una concepción evolutiva de los derechos humanos a

27 Art. 1, modificado por Ley N° 2410 del 8 de agosto, 2002, y más tarde por Ley N° 2631 del 20 de febrero de 2004.

través del artículo 35 que dispone que las declaraciones, derechos y garantías que proclama la Constitución no deben ser entendidas como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

La protección de los derechos humanos se ha visto reforzada por la ratificación por Bolivia de las convenciones internacionales más importantes sobre la materia, tanto aquellas del sistema de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos²⁸.

28 En el ámbito de la ONU los tratados de derechos humanos ratificados por Bolivia son: la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951); y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) (<http://www.socwatch.org.uy/es/fichasPais/144.html>). A ellos se agregan los tratados internacionales mencionados en la Declaración del Milenio, suscrita por los Jefes de Estado de la ONU el 2000, incluyendo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998); la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (1997) el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales (1996); el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000); la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992); y la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África (1994) (*Ibid.*). También se agregan las convenciones de la OIT (Nºs 87, 98, 105, 100, 111, 138 y 182) (*Ibid.*). Finalmente, en el ámbito americano, Bolivia ha ratificado las siguientes convenciones de derechos humanos de la OEA: la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969 y la Convención Americana sobre la desaparición Forzada de Personas de 1994. Bolivia no ha ratificado el "Protocolo de San Salvador" de 1988; la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; y la Convención Americana relativa a la abolición de la Pena de Muerte de 1990 (IIDH, *Mapa de Progresos en Derechos Humanos*, CD s.f.).

En el ámbito de los derechos indígenas Bolivia ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de Pueblos indígenas y Tribales en países independientes mediante la Ley N° 1.257, con fecha once de diciembre de 1991.

La Constitución Política de la República de Bolivia declara que la República es multiétnica y pluricultural y reconoce expresamente la existencia de los pueblos indígenas que habitan el territorio Boliviano²⁹.

En este marco, y conforme a la Ley, la Constitución respeta y protege los derechos sociales económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional especialmente, los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones³⁰.

La Constitución, a través del artículo 171, reconoce a las autoridades tradicionales indígenas, estableciendo que estas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias, como solución alternativa de conflictos de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política del Estado y a las leyes. La ley, dispone el constituyente, compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

Entre los derechos políticos reconocidos a los pueblos indígenas está el derecho a ejercer representación popular y concurrir a la formación de la voluntad popular dotados de personalidad jurídica específica para estos efectos, conforme a lo dispuesto en los artículos 222 y 223 del texto constitucional³¹.

29 Artículo 1, Constitución Política Bolivia.

30 Artículo 171, Constitución Política Bolivia.

31 Artículo 222, “La representación popular se ejerce a través de los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas, con arreglo a la constitución y las leyes”; Artículo 223, “Los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas y los pueblos indígenas que concurren a la formación de la voluntad popular son personas jurídicas de derecho público”.

Estos derechos políticos están reglamentados en la Ley de Participación Popular, donde se ha propuesto el reconocimiento de personalidades jurídicas a comunidades campesinas, pueblos indígenas y juntas vecinales, a las cuales se ha denominado genéricamente Organizaciones Territoriales de Base (OTB's)³².

La Ley de Municipalidades No. 2028 de Octubre 28 de 1999, insta por la adecuada representación de la multiplicidad étnica al interior del Municipio. De acuerdo a esta ley en el Municipio se expresa la diversidad étnica y cultural de la República (Artículo 3. II) disponiéndose que la autoridad municipal, en cuanto representativa de la voluntad ciudadana, debe estar al servicio de la población y tendrá, entre otros fines mantener, fomentar, defender y difundir los valores culturales, históricos, morales y cívicos de la población y de las etnias del Municipio; y favorecer la integración social de sus habitantes, bajo los principios de equidad e igualdad de oportunidades, respetando su diversidad.

Respecto a la tierra y territorios, establece las denominadas “tierras comunitarias de origen” o TCO, otorgándoles el amparo referido en los párrafos anteriores³³.

El régimen de protección de las tierras comunitarias de origen está establecido en la Ley N° 1715 del 18 de Octubre de 1996, que corresponde a la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria. Esta normativa dispone que estas tierras y las tierras comunales de los pueblos indígenas tituladas colectivamente no serán revertidas, enajenadas, gravadas, embargadas, ni adquiridas por prescripción. En tanto que el

32 Artículo 2, Ley N° 1551 de 20 de abril de 1994.

33 Artículo 171, Constitución Política Bolivia.

uso y aprovechamiento individual o familiar de las mismas al interior de la comunidad se regulará por el derecho propio³⁴.

La ley define como “tierras comunitarias de origen” los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas u originarias, y que corresponde a aquellos a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural de modo que aseguren su sobrevivencia y desarrollo³⁵. La denominación de tierras comunitarias de origen refiere al concepto de territorio indígena, de conformidad a la definición establecida en la parte II del Convenio 169 de la O.I.T., ratificado por Bolivia en 1991³⁶.

El régimen de protección de las tierras indígenas restringe las facultades de expropiación por causa de interés público en los siguientes casos, a saber:

- La Ley 1.689 del 30 de abril de 1996, Ley de hidrocarburos, que limita la facultad de expropiación con fines de explotación petrolera prohibiendo que ésta afecte las viviendas y sus dependencias incluyendo las de los pueblos indígenas³⁷.
- La Ley 1.700 del 12 de julio de 1996, del Régimen Forestal de la Nación, por su parte, exime del régimen de ocupaciones de hecho a las áreas de asentamiento tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas, haciendo extensiva la prohibición a las tierras sobre

34 Artículo 3, párrafo III, Ley 1715.

35 Artículo 41, párrafo I, numeral 5, Ley 1.715 (1996).

36 Artículo 3, Ley 1.715 (1996).

37 Artículo 63.

las que hayan tenido acceso “inveterado” para el desarrollo de su cultura y subsistencia³⁸.

- Para el caso de las expropiaciones que se requieran para Concesiones de Obras Públicas de Transporte cuando afectan “tierras comunitarias de origen”, se requiere una tramitación especial ante el Instituto Nacional de Reforma Agraria y, en todo caso, respetando el artículo 171 de la Constitución, esto es garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de la poblaciones indígenas³⁹.

La Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria dispone, en su artículo 3, que se garantizará los derechos de los pueblos y comunidades Indígenas Originarias sobre sus tierras comunitarias de origen, tomando en cuenta sus implicancias económicas, sociales y culturales, y el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 de la Constitución Política del Estado.

En caso de conflicto sobre el uso y manejo de los recursos naturales existentes en territorio indígena, el legislador otorga un derecho preferente a favor de los pueblos indígenas. Se dispone al efecto que en las tierras de aptitud de uso agrícola o ganadera, en las de protección o producción forestal y en las comunales de origen, en las que existiera superposición o conflictos de derechos, prevalecerá el derecho de propiedad agrícola, ganadera o de la comunidad campesina, pueblo o comunidad indígena originaria, sobre concesiones, contratos o autorizaciones de aprovechamiento forestal⁴⁰.

38 Artículo 14.

39 Artículo 43, Ley N° 1.874, del 22 de Junio de 1998, Ley General de Concesiones de Obras Públicas.

40 Artículo 13, Segunda, párrafo I, Ley INRA (Reforma Agraria) 1.715 (1996).

Para el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales se dispone de un Servicio de Asistencia Jurídica a Pueblos indígenas y originarios que debe procurar y promover el reconocimiento del derecho de propiedad a la tierra y recursos naturales de las comunidades campesinas, pueblos indígenas y originario⁴¹. Además, la Ley ha dotado al Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente la facultad de solicitar la expropiación de tierras para conservación y protección de la biodiversidad y pagar el monto a indemnizar por tal concepto⁴². Asimismo, se ha dispuesto que en la administración de las áreas protegidas puedan participar los pueblos indígenas⁴³ y que la declaratoria de áreas protegidas sea compatible con su existencia, considerando los objetivos de la conservación y sus planes de desarrollo ⁴⁴.

Los derechos sobre las TCO otorgan a favor de los pueblos y comunidades indígenas y originarias la propiedad colectiva sobre sus tierras, reconociéndoles el derecho a participar del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos renovables existentes en ellas⁴⁵.

La Ley de Medio Ambiente impone al Estado la obligación de crear los mecanismos y procedimientos necesarios para garantizar la participación de comunidades tradicionales y pueblos indígenas en los procesos de desarrollo sostenible y, asimismo, para acceder al uso racional de los

41 Artículo 3, D.S. 26.151, 12 de Abril del 2001, Servicio de Asistencia Jurídica a Pueblos indígenas y Originarios.

42 Artículo 9, Párrafo I, numeral 5, Ley 1.715 (1996).

43 Artículo 62, Ley 1.333, Abril de 1992, Ley de Protección y Conservación del Medio Ambiente.

44 Artículo 64, Ley 1.333, Abril de 1992, Ley de Protección y Conservación del Medio Ambiente. El reglamento general de áreas protegidas está establecido en el D.S. N° 24.781 del 31 de Julio de 1997, que regula la gestión de las áreas protegidas y establece un marco institucional conforme a las normas de la Ley 1.333 del Medio Ambiente de 1992 y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por Bolivia por Ley N° 1.580 de 1994.

45 Artículo 3, párrafo III, Ley 1.715 (1996).

recursos naturales renovables considerando sus particularidades sociales, económicas y culturales en el medio donde se desenvuelven sus actividades. Además, deberá garantizar el rescate, difusión y utilización de los conocimientos tradicionales sobre uso y manejo de recursos naturales con la participación directa de las comunidades y pueblos indígenas.

La Ley Forestal garantiza a los pueblos indígenas la exclusividad en el aprovechamiento forestal en tierras comunitarias de origen debidamente reconocidas de acuerdo al artículo 171 de la Constitución Política del Estado y a la Ley N° 1.257 que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) El área intervenida con fines industriales está sujeta al pago de la patente de aprovechamiento forestal mínima y a la autorizaciones que impone la Ley para el ejercicio de la actividad forestal de esta envergadura⁴⁶.

Finalmente debe señalarse que la ley resuelve los conflictos que puedan suscitarse con ocasión del uso y explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, por medio de generar un derecho preferente a favor de los pueblos indígenas (artículo 13, Segunda, párrafo I, Ley 1.715 [1996]) (Yáñez y otros, 2004).

46 Artículo 32, párrafo II, Ley N° 1.700, Régimen Forestal de la Nación (1996). Cabe señalar además que el ordenamiento jurídico boliviano ha reconocido derechos específicos a algunos pueblos para la gestión de los recursos naturales existentes en sus territorios ancestrales:

- En el caso específico del pueblo *sirionó*, el legislador ha reconocido la facultad de aprovechar racionalmente los recursos hídricos, tierra, flora y fauna existentes en su territorio, de acuerdo con sus usos, costumbres y necesidades de desarrollo.
- Por Decreto Supremo N° 22.611, de 24 de septiembre de 1990, se declaró la región de Chimanes Área Indígena y se reconoció que ésta área constituye el espacio socio-económico para la sobrevivencia y desarrollo de las comunidades y asentamientos indígenas *chimanes*, *mojeños*, *yucares* y *movimas*, que son sus habitantes ancestrales.

No obstante, se declara como zona de aprovechamiento empresarial del Área Indígena Región de Chimanes el área no comprendida en el territorio de protección y los territorios de ocupación ancestral indígena (Yáñez y otros, 2004).

Reconocimiento del derecho consuetudinario y el acceso de los indígenas a la justicia

Una mención cabe hacer en relación al reconocimiento en Bolivia del derecho consuetudinario indígena así como en general al acceso de los pueblos indígenas a la justicia estatal en el ordenamiento jurídico. Como se señaló en los párrafos precedentes, la Constitución reconoce la existencia de autoridades tradicionales, así como su facultad de ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias, como solución alternativa de conflictos de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política del Estado y a las leyes. Conforme al texto constitucional, corresponderá a la ley compatibilizar estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado (artículo 171 CPE).

Por su parte el Código de Procedimiento Penal reconoce la justicia comunitaria y la extinción de la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario indígena. Ello siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. Esta Ley establece así mismo que si la persona juzgada no habla el idioma oficial debe ser asistido por un intérprete (Código de Procedimiento Penal No.1970 del año 2001, en IIDH, *Mapa de Progresos en Derechos Humanos*, s.f.).

El Decreto Supremo No. 25203, del 23 de mayo de 1998, crea el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas y Originarios

de Bolivia cuyas atribuciones específicas son concertar políticas destinadas a desarrollar la naturaleza multiétnica y pluricultural del país, especialmente lo relativo a los derechos sociales, económicos y culturales de los Pueblos Indígenas y Originarios de Bolivia (Artículo 2).

Con esta misma lógica el Decreto Supremo No. 26151 del 12 de abril del 2001, crea el Servicio de Asistencia Jurídica a Pueblos Indígenas y originarios, cuyas funciones específicas son:

- Promover el carácter multiétnico y pluricultural del país.
- Velar por el cumplimiento y aplicación de la legislación que establece los derechos y promueve el desarrollo del sector campesino, indígena y originario.
- Procurar y promover el reconocimiento del derecho propietario a la tierra y recursos naturales de las comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios.
- Apoyar el proceso de implementación de las diferentes leyes, decretos y reglamentos que incorporen la temática campesina, indígena y originaria.
- Promover y gestionar la incorporación de los derechos de las comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios en las nuevas leyes a ser aprobadas en el país, a través de propuestas de normas concertadas y consensuadas con los diferentes sectores involucrados: organizaciones campesinas, indígenas y originarios, poderes del Estado y sociedad civil.

Para perfeccionar el régimen de pluralismo jurídico reconocido en el ordenamiento jurídico boliviano, se elaboró en el año 1998 un anteproyecto de Ley de Justicia de los

Pueblos Indígenas y Comunidades Indígenas-Campesinas, cuyos contenidos normativos incluían: (i) identificar a los sujetos de la Ley; (ii) señalar el ámbito de la competencia personal territorial y material de las autoridades para administrar la justicia; (iii) estipular el carácter obligatorio de su aplicación; (iv) establecer los límites de la justicia comunitaria en la violación de los Derechos Humanos fundamentales; (v) identificar los niveles de coordinación con la justicia ordinaria; y finalmente (vi) dictaminar la resolución de conflictos entre comunidades y pueblos indígenas⁴⁷.

Dicho anteproyecto de Ley, según lo informado por Mullucundo, se basa en ciertos principios básicos que incluyen la paridad entre el sistema del derecho positivo y el derecho consuetudinario, de tal manera que se constituya un sistema jurídico plural, pero al mismo tiempo esté orientado a integrar ambos sistemas a través de la aplicación de la defensa de los derechos humanos en todos los ámbitos, iniciando una nueva etapa en la pluralización del Estado boliviano (Mullucundo, 2004).

A nivel del poder Ejecutivo existen una serie de instituciones con competencia en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos y acceso a la justicia de personas de pueblos indígenas. El Ministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios (MAIPO), brinda servicios de asesoramiento y asistencia técnica a las organizaciones indígenas, siendo de su competencia otorgar asesoramiento jurídico en la preparación de demandas para el saneamiento y titulación de TCO's y la realización de trámites destinados al otorgamiento de personalidades jurídicas a las organizaciones comunitarias y de origen. Asimismo, corresponde al MAIPO impulsar acciones de promoción de los derechos humanos de pueblos indígenas y originarios.

47 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Justicia Comunitaria: Tomo 10, 1998.

Por su parte, el Viceministerio de Justicia, ejecuta diversos proyectos, planes y programas, destinados a garantizar el acceso a la justicia de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas⁴⁸.

Respecto a los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, en Bolivia éstos han tenido un desarrollo incipiente. En 1977 se aprobó la Ley de Arbitraje y Conciliación (No. 1770) que permite la conciliación extrajudicial de mutuo acuerdo para las resolución de cualquier controversia susceptible de transacción antes o durante la tramitación de un proceso judicial, los que han tenido una aplicación limitada. En razón de ello, Mullucundo consigna que es importante fortalecer los mecanismos del arbitraje, conciliación, la

⁴⁸ Estos proyectos, planes y programas han incluido: “Pueblos Indígenas y Empoderamiento”, financiado por la Cooperación Suiza (COSUDE), cuyo objetivo principal es promover, difundir, capacitar y defender los derechos de los pueblos indígenas, para lo cual ha implementado Oficinas regionales en zonas estratégicas de Bolivia como Riberalta en la Amazonía, Monteagudo en el Chaco y Challapata en la región andina del país. Dichas oficinas prestan servicios de asesoramiento, asistencia jurídica y social, desarrollan acciones de promoción, protección, defensa y capacitación sobre derechos humanos de personas indígenas en las regiones de trabajo. Asimismo, en los últimos años, ha desarrollado una línea de alerta temprana, debido al incremento de los conflictos sociales en el país, constituyéndose en varias oportunidades como facilitador del diálogo; el “Programa Sociedad Civil y Acceso a la Justicia (PSCAJ), financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Tesoro General de la Nación, cuyo objetivo es impulsar el fortalecimiento de los servicios legales ya existentes que brindan asistencia y patrocinio a las personas de escasos recursos económicos, incluido los indígenas. Además, provee servicios interdisciplinarios complementarios cuando éstos se requieran; crea espacios alternativos de solución de conflictos y apoya la utilización del derecho consuetudinario; aporta a la formación de equipos interdisciplinarios para asistir a víctimas de delitos y para el desarrollo de actividades de prevención; facilita la capacitación y difusión a diferentes grupos humanos en referencia a sus derechos obligaciones y mecanismos de exigibilidad y restitución de los mismos; sensibiliza a los operadores de justicia y agentes del Estado sobre la importancia del acceso a una justicia eficiente y eficaz, respetando además, los usos y costumbres de las comunidades campesinas e indígenas, y los derechos humanos; y el “Programa de Defensa Pública”, institución descentralizada, con autonomía funcional y patrimonial, sujeta a la tuición del Viceministerio de Justicia, cuyo objetivo es proveer asistencia jurídica gratuita a la población más vulnerable sometida a procesos penales (Mullucundo, 2004).

justicia comunitaria y otros de manera que la población disponga de alternativas de resolución de conflictos en forma pacífica, y evitando la judicialización de los conflictos (Mullucundo, 2004).

A pesar de los avances normativos, los proyectos, planes y programas impulsados por el gobierno y las acciones propiciadas desde la sociedad civil para posibilitar el acceso de los indígenas a la justicia en Bolivia, diversos factores obstaculizan este objetivo. Entre ellos se debe mencionar la inestabilidad institucional del Estado boliviano, la judicialización de los conflictos, la ineficiencia de la administración pública, la violación de los derechos humanos y la impunidad, hechos que a la postre, se traducen en una violación sistemática de los derechos humanos e indígenas. A ello se agregan la falta de profesionales conocedores de la realidad indígena que favorezcan la adecuada implementación de políticas interculturales; la no previsión de traductores e intérpretes en los procedimientos judiciales; la falta de presencia de la justicia ordinaria en los territorios indígenas; la subsistencia de prácticas discriminatorias; el desconocimiento del derecho consuetudinario indígena y la imposición hegemónica de la legislación nacional. Todas estas son, a juicio de Mullucundo, falencias que se observan en el sistema judicial boliviano y que dificultan el acceso de los indígenas a la justicia (Mullucundo, 2004).

1.3. El Defensor del Pueblo de Bolivia

1.3.1. Antecedentes de su creación

Tras la recuperación de la democracia en el año 1982, Bolivia inicia un proceso de reformas institucionales destinadas a su consolidación. El proceso de reforma se inicia con la aprobación de la Ley de Organización Judicial y

adquiere su máxima expresión a través de la reforma constitucional de 1994⁴⁹, por medio de la cual se impulsa un proceso de transformación del poder judicial que se materializa en los siguientes cambios:

i) Creación de nuevas instituciones como el Tribunal Constitucional, la Defensoría el Pueblo y el Consejo de la Judicatura; ii) modificaciones a la integración del Tribunal Agrario Nacional, que significaron una redistribución de las funciones administrativas y judiciales del organismo; iii) cambios en los mecanismos de designación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en general, de los integrantes de la nueva cúpula judicial, y iv) reconocimiento constitucional de la justicia de los pueblos indígenas y sus comunidades. Paralelamente se impulsan reformas legales entre las que resaltan: i) aprobación de los procedimientos administrativos de reclamación; ii) reglamentación del Servicio Nacional de Defensa Pública; iii) reconocimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación y el arbitraje; iv) reformas en el marco de un proceso judicial eficiente y transparente, lo que se expresa en modificaciones legales que promueven la abreviación procesal y el uso obligatorio del papel sellado en las instancias de reclamación judicial; v) promulgación nuevo Código de Procedimiento Pena; y, vi) reglamentación de la carrera judicial (Mullucundo, 2004).

El establecimiento del Defensor del Pueblo u *Ombudsman* en Bolivia se enmarca en este proceso de reestructuración del poder judicial y consolidación de la democracia. La experiencia ha demostrado sin embargo que estas modificaciones, al menos en lo referente al acceso a la justicia y credibilidad del poder judicial, no han dado los frutos esperados.

49 Ley 1.585 de 1994.

Mullucundo (2004) en su estudio sobre esta institución y su rol en materia de derechos indígenas⁵⁰ puntualiza que los cambios han sido más bien formales y que la designación de los jueces sigue efectuándose al margen de las reformas, por favores políticos. Asimismo, no se ha consolidado la carrera judicial como era la aspiración de la reforma y persisten prácticas no éticas que impactan la independencia del poder judicial, el acceso de los ciudadanos a la justicia y los niveles de confianza y credibilidad de la población respecto a la justicia que se imparte en el país. El Consejo de la Judicatura, por su parte, no ha cumplido su rol de posicionar y mejorar los niveles de credibilidad de las instancias judiciales en la población y el Estado, y se ha negado a reconocer efectivamente las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas para resolver sus conflictos mediante el ejercicio de la justicia comunitaria.

En este escenario, que se manifiesta en una suerte de crisis institucional y endémica del poder judicial en Bolivia, cabe al Defensor del Pueblo un rol histórico destinado a garantizar que toda persona o grupo de personas puedan gozar de sus derechos, a través de tener un acceso real y efectivo a los mecanismos de exigibilidad de tales derechos.

Cabe tener presente que el Defensor del Pueblo nace a la vida institucional boliviana en un escenario socio-político en el cual el movimiento indígena y campesino tiene un rol protagónico en la reivindicación y defensa de sus derechos.

La historia de postergación de los pueblos indígenas en Bolivia ha tenido un vuelco inédito en los últimos años. La emergencia del movimiento indígena y campesino a partir de

50 Mullucundo Cadena, Eugenio, *Estudio de Campo en Bolivia, Acceso a la Justicia de las Personas y Los Pueblos Indígenas y la Defensoría del Pueblo*. (Consultoría para IIDH), La Paz, Bolivia, 2004.

las últimas elecciones presidenciales del año 2002 ha sido sorprendente. En dichos comicios las organizaciones campesinas e indígenas, a través del Movimiento al Socialismo (MAS) y el Movimiento Indígena Pachacuti (MIP), obtuvieron 41 escaños parlamentario de un total de 151.

Estos representantes, puntualiza Mullucundo, han jugado un rol importantísimo en las labores de fiscalización que son asignadas al Congreso y en el desarrollo normativo, haciendo posible la aprobación de la reforma constitucional el año 2004, la Ley de Referéndum sobre el Gas, la aprobación del Juicio de Responsabilidad contra el ex Presidente de la República Gonzalo Sánchez de Losada y su Gabinete y el análisis y discusión democrática de la Ley de Hidrocarburos (Mullucundo, 2004).

Asimismo, ha tenido particular importancia el movimiento indígena y campesino, urbano y rural en las acciones de movilización social que han tenido lugar en el país en los últimos años, destacando su participación en la denominada Guerra del Agua de Cochabamba que tuvo lugar en el año 2000 y en la revuelta de septiembre y octubre del año 2003 que terminó con el derrocamiento del Presidente Sánchez de Losada (Mullucundo, 2004).

No es factible, en consecuencia, que el Defensor pueda abstraerse de considerar la cuestión indígena como prioritaria en su gestión de promoción y defensa de los derechos humanos. Por ello cobra particular importancia su gestión en el área de promoción y protección de los derechos indígenas particularmente de los derechos colectivos sobre el territorio y los recursos naturales.

1.3.2. Naturaleza y competencias de la Defensoría del Pueblo

La institución del Defensor del Pueblo está regulada en los artículos 127 a 131 de la Constitución Política de Bolivia, los que disponen que esta entidad sea el órgano encargado de velar por la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías de las personas en relación a la actividad administrativa de todo el sector público. Asimismo, tienen por cometido velar por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos⁵¹. El Defensor está facultado para interponer acciones de inconstitucionalidad, nulidad, amparo y hábeas corpus⁵² (Comisión Andina de Juristas, 1996).

Complementando el texto constitucional, se promulgó la Ley No. 1.818 del 22 de diciembre de 1997, que establece el estatuto administrativo del Ombudsman o Defensor del Pueblo.

La nominación del Defensor del Pueblo corresponde al Congreso Nacional, y es adoptada con el voto de dos tercios de los miembros presentes y desempeña sus funciones por un período de cinco años, pudiendo ser reelecto por una sola vez (artículo 128 CPE) Los candidatos postulan a través de un concurso público y la sociedad civil está facultada para proponer o impugnar candidatos, cuando éstos no cumplan con los requisitos administrativos y de probidad que exige la Ley (artículo 7, Ley 1818).

Con el objeto de garantizar la independencia en el ejercicio de sus funciones, la Constitución establece expresamente que la Defensoría no recibe instrucciones de los poderes

51 Artículo 127, CPE.

52 Artículo 129, CPE.

públicos (artículo 127 CPE). Asimismo, dispone que no puede postular a cargos de elección popular por un período de cinco años, posteriores al cese de sus funciones (artículo 9, Ley 1818).

En cuanto a la competencia corresponde a la Defensoría del Pueblo velar por la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías de las personas en relación a la actividad administrativa de todo el sector público (artículo 127 CPE). La ley le ha encomendado, además de esta competencia general en el ámbito de los derechos humanos, ciertas competencias específicas relevantes para este estudio como son:

- Velar por el respeto a la condición multiétnica y pluricultural de la sociedad boliviana y promover la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas (artículo 11.9, Ley 1818);
- Promover y velar por los derechos de las mujeres (artículo 11.10, Ley 1818), policías y militares (artículo 11.11, Ley 1818);
- Vigilar la situación de personas privadas de libertad (artículo 11.6, Ley 1818).

Para el cumplimiento de este mandato se le asignan a la Defensoría las siguientes funciones:

- **Función educativa:** La Defensoría está facultada para diseñar, elaborar y ejecutar programas de promoción y divulgación de los derechos humanos.
- **Función investigativa:** La Defensoría, de oficio o a petición de parte, puede denunciar o investigar actos y omisiones de la administración que vulneran los derechos fundamentales (artículo 11.1, Ley 1818).

Para el efectivo cumplimiento de su función investigativa, la Defensoría tiene libre acceso a los centros de detención, reclusión e internación (artículo 129 CPE) y está facultada para requerir de las autoridades del Estado toda la información que sea necesaria para su fiel desempeño, siendo obligación de las autoridades proporcionarlas (artículo 129, CPE).

- **Función de procuraduría:** La Defensoría puede interponer recursos de inconstitucionalidad, nulidad, amparo y hábeas corpus sin necesidad de mandato (artículo 11.1, Ley 1818).

- **Función de iniciativa normativa:** Puede proponer modificaciones de leyes, decretos y resoluciones no judiciales, relativas a derechos humanos (artículo 11.5, Ley 1818). Puede recomendar al ejecutivo la suscripción de tratados internacionales sobre derechos humanos (artículo 11.7, Ley 1818).

La Defensoría del Pueblo actúa a través de recomendaciones, las que pueden estar dirigidas a los órganos de la administración pública, Consejo de la judicatura y Fiscalía General de la Nación (artículo 11.4, Ley 1818).

Para exigir el cumplimiento de estas recomendaciones la ley contempla, algunas alternativas: Si se impide u obstaculiza el trabajo del Defensor y este desacato es constitutivo de delito, se remite al Ministerio Público. Si el desacato es imputable a un accionar negligente, se considera falta grave y debe ser sancionado administrativamente (artículo 27, Ley 1818).

Cualquier persona natural o jurídica puede presentar queja escrita o verbalmente ante la Defensoría. El plazo para formular la queja es de un año, a partir del momento en que

tuvo conocimiento de los hechos. Una vez formulada la queja, se requiere al funcionario o entidad para que informe por escrito sobre los hechos investigados, en un plazo de diez días.

Coadyuvan en la gestión de la Defensoría oficinas especiales que tienen a su cargo el trabajo con grupos vulnerables y desarrolla los siguientes programas:

- Derechos de la mujer
- Derechos de la niñez y adolescencia
- Derechos de la población adulta
- Derechos de la población indígena y campesina
- Derechos de la población privada de libertad
- Derechos de las personas con discapacidad

Para el desempeño de su cargo el Defensor del Pueblo cuenta con representaciones departamentales y especiales y mesas defensoriales distribuidas por todo el país.

1.3.3. La actuación de la Defensoría en materia de derechos de los pueblos indígenas

La organización desconcentrada de la Defensoría del Pueblo le ha permitido establecer representaciones defensoriales y mesas defensoriales en regiones del Chaco, la Amazonía, zona Andina e interandina y representaciones especiales en el Alto de La Paz y Chapare en Cochabamba, que corresponde a las de mayor concentración indígena. Estas representaciones actúan bajo el paraguas institucional de la Adjutoría de Programas y Actuaciones Especiales, relacionados con las iniciativas defensoriales, para la defensa de los derechos humanos y ciudadanos de los grupos humanos más vulnerables.

La Adjutoría de Programas y Actuaciones Especiales tiene bajo su jurisdicción la Unidad Nacional de Programas

Especiales y está en vías de incorporar a la estructura organizativa institucional la Unidad Nacional de Conflictos Sociales y Actuaciones Urgentes y la Unidad Nacional del Programa de Derechos Humanos del Campesinado y Pueblos indígenas, según ha quedado establecido en la estrategia de reestructuración del Defensor del Pueblo (2001-2006), que se hiciera pública en Junio del 2004 (Mullucundo, 2004).

A la fecha, la Adjuntoría de Programa Especiales tiene a su cargo el Programa de Derechos Humanos del Campesinado y Pueblos Indígenas. De acuerdo al Plan Estratégico Quinquenal (2001-2006) del Defensor del Pueblo, el Programa tiene por objeto atender los derechos colectivos del campesinado y pueblos indígenas y utilizar la función mediadora de la Defensoría y las prerrogativas que permiten impulsar investigaciones de oficio en casos de relevancia e impacto social que afecten en forma sistemática a los derechos humanos de los Pueblos indígenas (Mullucundo, 2004).

También presenta relevancia desde la perspectiva de los derechos indígenas la Unidad Nacional de Conflictos Sociales y Actuaciones Urgentes, a través de la cual el Defensor enfrenta situaciones de conflicto social y pone a disposición de los ciudadanos mecanismos para prevenir la violación de los Derechos Humanos, prevenir el acercamiento de las partes en conflicto y buscar el reestablecimiento de la paz social. Es del caso que muchos de estos conflictos tienen como protagonistas a campesinos y pueblos indígenas y originarios provenientes del sector rural y urbano.

El Defensor del Pueblo cuenta con amplias facultades para intervenir y desarrollar acciones de promoción, difusión y educación en Derechos Humanos en general y, en particular, de los Derechos Humanos del Campesinado y Pueblos Indígenas.

La actuación del Defensor, sin embargo, se encuentra restringida a casos de violación de Derechos Humanos por acción u omisión de funcionarios públicos o autoridades de la

administración del Estado, centralizada y descentralizada, autónomas, desconcentradas y, en general, respecto de cualquier órgano del Estado. El ámbito de competencia se extiende a cooperativas e instituciones privadas que prestan servicios públicos en el marco de su función pública. Lo expuesto significa, a contrario sensu, que el Defensor no puede intervenir en casos de abusos o atropellos en que incurren grupos de poder transnacionales, nacionales o locales en contra de la población indígena. El asunto es relevante porque son múltiples los casos de denuncia de violaciones de derechos indígenas, tales como quema de vivienda, homicidios, hostigamientos, daños ambientales, ocasionados por terratenientes, empresarios agroindustriales y ganaderos, empresas mineras, en los cuales el Defensor no puede intervenir (Mullucundo, 2004).

i. Función de investigación

La estadísticas de la Defensoría dan cuenta de la cantidad de casos presentados a su conocimiento e investigación, y entrega una ordenación de los mismos por derechos vulnerados. En general las estadísticas reportadas en los Informes Anuales emitidos por el Defensor y analizada detalladamente por Mullucundo, reflejan una escasa concurrencia de personas pertenecientes a pueblos indígenas u originarios, formulando quejas o reclamaciones sobre violaciones de sus derechos específicos. Las razones parecen ser que la base estadística estandariza las quejas por derechos vulnerados y no por recurrentes y que, además, el estatuto de derecho vulnerados que se considera es el establecido en el texto constitucional como derechos y garantías del hombre y el ciudadano por tanto responde a la primera generación de derechos humanos y algunos derechos económicos y sociales, como los derechos laborales y de seguridad social. En efecto, se ha establecido un formulario único para cada caso que se presente en el cual son registradas las quejas formuladas.

En todo caso, llama la atención que los derechos más vulnerados corresponden al ejercicio del derecho de petición (13,6 %-2001) (11,5%-2002) y (21,7 %-2003)⁵³ y debido proceso (43,3%-2001) (38,2%-2002) y (13,7%-2003)⁵⁴, lo que demuestra una crisis de la institucionalidad estatal –poder ejecutivo y judicial– para atender las demandas ciudadanas en pos de la protección de sus derechos (Mullucundo, 2004).

La labor investigativa de la Defensoría se vio reforzada al inicio de su gestión cuando efectuó un estudio de diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos del campesinado y pueblos indígenas en Bolivia y en relación con la legislación nacional e internacional. Posteriormente, ha desarrollado una labor investigativa en la cual destacan los siguientes casos emblemáticos:

- Caso Panantí, investigación de oficio de una situación de conflicto producida con ocasión de problemas de tenencia y propiedad de la tierra en Yacuiba, donde perdieron la vida 7 personas y resultaron heridas otras 18, debido a problemas de tenencia y propiedad de la tierra. Los hechos ocurrieron el viernes 9 de noviembre del 2001, cuando un grupo de campesinos pertenecientes al Movimiento Sin Tierra intentaron desalojar a otro grupo de agricultores que reclamaba para sí la propiedad. La investigación concluyó con una Resolución Defensorial No. 00011/2002 del 30 de Enero del 2002, por la que se recomienda a las autoridades del Instituto Nacional de Reforma Agraria asumir las obligaciones que le impone la ley para proceder de manera eficiente al saneamiento de la propiedad agrícola y prevenir conflictos sociales.

53 VI Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional, 2003.

54 VI Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional, 2003.

- Proyecto Binacional Perú-Bolivia de dragado para la regulación de aguas del Lago Titicaca, ejecutado por la Autoridad Binacional Autónoma del Lago Titicaca (ALT) cuya ejecución amenaza el ecosistema del lugar afectando a las comunidades ribereñas, por la desaparición de totorales, llauchus, peces y aves que conforman el ecosistema lacustre. Ello además de impactar los cultivos de pastos, alfalfa y cebada que sirven de forraje para los animales. La recomendación del Defensor dispuso la indemnización de los afectados por daños ocasionados por el embalse de las aguas del Lago Titicaca; la realización de una auditoría ambiental para establecer los daños al ecosistema, al medio ambiente y a las personas y comunidades circundantes al Lago; la contratación de mano de obra de comuneros de nacionalidad boliviana provenientes de comunidades aledañas al Lago, para el desarrollo de trabajos en la construcción de la obra; la implementación de mecanismos de consultas a comuneros y acciones para promover la participación de los mismos en todo el proceso de trabajo y la administración del proyecto; promover programas de repoblamiento de peces, aves y plantas nativas propias de la región del Lago, mediante tecnologías apropiadas a la región en coordinación y con la participación de comuneros afectados (Mullucundo, 2004)⁵⁵.

ii. Función de mediación

La función mediadora del Defensor del Pueblo como garante del reconocimiento y respeto de los derechos indígenas se efectúa a través del Programa del Campesinado y

⁵⁵ Resolución Defensorial No. RD/LPZ/0035/2002/AP.

Pueblos Indígenas y la Unidad de Conflictos Sociales y Actuaciones Urgentes, los que promueven el diálogo y el acercamiento entre el movimiento indígena y el Gobierno. Para asumir esta función de conciliación y mediación, el Defensor ha establecido alianzas estratégicas con la Iglesia Católica y la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia.

Con ocasión de la III marcha por el “Territorio y la Dignidad” se suscribió el 15 de Julio del año 2000 un acuerdo entre el Estado y las organizaciones indígenas, que consta de 19 puntos referidos a adecuaciones normativas sobre la ley de tierras, titulación de Territorios Comunitarios de Origen, asignación de recursos para el desarrollo de los pueblos y organizaciones indígenas y campesinas. En esta ocasión el Defensor del Pueblo junto a la Iglesia Católica y la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia se constituyeron en garantes del cumplimiento del acuerdo (Mullucundo, 2004).

Las acciones más relevantes de conciliación y mediación efectuadas por el Defensor del Pueblo en el campo de los derechos indígenas son:

- Conflicto étnico entre *ayllus* del Norte del Departamento de Potosí y del Sur del Departamento de Oruro, donde correspondió al Defensor buscar alternativas para la superación del conflicto y gestionar el cumplimiento de las demandas de los pueblos originarios en conflicto no satisfecha por las instancias de gobierno.
- Ocupaciones de tierras efectuadas por el “Movimiento sin Tierra” en los departamentos de La Paz, Santa

Cruz, Tarija, Chuquisaca⁵⁶ y Cochabamba, donde interviene el Defensor como facilitador del diálogo y garante del pleno respeto de los derechos humanos mientras persista la situación de conflicto.

- Proceso de saneamiento de TCO en las diferentes regiones del país, destacando los siguientes casos: Guarayos, Carmen Rivero y los Yuquises en Santa Cruz y disputas entre M-ST y la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG) en Tarija-Yacuiba. El Defensor ha hecho seguimiento de estos casos para garantizar que se efectúen con pleno respeto de los derechos humanos y prevenir situaciones de conflictos.
- Proceso de erradicación de la hoja de coca (Bolivia-Estados Unidos), presentándose situaciones de conflicto entre las fuerzas combinadas de la policía y el ejército y los productores de hojas de coca en Cochabamba y en los Yungas de la Paz. En este proceso, el Defensor ha cumplido una importante función de vigilancia en la observación de los derechos humanos y mediación para la superación de los conflictos en una zona que se encuentra en permanente tensión.
- Ejecución de megaproyectos en territorios indígenas –mineros, petroleros, madereros, construcción de caminos, etc.–, donde el Defensor ha cumplido una función de seguimiento y supervigilancia a las empresas ejecutoras, instando a los organismos

⁵⁶ En la provincia Hernando Siles viven cerca de medio millar de familias cautivas, esto es al interior de tierras particulares y sometidas al poder fáctico del propietario, con quienes el Estado de Bolivia asumió el compromiso de asignarles tierras, mediante un convenio suscrito con la Asamblea del Pueblo Guaraní, sin haber cumplido el acuerdo, a pesar de que el plazo se venció con fecha 15 de octubre del 2004 (Mullucundo, 2004).

públicos pertinentes para que se de cumplimiento a las normas ambientales y se eviten daños al ambiente y a los pueblos indígenas, sus miembros y comunidades. Los casos más relevantes en los que ha tomado parte el Defensor vinculados a megaproyectos han sido el de la mina Inti Raymi en Oruro⁵⁷, el proyecto don Mario en Santa Cruz, el proyecto Conosur en Potosí, y la contaminación del río Pilcomayo a consecuencia de la ejecución de un proyecto minero en Chuquisaca y Tarija⁵⁸.

iii. Función de iniciativa normativa

Entre las principales actividades realizadas por la Defensoría en este ámbito destacan:

- La promoción de una reforma constitucional en lo referido al régimen agrario y de terratenencia campesina, por considerar que en este ámbito se estaban vulnerando derechos de los campesinos y de los pueblos indígenas, vinculados a la propiedad de la tierra, el uso, manejo y administración de los recursos naturales y el derecho a la consulta y participación establecido en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales y naciones que así lo estipulan (Mullucundo, 2004).

57 El conflicto alcanzó su máxima expresión el día 19 de Enero del 2004 cuando un grupo de comuneros (as) de Saucari, Cercado y Poopó, iniciaron una huelga de hambre para presionar al gobierno y exigir se emita un decreto supremo que autorice la contratación por excepción de una empresa que realice la auditoría ambiental en el área de influencia de las operaciones mineras de la Empresa Minera Inti Rayma S.A. (MISA) para determinar si hay contaminación o daño ambiental (Mullucundo, 2004).

58 En el caso de contaminación de la cuenca del río Pilcomayo, el Defensor califica de “negligente” la actitud del Ministerio de Desarrollo sostenible al cual acusa de postergar de manera injustificada la puesta en vigencia del Manifiesto Ambiental para el desarrollo de la actividad minera, “pese a conocer la gravedad de la situación y los efectos sobre la población”.

- La formulación de recomendaciones al Congreso Nacional⁵⁹, instándolo para que el Anteproyecto de Ley contra la Discriminación que se discutía en el Parlamento fuese incorporado al Código Penal tipificando la discriminación como conducta delictiva, sugiriendo que se incluyera como agravante de responsabilidad cuando el sujeto activo del delito de discriminación fuese un funcionario público y recomendando que el juzgamiento de estos delitos se sujete siempre a la justicia ordinaria.
- La canalización, a instancia de las organizaciones indígenas, originarias y campesinas, de la demanda indígena a través de representaciones ante el Congreso Nacional para que éstas fuesen incorporadas en la Ley de Hidrocarburos, recientemente aprobada.
- La participación en el proceso de elaboración del proyecto de Ley del Trabajo Asalariado del Beneficiario de la Castaña, normativa que tiene por objeto, regular el trabajo realizado por las trabajadoras y trabajadores en el proceso de beneficiado de la Castaña y adoptar los estándares que establecen las convenciones, tratados internacionales y la legislación laboral vigente. La normativa favorece a mujeres y hombres de origen indígena del norte amazónico, que trabajan en la recolección de castaña y cuyos derechos laborales son vulnerados sistemáticamente.
- La formulación de una propuesta de reforma constitucional destinada a ampliar e incluir nuevos derechos en el texto constitucional, como la reformulación del concepto de libertad de expresión, derecho a la asociación y a la libertad de pensamiento,

59 30 de abril del 2001.

incorporación de los derechos al medio ambiente y al desarrollo sostenible, a una administración pronta y oportuna, los derechos de consumo y uso, el derecho a la información y las garantías relativas a la restricción de libertad, el derecho a guardar silencio, la defensa material, derecho recurrir al juez natural, los principios de favorabilidad, legalidad y debido proceso entre otros.

A través de estas reformas la Defensoría aspira a ampliar su accionar desde la perspectiva de los derechos sustantivos reconocidos en el ordenamiento jurídico boliviano, favoreciendo las adecuaciones normativas para enfrentar los desafíos y retos que impone el carácter dinámico de los derechos humanos, tal y como se observa en el ámbito de los derechos indígenas (Mullucundo, 2004).

iv. Informes temáticos

Según se ha evidenciado en el presente informe, los principales conflictos que afectan los derechos humanos de los pueblos indígenas de Bolivia dicen relación con los derechos indígenas a la tierra. Tal como señala Silvia Urrutia, de la Defensoría del Pueblo, la temática de las tierras indígenas en Bolivia no sólo implican un problema agrario, pues sus efectos son mucho más profundos y multiplicadores, ya que lo que se encuentra en entredicho no son meras parcelas, sino un conjunto de recursos naturales apetecidos por propios y extraños (bosques, biodiversidad, recursos mineros, hidrocarburos)⁶⁰.

Por esta razón la Defensoría, se avocó a la tarea de evacuar un informe especial sobre los Derechos a la Propiedad

60 Silvia Urrutia, Programa de Derechos Humanos del Campesinado y Pueblos Indígenas, Defensoría del Pueblo de Bolivia, comentario al estudio de campo de Eugenio Mullucundo sobre la Defensoría de Bolivia, San José Agosto 2005.

y la tenencia de la Tierra y el Proceso de Saneamiento, el que data del mes de agosto del año 2004. Según lo expresado por la Defensoría al presentar el informe una de las causas inmediatas del mismo proviene de la persistencia de situaciones de conflicto social y bloqueos originada en la problemática agraria y los derechos sobre la tierra, que constituyen una de las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas y comunidades campesinas frente al estado. El Defensor, en su presentación da cuenta de los dramáticos hechos que se han suscitado con motivo de estas demandas y la frustración por la falta de soluciones, que han derivado en vulneración de derechos que exceden los derechos territoriales, afectando derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida, la convivencia pacífica, la libertad, etc. (Informe Especial Defensoría, 2004).

El informe se pronunció, en primer lugar, sobre la situación general y avances del proceso agrario en Bolivia.

En el mes de agosto del año 2002 y con motivo de presentarse el denominado “Plan Tierra” diseñado bajo el gobierno del Presidente Sánchez de Lozada, se informó que de un total de 107,4 millones de hectáreas que debían ser saneadas a octubre del 2006 sólo se habían saneado 15,3 millones de hectáreas, esto es, el 14% de la superficie objeto de regularización. En esta superficie figuran aproximadamente 4 millones de hectáreas que corresponden a 12 demandas de Tierras Comunitarias de Origen (TCO) (Informe Especial Defensoría, 2004).

A fines de noviembre del año 2001 el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) había recibido 88 demandas de saneamiento bajo la modalidad de TCO, por una superficie total de 30,8 millones de hectáreas. De éstas, 15 solicitudes fueron cursadas por una superficie de 1,95 millones de hectáreas que corresponden al 12,46% del total demandado, y

se otorgó la correspondiente Resolución Determinativa de Área de Saneamiento y el correspondiente título de dominio (Informe Especial Defensoría, 2004).

En el mes de enero del 2003, lejos de bajar la demanda, ésta había aumentado, siendo presentadas 100 solicitudes de saneamiento como TCO por una superficie de 35 millones de hectáreas. De este total, consigna el informe, se habían saneado y titulado 6,1 millones de hectáreas que equivalen al 18% de la demanda total (Informe Especial Defensoría, 2004).

Por otra parte, en lo que respecta a acceso y distribución de tierras, hasta mediados del año 2002, después de cinco años de aplicación de la Ley de Reforma Agraria, se habían concretado sólo dos proyectos pilotos de asignación extraordinaria de tierras fiscales para nuevos asentamientos. Estos proyectos beneficiaron a 235 familias localizadas en las Provincias Marban del Beni e Ixiamas del departamento de la Paz (Informe Especial Defensoría, 2004).

Los principales conflictos que se han suscitado con motivo de la problemática de las tierras y en los cuales le ha correspondido a la Defensoría efectuar algunas acciones institucionales son los siguientes:

- Bloqueo de caminos en la región norte amazónica de Bolivia-Riberalta, hecho que tuvo lugar a fines de septiembre del 2002, y que se originó en un problema de tierras entre una Guarnición de la Fuerza Naval de Bolivia y las comunidades de la TCO Cavineña. Según informa la Defensoría a ese conflicto adhirieron otras demandas de las TCO Chacobo-Pacahuara, TIM II y Araona, cuyos planteamientos también estaban relacionados al proceso de saneamiento de tierras. Paralelamente, surgió otro foco de conflicto y que se expresó en la oposición de las federaciones de campesinos en contra de las políticas orientadas a con-

vertir las barracas gomero-castañeras en concesiones forestales;

- También en la región amazónica de Bolivia-Riberalta, el Bloque de Indígenas, Campesinos y Zafreros se movilizan⁶¹ manifestándose en contra de la resolución administrativa No. 001/2003 por la que el Instituto Nacional de Reforma Agraria disponía la reducción de la TCO Chácobo-Pacahuara, de 510.000 hectáreas a 339.000 hectáreas;
- En la comunidad de Timboy, Cantón Caysa de la provincia de Gran Chaco del Departamento de Tarija, se produce un conflicto como consecuencia de las disputas por la propiedad de la tierra que enfrenta a población indígena guaraní con campesinos sin tierra que se encontraban asentados en el lugar denominado Timboy;
- Otra situación de conflicto de la que tomó conocimiento la Defensoría fue de la denuncia por atropellos y resistencia por parte de terceros ilegales en la TCO Monteverde, quienes impidieron el cumplimiento de una misión oficial de la Superintendencia Agraria y que fue acompañada por acciones de amenaza, amedrentamiento y uso de armas de fuego por parte de particulares. El conflicto se suscitó a consecuencia del proceso de saneamiento de la TCO Monteverde y se ha ocasionado por la falta de celeridad en el proceso de saneamiento y la ausencia de la autoridad gubernamental que permitiese garantizar la seguridad ciudadana y restablecer el imperio del derecho;

61 Hechos ocurridos en el mes de marzo del año 2003.

- Conflicto en la localidad de San Buenaventura en el Norte del Departamento de la Paz, relacionado con el saneamiento y titulación de la TCO Tacana;
- Bloqueo de la ruta Camiri-Bapó en la región Chaqueña de Bolivia propiciado por comunidades guaraníes pertenecientes a la Asamblea del Pueblo *Guaraní*, quienes exigían la titulación de TCO y el cabal cumplimiento de los acuerdos suscritos por el gobierno en el marco del conflicto territorial.

Todos estos conflictos demandaron la presencia del Defensor y de las autoridades gubernamentales con competencia en materia de titulación y saneamiento de tierras. La Defensoría propició la generación de mesas de concertación que favorecieran un entendimiento entre las partes y posibilitaran el término a los hechos de violencias que se suscitan en el marco de los conflictos territoriales reseñados, algunos de los cuales terminaron con la suscripción de acuerdos entre las partes y la adopción de compromisos específicos por parte del gobierno. Ello ocurrió en el caso de las comunidades de la TCO Cavineña y de la reducción de la TCO Chácobo-Pacahuara, de 510.000 hectáreas a 339.000 hectáreas.

En casos de conflictos, como los reseñados en los párrafos precedentes, la Defensoría ha convocado la presencia en terreno de la máxima autoridad del Ministerio de Desarrollo Sostenible, del Ministerio de Planificación y Ordenamiento Territorial y del Instituto Nacional de Reforma Agraria, y en general de todas aquellas autoridades competentes en la materia. Ello con el objeto de buscar salidas institucionales a las demandas de tierra, agilizar los procedimientos de saneamiento y garantizar la transparencia de los mismos.

Junto al informe, el Defensor del Pueblo, Waldo Albarracín, propició un evento de reflexión y análisis sobre la problemática agraria y los Derechos de Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas⁶², convocando a expertos en la materia, además de funcionarios de la Defensoría⁶³.

De esta manera el Defensor propició un debate profundo sobre la realidad actual de la problemática agraria y los Derechos de Pueblo Indígenas y Comunidades Campesinas, y aquellos aspectos que deberían encararse a futuro; particularmente aquellos relacionados con las recomendaciones defensoriales del Informe Especial sobre los “Derechos a la Propiedad y a la Tenencia de la Tierra y el Proceso de Saneamiento”.

Las recomendaciones adoptada por la Defensoría en el marco de este encuentro fueron⁶⁴:

- Recuperar imparcialidad y alcanzar una institucionalidad transparente en materia de justicia agraria; promover la adopción de medidas que eviten conflictos de competencia entre el Tribunal Agrario Nacional y el Instituto Nacional de Reforma Agraria, los cuales terminan perjudicando y afectando derechos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas y de otros sectores sociales involucrados;
- Regularizar y dar continuidad al funcionamiento de la Comisión Agraria Nacional (CAN) y las Comisiones

62 <http://www.defensor.gov.bo/contenido/noticias.htm>

63 Participaron del evento el Defensor del Pueblo de Bolivia, Waldo Albarracín, la Adjunta de Promoción y Análisis, Leonor Arauco, la Adjunta de Programas Especiales y Actuaciones Urgentes, Gabriela Justiniano, la Coordinadora Nacional, Zulema Prado, el Secretario General, Guillermo Roca y otros funcionarios del Defensor. Los invitados especialistas en la materia fueron: Miguel Urioste, Carlos Romero y Alejandro Almaráz.

64 <http://www.defensor.gov.bo/contenido/noticias.htm>

Agrarias Departamentales (CADs), en tanto órganos deliberantes y propositivos que pueden garantizar, siempre y cuando se amplíe su representación para dotarla de mayor legitimidad, una decisión democrática en tareas de relevancia como el acceso y redistribución de tierras.

- Revertir los latifundios improductivos, eliminar las medidas de contrarreforma observadas e impugnadas por organizaciones sociales y lograr consensuar e implementar políticas de distribución de tierras y dotaciones extraordinarias.
- Resolver la problemática de demarcación y delimitación de deslindes, principalmente en la región occidental del país.
- Transparentar y actualizar la información sobre la situación del proceso agrario, definir y desarrollar políticas de respaldo a la gestión de las TCO y recuperar los montos adeudados por precios de adjudicación⁶⁵ y de tasas de saneamiento.
- Dar celeridad y concluir los procesos judiciales relacionados a conflictos de tierras e informar públicamente sus resultados, de modo de contribuir al cese de la impunidad.

La Defensoría, conciente de que la problemática de la tenencia de la tierra no es un asunto de fácil e inmediata resolución, se impuso una serie de desafíos que constituyen su agenda en esta materia. Entre los desafíos impuestos destacan:

⁶⁵ El año 2002 la Superintendencia Agraria calculaba el monto adeudado por este concepto en 15.6 millones de dólares.

- Poner en agenda el tratamiento de los derechos indígenas y el régimen agrario en la próxima Reforma Constitucional.
- Atender los casos sobre derecho ambiental y recursos naturales, incluyendo los casos y quejas e iniciativas legislativas en curso.
- Dar continuidad al seguimiento del proceso agrario y el saneamiento de tierras. Al efecto se prestará especial atención al cumplimiento de las recomendaciones defensoriales establecidas en el Informe Especial “Los Derechos a la Propiedad, La tenencia de la Tierra y el Proceso de Saneamiento”.
- No descuidar los conflictos de tierras (ocupaciones, enfrentamientos intersectoriales, violencia, judicialización de procesos, delimitaciones y linderos, etc.), los asuntos referidos a la justicia comunitaria y su adecuación a la normativa y legislación nacional, así como el régimen de semi esclavitud y servidumbre que afecta a las denominadas “comunidades cautivas”, particularmente de las regiones del Chaco y la Amazonía del país.

El Defensor del Pueblo además ha denunciado que la indecisión y falta de voluntad gubernamental, la ineficacia de las instancias de justicia y la falta de transparencia institucional que ha caracterizado al INRA dificultan una solución del problema agrario. Por otra parte, ha consignado que es un hecho cierto que algunos movimientos sociales impiden que el Estado busque soluciones institucionales al conflicto. Es el caso, se sostiene, de legítimas demandas sociales que son desnaturalizadas al confundirse con acciones ilegales, hasta el punto de imponer un poder fáctico que imposibilita soluciones en el marco del estado de derecho y la justicia⁶⁶.

66 <http://www.defensor.gov.bo/contenido/noticias.htm>

v. Función de promoción, difusión y educación

La estrategia del Defensor del Pueblo en el área de la educación se ha sustentado en la capacitación de líderes tradicionales, dirigentes indígenas y la población en general, destinada a transferir información y metodologías apropiadas para que éstos asuman por sí mismos acciones de promoción y defensa de sus derechos (Mullucundo, 2004).

Las acciones promovidas en las áreas de educación y difusión de derechos humanos, según lo informado por Mullucundo, son:

- Campaña de difusión en medios de comunicación, donde se promueven y difunden las funciones del Defensor del Pueblo y los derechos que corresponden a campesinos y pueblos indígenas en idioma quechua, aymará y castellano. Dicha campaña se difunde en 300 radios, de las cuales el 50% tienen cobertura en áreas rurales.
- Plan Piloto de capacitación y formación sobre derechos humanos dirigidos a campesinos y Pueblo Indígenas.
- Plan de capacitación sobre justicia comunitaria y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos.-
- Y elaboración de material educativo y afiches de difusión.

1.4. Análisis crítico y recomendaciones

La práctica de la Defensoría del Pueblo en Bolivia se enmarca en un complejo escenario de creciente convulsión política y social, en que la dimensión étnica y cultural es gravitante. La demanda de los pueblos indígenas y campesinos por el reconocimiento de sus derechos políticos y territoriales está en el eje de las interpelaciones que en los últimos años ha debido enfrentar el Estado boliviano.

En el ámbito político, los pueblos indígenas reclaman su derecho a participar en la conducción de sus propios asuntos, cuestión que en el marco de un Estado en que estos constituyen la mayoría de la población, se traduce en la legítima aspiración de asumir el control de los espacios de poder institucional –Congreso, municipios, entre otros– que existen en su interior. En materia de los derechos territoriales, si bien estos derechos han sido reconocidos mediante la ley y la Constitución, y se han creado mecanismos para su concreción en áreas indígenas –las TCO–, la ausencia de recursos para dar impulso a una política pública efectiva en esta materia, y en general, la crisis de las instituciones del Estado, han frustrado la aplicación de estas leyes postergando el goce de estos derechos por parte de las comunidades indígenas u originarias de Bolivia.

En este contexto las posturas se han ido polarizando y la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas se ha deteriorado sistemáticamente, registrándose situaciones graves de violación no solo de sus derechos colectivos como pueblos, sino también de aquellos de naturaleza individual, como el derecho a la vida y a las libertades públicas. Es aquí donde ha correspondido al Defensor del Pueblo articular instancias de concertación y diálogo a objeto de permitir un acercamiento de las partes y posturas, lo que al menos se ha logrado en algunos casos, evitando hechos de violencia inminente.

Dada la gravitación que tienen los conflictos étnicos que involucran a los pueblos indígenas en el contexto político de Bolivia, y la relevancia que tiene la intervención de la Defensoría del Pueblo en ellos, la percepción que la población tiene de su accionar es positiva. De acuerdo a Mullucundo, la Defensoría está, junto a la Iglesia Católica y a los medios de comunicación, entre las tres instituciones que tienen mayor prestigio en la población (2004). Al respecto señala: “La

estrategia de mediación, facilitación del diálogo y la intervención en conflictos sociales, desarrollada por el Defensor del Pueblo en los 6 años de funcionamiento, le ha permitido no solo prevenir potenciales conflictos y posibles violaciones a los Derechos Humanos, sino el posicionamiento como instancia del Estado promotora y defensora de los Derechos Humanos, ganándose el prestigio y confianza por parte de la población” (Mullucundo, 2004: 73).

Respecto a la percepción indígena sobre la Defensoría y su accionar en materia de derechos indígenas, las opiniones son diversas. Consultados por Mullucundo (2004) comunarios de base y líderes de organizaciones indígenas de zonas aisladas de los centros urbanos, manifestaron desconocer las funciones del Defensor⁶⁷. Un planteamiento similar recogió Mullucundo en organizaciones pertenecientes a comunidades indígenas, ayllus y marcas del Norte de Potosí, al Sur de Oruro⁶⁸.

Autoridades de organizaciones originarias de comunidades, ayllus y marcas afiliados a CONAMAQ, CONSAQ Y JACH'A PACAJES, manifestaron que el Defensor constituía una institucionalidad alejada de las zonas rurales, política y culturalmente. Los representantes indígenas coinciden en que al interior de las comunidades indígenas los problemas se resuelven conforme a los usos y costumbres y que esta alternativa constituye una herramienta más eficaz para la resolución de conflictos⁶⁹. Líderes de la CIDOB, en el oriente boliviano, manifiestan desconocer el trabajo del Defensor ya que este no va a sus comunidades y parece trabajar más en las ciudades⁷⁰.

67 Taller realizado en Riberalta el 7 de octubre del 2004, en el que participaron comunarios y dirigentes de los pueblos Araona, Chacobos, Cavineños, Esse Ejjas, Pacahuaras y Tacanas, afiliados a la CIRABO (Mullucundo, 2004).

68 Taller realizado en Oruro, el 22 de Octubre del 2004. (Mullucundo, 2004).

69 Taller realizado en La Paz, el 29 de Octubre del 2004. (Mullucundo, 2004).

70 Reunión realizada en la ciudad de Santa Cruz con el CIBOB, el 10 de noviembre de 2004. (Mullucundo, 2004).

Los representantes indígenas también dan cuenta de las limitaciones institucionales del Defensor para asegurar el respeto de los derechos indígenas. Éste es el caso de los representantes del Comité de Defensa del Lago Titicaca, quienes manifiestan su satisfacción respecto a la pronta respuesta del Defensor a sus demandas. En efecto, tras presentar la queja en enero del 2001, el Defensor actuó con suma rapidez y en un tiempo record de 6 meses adoptó la resolución defensorial que satisfacía plenamente las pretensiones indígenas. Sin embargo, las dificultades se suscitaron con ocasión del seguimiento de la recomendación y de exigir su cumplimiento a las autoridades. En lo que respecta al seguimiento se asignó a los afectados un abogado, pero a poco andar éste dejó la institución y hubo mucho retardo en la designación de una reemplazante. La mayor dificultad se presentó a consecuencia de que la recomendación del Defensor carece de fuerza coercitiva y, por tanto, no es obligatoria para la autoridad. A más de dos años de haberse dictado la resolución defensorial, ésta no se ha cumplido por la autoridad según expresan los afectados (Mullucundo, 2004).

No obstante lo anterior, Mullucundo concluye que la percepción de las organizaciones indígenas respecto al quehacer del Defensor del Pueblo en actuaciones de mediación de conflictos es en general buena (Mullucundo 2004).

Así da cuenta de las actividades específicas en donde el accionar del Defensor del Pueblo fue valorado positivamente por las organizaciones indígenas. Destaca la III Marcha sobre el Territorio y los Recursos Naturales, en la que las organizaciones indígenas valoraron la actuación del Defensor como facilitador y garante de los acuerdos convenidos con el gobierno y que pusieron término a la movilización, a pesar de que estos acuerdos no han sido cumplidos satisfactoriamente por el gobierno (Mullucundo, 2004).

Buenas prácticas

Dentro de las múltiples actuaciones desarrolladas por la Defensoría en favor de los derechos indígenas que han sido reseñadas aquí, cabe valorar en especial por su importancia para los pueblos indígenas de Bolivia, así como por la significación que pueden tener para otros Ombudsman en América Latina, las siguientes:

En el ámbito de la investigación:

- Algunas de las investigaciones impulsadas por la Defensoría en defensa de los derechos de las comunidades indígenas de Bolivia sobre sus territorios ancestrales, no han sido regularizadas hasta la fecha. La Defensoría ha intervenido en estos procesos generando acciones en pro de una gestión más expedita y transparente por parte de los organismos públicos encargados de implementar el saneamiento de los TCO.

En esta materia la Defensoría se ha erigido como garante de las mesas de diálogos entre el Estado y los pueblos indígenas, lo que como se señalara, es relevante en un escenario de convulsión política que hoy vive Bolivia.

En el ámbito de la mediación:

- Destaca la labor impulsada por la Defensoría para actuar de mediador en los principales conflictos que se han suscitado con motivo de la problemática de las tierras indígenas.

En el ámbito de la promoción y difusión:

- Resalta la campaña de difusión en medios de comunicación, donde se promueven y difunden las funciones del Defensor del Pueblo y los derechos que

corresponden a campesinos y pueblos indígenas en lenguas vernáculas y castellano, el cual se difunde en 300 radios, de amplia cobertura en áreas rurales.

- También es relevante el plan piloto de capacitación y formación sobre derechos humanos dirigidas a campesinos y pueblos indígenas, cuya línea temática es justicia comunitaria y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Finalmente, en el ámbito de iniciativa normativa:

- La Defensoría ha tenido una actuación relevante en distintas iniciativas legislativas, destinadas a mejorar la institucionalidad de protección de los derechos humanos e indígenas. Es así como:
- Promovió una reforma constitucional en lo referido al Régimen Agrario y de terratenencia campesina e indígena, siguiendo en este ámbito los lineamientos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales y nacionales que así lo estipulan;
- formuló recomendaciones al Congreso Nacional⁷¹, instándolo para que el Anteproyecto de Ley contra la Discriminación tipificara la discriminación como conducta delictiva, e incluyera como agravante de responsabilidad la circunstancia de que el sujeto activo del delito de discriminación fuese un funcionario público recomendando que el juzgamiento de estos delitos se sujete siempre a la justicia ordinaria;
- canalizó, a instancia de las organizaciones indígenas, originarias y campesinas la demanda indígena a través de representaciones ante el Congreso Nacional para que ésta fuese incorporada en la Ley de Hidrocarburos, recientemente aprobada;
- participó en el proceso de elaboración del proyecto de Ley del Trabajo Asalariado del Beneficiado de la

71 30 de abril del 2001.

Castaña, que involucra a trabajadores y trabajadoras indígenas

- formuló una propuesta de reforma destinada a ampliar e incluir nuevos derechos en el texto constitucional, como la reformulación del concepto de libertad de expresión, derecho a la asociación y a la libertad de pensamiento, incorporación de los derechos al medio ambiente y al desarrollo sostenible, a una administración pronta y oportuna, los derechos de consumo y uso, el derecho a la información y las garantías relativas a la restricción de libertad, el derecho a guardar silencio, la defensa material, derecho recurrir al juez natural, los principios indubio pro reo, legalidad y debido proceso entre otros.

Vacíos y obstáculos

Pese a los importantes esfuerzos desarrollados por Defensoría en la protección, promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas a los que se ha hecho referencia, debe hacerse mención a los vacíos u obstáculos que enfrenta su gestión para el logro de una mayor efectividad en este ámbito.

Cabe consignar en primer término, aquellas debilidades de la acción defensorial identificadas por Mullucundo en su estudio sobre esta institución y su rol en materia de derechos indígenas. Entre ellas menciona:

El sistemático y permanente incumplimiento por parte de los Gobiernos, a compromisos asumidos con diferentes actores sociales, en los que el Defensor del Pueblo interviene como mediador o facilitador del diálogo, incide en la credibilidad y confianza del Defensor del Pueblo.

El carácter no vinculante de las Resoluciones Defensoriales, no garantiza el logro de resultados efectivos y reales por parte del Defensor del Pueblo, diluye importantes esfuerzos del trabajo desarrollado por la institución.

Ausencia de estrategias y líneas de acción definidas, para la promoción y educación sobre Derechos Humanos dirigida al campesinado y pueblos indígenas en el área rural.

Insuficientes recursos financieros, humanos y otros, situación que incide en la implementación de acciones de promoción, difusión, educación y atención de las personas y pueblos indígenas (Mullucundo, 2004:74).

A estas debilidades cabe agregar aquellas identificadas en el desarrollo de este estudio que deberían ser superadas para garantizar la eficacia de las resoluciones del Defensor y un mayor respeto por los derechos de los pueblos indígenas.

Se constata que la competencia de la Defensoría se restringe a fiscalizar los actos de los poderes públicos, y no le permite conocer de actos de vulneración de derechos cometidos por particulares. Esta restricción normativa afecta de manera importante los derechos de las comunidades indígenas cuyos derechos no sólo son vulnerados por los agentes del Estado (derecho de petición y denegación de justicia), sino que en número creciente por particulares que conculcan sus derechos a la vida, sus libertades básicas y sus derechos patrimoniales. Ello encuentra su explicación, a juicio de Silvia Urrutia de la Defensoría, en el debilitamiento que experimenta el Estado boliviano, el que ha incidido en una reducción del poder público. Tal situación incide, a su juicio, en que gran parte de las facultades de decisión gubernamental se encuentren fuera del Estado. También determina que la

violación de derechos humanos no sólo provenga desde el Estado, sino que también desde fuera de él⁷².

Por otro lado, y ante la falta de poder coercitivo de sus resoluciones y la debilidad que demuestran los procesos de seguimiento y fiscalización para garantizar el cumplimiento de las mismas, llama la atención que no se observa en la práctica de la Defensoría que esta entidad haga uso de las facultades de procuración orientadas a poner en marcha el aparato judicial para la protección y defensa de los derechos indígenas, lo que le permitiría contar con resoluciones judiciales de carácter obligatorio para restablecer el imperio del derecho.

Debe reconocerse, sin embargo, que las dificultades que enfrenta la Defensoría del Pueblo en el contexto boliviano, desde el punto de vista de la eficacia de su labor como Ombudsman para la protección y promoción de los derechos humanos en general y de los derechos indígenas en particular, parecen tener más relación con problemas estructurales del Estado y con las convulsiones sociales y políticas que se dan en su interior, que con sus propias limitaciones orgánicas y funcionales.

Recomendaciones

Dada la profundidad del estudio de Mullucundo sobre el Defensor del Pueblo y los derechos indígenas en Bolivia, y la coincidencia que se tiene tanto con el diagnóstico que se hace en el del accionar de esta entidad en esta materia, así como con las propuestas que se formulan para enfrentar los vacíos y obstáculos antes identificados, es que parece pertinente incluir aquí las principales recomendaciones contenidas en dicho estudio a objeto de fortalecer su acción en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas.

72 Silvia Urrutia, Programa de Derechos Humanos del Campesinado y Pueblos Indígenas, Defensoría del Pueblo de Bolivia, comentario al estudio de campo de Eugenio Mullucundo sobre la Defensoría de Bolivia, San José, Agosto 2005.

i. En el ámbito de la función educadora:

- que se definan estrategias y acciones de promoción y difusión a través de medios de comunicación, como el radial de modo de llegar a las comunidades de la región;
- que se establezca una relación estrecha y de coordinación entre el Defensor del Pueblo y las organizaciones indígenas tanto regionales y nacionales;
- asistencia a espacios propios de los pueblos indígenas (asambleas, reuniones, congresos, etc.) para hacer conocer sus funciones y difundir sus derechos;
- desarrollar cursos de formación dirigidos a jóvenes y líderes indígenas en sus idiomas para que se capaciten en sus derechos;
- nombrar defensores indígenas otorgando credenciales para que asuman defensa de los derechos indígenas en los diferentes pueblos indígenas;
- diseñar estrategias de trabajo específicas para las mujeres indígenas en el área rural, diferentes a las que se aplican en el área urbana;
- hacer un estudio de la situación de los derechos humanos y los derechos colectivos con énfasis en el tema de género;
- diseñar campañas y estrategias, para combatir la discriminación, por raza, origen, género;
- participación e intervención en conflictos y amenazas de empresarios.

ii. En el ámbito institucional, de atención de quejas y orientación ciudadana:

- se propone una mayor presencia del Defensor en las comunidades (ayllus) protegiendo los derechos y libertades de los pueblos indígenas y originarios;
- que el personal conozca la cultura del ayllu, causas problemas;
- coordinar con las autoridades y bases de los pueblos originarios, para mejorar su acceso en los ayllus y sectores con población indígena;
- que el Defensor del Pueblo sea más accesible en su trato con las personas campesinas o indígenas y que se brinde una atención adecuada en su idioma originario, para lo cual se propone que la institución cuente con equipos específicos de profesionales indígenas;
- que se haga más visible el tema indígena, como en la Ley de Hidrocarburos, Asamblea Constituyente, y que no se actúe como respuesta a la coyuntura.

iii. En el ámbito del acceso a la justicia:

- implementar oficinas en la diferentes regiones del área rural, especialmente en aquellos lugares donde no hay presencia de ONG's, instituciones estatales ni de la sociedad civil a fin de brindar apoyo social y jurídico a indígenas, incluyendo a mujeres;
- promover y fortalecer la justicia comunitaria de los pueblos indígenas y originarios, como mecanismo de

resolución de conflictos accesible a los pueblos indígenas.

iv. En el ámbito de las competencias del Defensor:

- considerar la posibilidad de proponer la ampliación de sus competencias para intervenir en caso de la vulneración de derechos humanos de los pueblos indígenas por parte de los grupos de poder (empresarios privados), y para la incorporación de la función mediadora (Mullucundo, 2004).

A ello se agregan las siguientes recomendaciones que surgen del desarrollo e investigación en este caso de estudio:

- i. El fortalecimiento de su labor investigativa tanto frente a quejas específicas sometidas a su conocimiento como frente a situaciones que por su importancia o gravedad requieran de una investigación en profundidad para su adecuado tratamiento por la sociedad y el Estado;
- ii. El fortalecimiento de la acción promocional y de iniciativa normativa hasta ahora impulsada por la Defensoría con miras a posibilitar un mayor reconocimiento y recepción del derecho consuetudinario indígena por las instancias jurisdiccionales de Bolivia, permitir un mayor acceso de los indígenas a la justicia estatal, y potenciar el desarrollo de los sistemas de resolución de conflictos propios de los indígenas y su validación en las instancias de gobierno.
- iii. El ejercicio de la función de procuraduría impulsando acciones contempladas en la ley y la constitución en favor de los derechos indígenas ante los tribunales de

justicia frente a su violación, así como acudiendo directamente a las instancias del sistema interamericano de derechos humanos sea como denunciante o como *amicus curiae* para con el mismo objetivo.

- iv. Formación y sensibilización del personal de la Defensoría en su conjunto de modo que esta puede incorporar la dimensión de los derechos indígenas en su quehacer global.

Bibliografía

- Aylwin, José, *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos*. Volumen I y II. CEPAL, Serie Desarrollo Productivo. Santiago, 2002.
- Comisión Andina de Juristas, *Defensoría del Pueblo. Análisis Comparado*. Lima, Perú, 1996.
- , *Los Desafíos de la Democracia en la Región Andina. Ensayos sobre nuestra realidad*. Lima, Perú, 1998.
- Defensor del Pueblo, *Memoria Segunda Sesión Mesa de Trabajo: "Derechos Humanos de los Campesino y Pueblos Indígena"*, Mayo, 1998, La Paz, Bolivia.
- , *III Informe Anual del Defensor del Pueblo al Honorable Congreso Nacional: Abril 2000-Marzo 2001*, La Paz, Bolivia.
- , *IV Informe Anual de la Defensora del Pueblo al Honorable Congreso Nacional*. La Paz, Bolivia, 2002.
- , *VI Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional*. La Paz Bolivia, 2003.
- , *Informe Especial: Los Derechos a la Propiedad, Tenencia de la Tierra y el Proceso de Saneamiento*, Agosto, 2004, La Paz, Bolivia.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de progresos en derechos humanos*, CD, sin fecha.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Justicia Comunitaria*: Tomo 10, 1998.

Mullucundo Cadena, Eugenio, *Estudio de Campo en Bolivia, Acceso a la Justicia de las Personas y Los Pueblos Indígenas y la Defensoría del Pueblo*. (Consultoría para IIDH), La Paz, Bolivia, 2004, inédito.

Orellana Halkyer, René, *Interlegalidad y Campos Jurídicos. Discurso y Derecho en la Configuración de Ordenes semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia*. Cochabamba, Bolivia, 2004.

----- Resolución Administrativa N° DP-A-007/2002. 30 de enero, 2002.

Yáñez, Nancy y otros, *Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas*. CONADI. Temuco, Chile, 2004, inédito.

Páginas web

<http://www.defensor.gov.bo/>

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/>

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

<http://www.socwatch.org.uy/es/portada.htm>

<http://untreaty.un.org/>

Comunicaciones

Albarracín, Waldo, Defensor del Pueblo de Bolivia, comunicación escrita al autor de febrero de 2005.

Castañeda, Amilcar (IIDH), comunicación escrita abril 2005.

Urrutia, Silvia, Programa de Derechos Humanos del Campesinado y Pueblos Indígenas, Defensoría del Pueblo de Bolivia, comentario al estudio de campo de Eugenio Mullucundo sobre la Defensoría de Bolivia, San José, Agosto 2005.

2. COLOMBIA

2.1. Antecedentes generales

Se estima que la población indígena en Colombia alcanza a aproximadamente ochocientos mil indígenas (cerca del 2% de la población colombiana), pertenecientes a 90 pueblos distintos (Arango y Sánchez, 2004 en Moreno, 2004). Al igual que en otros contextos de América Latina, los pueblos indígenas en Colombia presentan una gran diversidad cultural y territorial. Dicha heterogeneidad se manifiesta igualmente en las formas de gobierno, grados de organización existentes y distribución territorial. Los pueblos indígenas de Colombia habitan en la costa Caribe, la región del Pacífico, en la Amazonía y Orinoquía y en la región Andina. Tienen presencia en más de 200 municipios del país y en sus territorios se concentra el 60% de las riquezas de la biodiversidad y de los recursos energéticos de Colombia (Vásquez, Jimeno y Correa, 1998, en Moreno, 2004).

La presencia hispana, al igual que en el resto de América, provocó la desaparición de parte importante de la población indígena, y la pérdida de sus tierras y recursos. Dos figuras jurídicas instauradas por los españoles, sin embargo, permitieron a la sobrevivencia de las comunidades y pueblos indígenas como agrupaciones culturalmente diferenciadas del resto de la población de lo que hoy es Colombia. La primera de ellas fue el resguardo indígena, figura a través de la cual se reconoció a las comunidades indígenas que habían entrado en acuerdo con los españoles, la propiedad comunal sobre las tierras que antes poseyeran, o al menos sobre parte de ellas. Esta figura posibilitó a muchas comunidades mantenerse como grupos y sustraerse al trabajo servil en las haciendas de los españoles. La segunda figura fue el cabildo indígena, la que ofreció la posibilidad a las comunidades titulares de

resguardos de darse su gobierno propio. Aunque esta forma de gobierno tenía un margen muy estrecho de autonomía, permitió a las agrupaciones indígenas la reproducción de sus formas de gobierno tradicional y el mantenimiento de la unidad de liderazgo dentro de los grupos (Roldan, 2000).

Durante las seis primeras décadas de vida independiente de Colombia, el propósito de las leyes y programas de gobierno republicano fue el de alcanzar la pronta asimilación de los indígenas colombianos a la vida económica, social, política, religiosa y cultural de la mayoría del país. Para ello se procuró la parcelación de los resguardos, se disolvieron los cabildos y se otorgaron a las misiones católicas poderes en materia de gobierno y educación de los pueblos indígenas, en particular de aquellos que habitaban en zonas selváticas.

Los cambios experimentados en la sociedad colombiana a fines del siglo XIX, y la resistencia indígena a la asimilación forzada, incidieron en el desarrollo de una política de “tolerancia temporal”, no siempre respetada por las autoridades, de las formas de uso y tenencia colectiva de la tierra por parte de los indígenas, así como de sus gobiernos comunales relativamente autónomos.

A partir de los años cuarenta del siglo XX, se impulsaron políticas de carácter indigenista características de aquella época en la región. Dicha política se plasma jurídicamente en la Ley sobre Fomento Agropecuario de las Parcialidades Indígenas (Ley 81 de diciembre de 1958), Ley que pone término a las divisiones inconsultas de resguardos y cabildos, y da protección a los territorios indígenas. Además, crea instancias administrativas de gobierno encargadas de impulsar planes de desarrollo económico y social indígena para procurar su integración, las que a partir de entonces desarrollan diversas acciones con este fin, incluyendo asistencia técnica y crediticia, salud y educación, e incluso asistencia legal para indígenas.

Otro antecedente del marco actual de los derechos indígenas en Colombia está dado por la incorporación en la Ley de Reforma Agraria expedida a comienzos de los 60, de un conjunto de disposiciones que favorecían a los pueblos indígenas. Entre ellas cabe destacar las que intentaban poner freno a la adjudicación a colonos de tierras selváticas ocupadas por pueblos indígenas, las que autorizaban a sus habitantes ancestrales a la creación de resguardos en dichas tierras; y las que reconocían la posibilidad de dotar de tierras a las comunidades indígenas andinas que carecieran de ellas. Igualmente relevante fue la ratificación por el Congreso de Colombia en 1967 de la Ley 31 mediante la cual se ratificó el Convenio 107 de la OIT sobre “Protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales en países independientes”.

Después de muchas vacilaciones, en 1980 se consolida una política de Estado sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas con el carácter legal de resguardo. Esta política de reconocimiento de derechos territoriales indígenas por parte de Colombia fue más tarde reafirmada en la Constitución Política de 1991 (Roldán, 2000).

Pese al reconocimiento de la multiétnicidad que hace esta Constitución, Colombia es un país que registra elevados índices de pobreza en comunidades negras e indígenas. Tal pobreza parece ser aún mayor entre las mujeres indígenas. Los pocos indicadores disponibles señalan que los niveles de desarrollo humano de las mujeres (educación, nutrición, salud y otros) están por debajo de la de los hombres indígenas y de la población no indígena en general. Al menos el 60% de las mujeres en situación de desplazamiento no tienen acceso a los servicios de salud. Las niñas y niños que han sido desplazados presentan altas tasas de desnutrición, enfermedades respiratorias, diarrea y deshidratación y muchos de ellos son forzados a migrar a las zonas urbanas para evitar el reclutamiento por parte de los grupos armados (Stavenhagen, 2004).

2.2. Marco jurídico de los derechos humanos e indígenas

2.2.1. Derechos humanos en la Constitución Política

La Constitución colombiana de 1991 representa un caso emblemático en América Latina de reconocimiento de derechos humanos y de establecimiento de instrumentos para garantizar su efectiva vigencia. Este proceso fue posible gracias a diversos factores, entre ellos la negociación con los grupos de la guerrilla y las esperanzas cifradas en el proceso constituyente. Frente a la crisis de estabilidad, se planteó el discurso de “participación de las mayorías” como una alternativa de refundación o relegitimación del Estado colombiano (Sánchez, 1998). Esto llevó a que en la Asamblea dominara el diagnóstico de que la violencia y la crisis de Colombia era producto de la exclusión social, la intolerancia, las limitaciones a la participación política y las violaciones a los derechos humanos. Por esto es que la Asamblea abrazó la idea del Estado Social y Democrático de Derecho, enriquecido con los aportes del multiculturalismo.

Colombia es definido por la Constitución de 1991 como “un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (artículo 1). En su artículo 2 se enuncian las funciones esenciales del Estado colombiano, incluida la de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes estipulados en la Constitución. En ese mismo artículo se establece que las autoridades colombianas están obligadas a proteger la vida, el honor, la propiedad, las creencias y otros

derechos y libertades de los habitantes de Colombia. El artículo 5 de la Constitución establece que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de las personas, sin discriminaciones de ningún tipo.

El Título II de la Constitución colombiana contiene un amplio catálogo de derechos humanos. El Capítulo 1 del Título II lleva por título “De los Derechos Fundamentales”, estableciendo, entre otras cosas, el derecho a la vida y la prohibición de las desapariciones forzadas, la tortura y los castigos crueles, inhumanos o degradantes, y la esclavitud. También se establece el derecho a un igual tratamiento y protección, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad de circulación, el derecho al honor, el derecho a la participación política y los derechos a la libertad de conciencia, religión, expresión, reunión y asociación. La Constitución garantiza, a su vez, el derecho de rectificación. En este Capítulo, además, se prohíbe la pena de muerte. También se establece el principio de que la paz es un derecho y un deber.

En el Capítulo 1 del Título II se dispone que el Estado debe crear condiciones que hagan posible que el derecho a la igualdad se realice eficazmente, y adoptar medidas especiales en favor de los grupos sociales que sufran discriminación o marginación. Además el Estado debe brindar protección especial a quienes son especialmente débiles por razones económicas, físicas o mentales. La Constitución garantiza asimismo el derecho al trabajo, a la enseñanza, a la educación y a la investigación.

En el mismo Capítulo se establecen también derechos referentes a la detención y al debido proceso. Las autoridades deben abstenerse de realizar cualquier arresto o detención no

previsto por la ley, o cuando no medie orden escrita de la autoridad competente, aunque cualquier persona puede detener y llevar ante un juez a quien sea encontrado cometiendo un crimen en flagrancia. Toda persona que sea detenida debe ser llevada ante un juez dentro de las 36 horas siguientes al arresto. El derecho al debido proceso se aplica en todos los procedimientos judiciales y administrativos. Toda persona se presume inocente a menos que se pruebe su culpabilidad. Los acusados de delitos tienen derecho a una defensa, así como a ser sometidos a un juicio público y a disponer de los servicios de un abogado nombrado por el Estado o elegido por ellos mismos, durante la investigación y el juicio en el procedimiento penal. Toda prueba que se obtenga en violación del debido proceso se considera nula y carente de todo valor. También se prevé el recurso de *habeas corpus*, sobre el que debe adoptarse resolución dentro de un plazo de 36 horas.

El Capítulo 2 del Título II enuncia los derechos sociales, económicos y culturales que reconoce la Constitución. En él se establece que la familia es la unidad fundamental de la sociedad. También se dispone que la violencia en la familia es destructiva para esa unidad y será sancionada por la ley. En este Capítulo aparece también un catálogo de derechos fundamentales garantizados a los niños, incluido el derecho a ser protegido frente a la violencia, la explotación y el trabajo peligroso. El mismo Capítulo establece también el derecho a la educación, a la seguridad social, a la asistencia sanitaria, a una vivienda adecuada y al esparcimiento. Establece asimismo el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga. El derecho de propiedad está garantizado, pero el Estado está obligado a promover la propiedad colectiva de los bienes.

El Capítulo 3 del Título II establece derechos colectivos y ambientales. En él se prevé el derecho a un medio ambiente

saludable. También se establece la obligación del Estado de proteger la diversidad e integridad ambientales y el espacio público, a fin de que pueda ser reservado para el uso común. Finalmente, en este capítulo se prohíbe la fabricación, importación, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

En cuanto a los mecanismos de protección frente a las violaciones de derechos humanos establecidos en la Constitución de 1991, el principal de éstos es la acción de tutela (artículo 86). Esta acción permite a una persona obtener acceso a los tribunales en forma expedita para buscar protección frente a violaciones actuales e inminentes de los “derechos fundamentales” protegidos por la Constitución. La Corte Constitucional es el tribunal competente para revisar sentencias de primera instancia en acciones de tutela. Además, la Corte Constitucional ha expandido la aplicación de la acción de tutela a través de jurisprudencia que amplía la categoría de derechos que son susceptibles a ser tratados en una acción de esta naturaleza. El tribunal ha adoptado un razonamiento que permite la utilización de la acción de tutela para proteger también los derechos relacionados o por conexión con los “fundamentales” incluidos específicamente en el artículo 86 de la Constitución que establece la acción.

Tal como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre derechos humanos en Colombia de 1999, la acción de tutela se ha convertido en un importante instrumento para la prevención de las violaciones de los derechos estipulados en la Constitución y en los instrumentos internacionales referentes a los derechos humanos y la protección efectiva de su ejercicio. Las sentencias de la Corte Constitucional frente a las acciones de tutela han

beneficiado a sectores de la sociedad que tradicionalmente han carecido de acceso a una protección judicial rápida y eficaz, como los niños, los trabajadores, las comunidades indígenas y las mujeres (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

En materia de derechos indígenas, como se profundizará más adelante, la Corte Constitucional de Colombia ha venido desde su instauración sentando jurisprudencia en un amplio abanico de materias que incluyen, entre otras, el derecho a la sobrevivencia cultural, el derecho a la integridad étnica y cultural y a la integridad ecológica, a la propiedad de la tierra, al derecho a determinar sus instituciones propias, al derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por normas y procedimientos propios, el derecho a la participación y a la igualdad lingüística e igualdad material (Assies y Guillén, 2001).

La Constitución prevé también el recurso de hábeas corpus como mecanismo de protección frente a la privación ilegal de la libertad. El artículo 30 de la Constitución establece que el recurso de hábeas corpus debe ser decidido dentro de las 36 horas siguientes a su interposición. Ello además de la acción de diversos órganos judiciales y de control establecidos en la Constitución, los que aplican sus procedimientos en materia de derechos humanos una vez que se ha producido una violación de los mismos. Tales mecanismos pueden incluir la investigación, el procesamiento y el castigo de los violadores de derechos humanos, así como la indemnización por los perjuicios causados (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

Junto a lo anterior, a enero de 2004 Colombia había ratificado los principales tratados internacionales de derechos

humanos del sistema de Naciones Unidas⁷³. Además, ha ratificado la mayor parte de los tratados internacionales considerados en la Declaración del Milenio de la ONU⁷⁴.

En el ámbito del sistema interamericano, el Estado colombiano también ha ratificado las más importantes convenciones internacionales sobre derechos humanos. Entre ellas destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ratificada en 1973; la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, ratificada en 1959; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte,

73 Entre estos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990. Fuente: Sitio Web de la Colección de Tratados de Naciones Unidas, Base de Datos “Estado de los Tratados Multilaterales Depositados con el Secretario General” (<http://untreaty.un.org/>).

74 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, Italia, 1998; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción. Oslo, Noruega, 1997; el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales. Ginebra, Suiza, 1996; el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Kyoto, Japón, 1997 (aún sin vigor); la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, EEUU, 1989; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, Nueva York, EEUU, 2000; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, Nueva York, EEUU, 2000; la Convención sobre la Diversidad Biológica, Río de Janeiro, Brasil, 1992; la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África, París, Francia, 1994; y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Nueva York, EEUU, 1979. Ibid.

ratificado en 1997; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificada en 1999; el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado en 1997.

Finalmente es importante señalar que el Estado Colombiano aprobó mediante la Ley 21 del 4 de marzo de 1991, el Convenio 169 de la OIT de 1989 sobre derechos de pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de 1991, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado que reconocen los derechos humanos hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad y prevalecen frente a otras disposiciones legales, aún en los estados de excepción.

2.2.2. Derechos indígenas

Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia encuentran reconocimiento en la carta fundamental de 1991, cuyas disposiciones establecen el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación colombiana, así como un conjunto de derechos políticos, territoriales y culturales en su favor. Así en su artículo 7 dispone: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”⁷⁵.

75 En relación con este reconocimiento, la Procuraduría General de la Nación ha sostenido: “Al consagrarse la diversidad étnica y cultural como principio y como derecho fundamental, la Carta Política determinó como prioridad la de hacer efectivos el reconocimiento y protección de grupos humanos que, como los pueblos indígenas, las comunidades negras, raizales y gitana o pueblo rom tienen una cosmovisión diferente a la que posee la sociedad mayoritaria, expresada en sus particularidades culturales, sus usos, costumbres y tradiciones” (Procuraduría General de la Nación y Canadian International Development Agency, 2004; 13).

El artículo 10 establece: “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

Otro de los derechos que la Constitución reconoce a los pueblos indígenas es el de la jurisdicción especial indígena. El artículo 246 de la Constitución Política establece: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

La Constitución colombiana reconoce tanto la existencia del derecho indígena, como el ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas, con lo que en definitiva establece las bases para el reconocimiento del pluralismo jurídico (Cabedo Mallol, 1999). Para la resolución de los conflictos que provoca la coexistencia de diversas jurisdicciones la Constitución propone el establecimiento de una ley de coordinación (artículo 246), la que hasta ahora no se ha dictado. Sin embargo, ha sido la Corte Constitucional, la que, a través de su jurisprudencia, ha ido estableciendo los marcos de aplicación del derecho indígena por los órganos de jurisdicción indígena.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la jurisdicción especial indígena opera cuando el delito se comete por un indígena a otro, dentro de territorio indígena, y siempre que existan autoridades originarias que ejerzan dicha función. Si no se verifica esta hipótesis se debe aplicar la jurisdicción común, salvo en el caso de superposición de competencias, en cuyo caso se resuelve conforme a reglas de coordinación de competencias y peritajes antropológicos.

El artículo 286 de la Constitución, por otra parte, le otorga a los territorios indígenas la calidad de *entidades territoriales* (ETI) para efectos político-administrativos. Y en el artículo 287, dota a estas entidades de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro del marco legal y constitucional. Estas disposiciones son complementadas por el artículo 330 que dispone que los territorios indígenas estarán gobernados por concejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres.

Por otra parte la Constitución establece una protección fuerte respecto de los territorios indígenas. Así en el artículo 329 dispone que los *resguardos indígenas* son de propiedad colectiva y no enajenable. Los resguardos son espacios territoriales colectivos donde vive una parte importante⁷⁶ de la población indígena colombiana, y que en su mayoría fueron otorgados durante el período colonial. Sin embargo una parte importante fueron creados en los últimos años, ya sea durante el proceso de la reforma agraria o como “reservas”⁷⁷ con el fin de preservar la biodiversidad de la amazonía colombiana, para después ser declarados como resguardos.

La misma Constitución reconoció los resguardos como tierras de propiedad colectiva no enajenable e inembargable (art. 63) otorgándole el rango de municipios, por lo cual participan en los ingresos corrientes de la Nación. La Ley 60 de 1993 estipula: “... Los resguardos indígenas que para efectos del artículo 357 (de la constitución) sean considerados por la Ley como municipios recibirán una participación igual a la transferencia per cápita nacional, multiplicada por la población indígena que habite el respectivo resguardo”.

76 En 1990 existían alrededor de 400 resguardos comprendiendo una superficie de aprox. 24.000.000 de has., equivalente al 24% del territorio nacional.

77 Especialmente durante el período del presidente Virgilio Barco 1986-1990.

Estos recursos deben ser utilizados para cubrir sus necesidades básicas, según sus usos y costumbres, de acuerdo a los sectores de inversión considerados por la Ley. Además, los municipios o departamentos no quedan exentos de su responsabilidad con los habitantes de los resguardos ⁷⁸.

El Decreto 1320 de 1998 reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio. Los procedimientos allí establecidos, que intentan dar cumplimiento a la exigencia del Convenio 169, tienen por objeto determinar el impacto económico, social o cultural, por la explotación de los recursos naturales en sus territorios, y las medidas propuestas para proteger su integridad.

Principales disposiciones de la Constitución Colombiana de 1991 relativas a territorios indígenas

Artículo 286. *Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.*

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

Artículo 287. *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:*

⁷⁸ Antecedentes extraídos de página web de Corporación de la Región Amazónica, www.coama.com.

1. *Gobernarse por autoridades propias*
2. *Ejercer las competencias que les correspondan*
3. *Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones*
4. *Participar en las rentas nacionales*

Artículo 329. *La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el gobierno nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.*

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo. *En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.*

Artículo 330. *De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por los consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:*

1. *Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.*

2. *Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo.*
3. *Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.*
4. *Recibir y distribuir sus recursos.*
5. *Velar por la preservación de los recursos naturales.*
6. *Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.*
7. *Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional.*
8. *Representar a los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y*
9. *Las que les señalen la Constitución y la ley.*

Parágrafo. *La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades [...].*

2.2.3. Reconocimiento del derecho consuetudinario y acceso de los indígenas a la justicia

Como señaláramos, la Constitución reconoce en su artículo 246 la existencia de una jurisdicción especial indígena. Coincidentemente con ello, la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la administración de justicia” establece la función pública de administrar justicia, con el propósito de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en

la Constitución Política. Esta ley define la integración de la rama judicial del poder público, identificado junto a la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción contenciosa administrativa; la jurisdicción constitucional; la jurisdicción de paz, y la jurisdicción de las comunidades indígenas. En este último caso señala como órgano integrante de esta jurisdicción, a las autoridades de los territorios indígenas (Moreno, 2004).

Las facultades jurisdiccionales indígenas, según sostiene Moreno, consisten en que “las autoridades indígenas pueden administrar o aplicar justicia al interior de las comunidades, aplicando para ello normas, procedimientos y sanciones que forman parte de la cultura de cada pueblo, de conformidad con sus usos y costumbres, y limitados únicamente por la misma Constitución y las leyes” (Moreno, 2004:11).

La Corte Constitucional ha intentado identificar los elementos que componen la jurisdicción indígena, limitándola no tan sólo a la existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, sino a la posibilidad de establecer normas y procedimientos propios, con sujeción a la Constitución y la ley⁷⁹.

79 “El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas –que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”–, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad” (Sentencia C-139 de 1996. Abril 9 de 1996, Mag. Pon. Carlos Gaviria Díaz).

Por otro lado, para la resolución de los conflictos entre el derecho estatal y el derecho indígena, la Corte establece una serie de criterios de interpretación:

La atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquéllas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas⁸⁰.

Otro ámbito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido el de la definición de los límites impuestos por los derechos fundamentales a la jurisdicción indígena. Así la Corte ha señalado:

Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones

80 Sentencia T-254 de 1994. Mayo 30, Mag. Pon. Eduardo Cifuentes Muñoz.

jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que “verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos“ de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico”). Estas medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menos restrictivas imaginables a la luz del texto constitucional⁸¹.

Aún cuando no se ha dictado ley de coordinación entre la justicia estatal y la jurisdicción indígena, la Corte Constitucional ha establecido claramente la vigencia de la jurisdicción indígena sin necesidad de dicha ley⁸².

Tal como sostiene Esther Sánchez Botero, antropóloga colombiana, la construcción y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en su país no es sólo consecuencia de una constitución, sino también de la actitud asumida por jueces y magistrados que se han atrevido a dar coherencia a la

81 Sentencia No T-523 de 1997, Octubre 15, Mag. Pon. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

82 “No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo” (Sentencia C-139 de 1996. Abril 9 de 1996, Mag. Pon. Carlos Gaviria Díaz).

palabra escrita. Ellos han incentivado a los pueblos indígenas al desarrollo de un movimiento de valoración y recuperación de lo propio, de fortalecimiento de sus sistemas de derecho y de sus autoridades (Sánchez, en Assies et al. eds. 1999).

En cuanto a la recepción del derecho consuetudinario indígena en la jurisdicción ordinaria, cabe destacar en materia penal la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), el que reconoce en su artículo 29 la necesidad de otorgar un tratamiento penitenciario y carcelario especial a los miembros de las comunidades indígenas, en virtud del principio de diversidad étnica y cultural. Tal reconocimiento ha sido refrendado por la Corte Constitucional, la que ha señalado al respecto: “Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”⁸³.

De acuerdo a lo señalado por Moreno, la jurisdicción ordinaria gradualmente va reconociendo los principios de autonomía y gobierno indígena, dando traslado a las autoridades indígenas los casos de competencia de dicha jurisdicción. Sostiene, sin embargo, que hay aún un largo camino por recorrer que obliga al desarrollo de una política pública, con acciones y recursos, para el impulso de la justicia propia, a fin de crear las condiciones y facilitar su aplicación en todos los territorios indígenas. Para ello adquiere relevancia la reglamentación del artículo 246 de la Constitución, cuestión que, a pesar de las iniciativas hasta ahora impulsadas, no ha encontrado acogida a la fecha (Moreno, 2004).

83 Sentencia T.239 de 2002.

Finalmente, otro ámbito de preocupación, tanto en lo que se refiere al acceso de los indígenas a la justicia como en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, es el que dice relación con las limitaciones impuestas a los pueblos indígenas por el contexto de polarización que hoy se vive en Colombia. En la actualidad se ha generado una estigmatización de las estrategias de resistencia civil de los pueblos indígenas, las que en el contexto del conflicto armado, resultan sospechosas para el gobierno, el que interpreta su neutralidad como oposición a la institucionalidad. En este contexto varios pueblos indígenas han sido tildados de colaboradores de uno u otro bando, generándose judicializaciones y capturas masivas que forman parte de la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico que resultan en la violación del debido proceso y de la libertad (Moreno, 2004).

2.3. Defensor del Pueblo de Colombia

2.3.1. Antecedentes de su creación

La figura del Defensor del Pueblo es incorporada en la Constitución Política de 1991. No obstante ya en 1830, el “*Congreso admirable*” le daba forma al Procurador General de la Nación, un órgano encargado de la guarda y observancia de las leyes, de los intereses nacionales y del orden público, aun-que su funcionamiento se postergó hasta 1853. Con el tiempo se fueron delimitando las funciones del Procurador, para diferenciarlo del Poder Judicial, lo que quedó más claramente expresado con la reforma la Constitución de 1945 (Restrepo, 1995). Así se constituyó en un órgano independiente, estable-ciéndose el Procurador, el que sería electo por voto directo, como el máximo controlador de la administración pública.

En los 70 del Siglo XX se desarrolla en Colombia un intenso movimiento por los derechos humanos, que surge conjuntamente al de las organizaciones populares y que coincide con la intensificación de las acciones por parte de los grupos insurgentes. En aquellos años se exige especialmente el respeto a los derechos cívico-políticos. En este contexto, la Procuraduría se ve sobrepasada como instrumento para enfrentar la violencia en el país.

En 1986 las violaciones sistemáticas a los derechos humanos son conocidas y criticadas también desde el exterior. Fue así como la Procuraduría General de la Nación crea la Comisión de Derechos Humanos e invita al movimiento de derechos humanos a integrarse a ella. En 1987 y siempre como efecto de las presiones internacionales, el gobierno crea la Consejería Presidencial de Derechos Humanos e invita a los organismos internacionales a monitorear la situación en el país.

A raíz de las denuncias de violaciones a derechos humanos, se crea en 1990 la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, la que es dotada de facultades especiales para investigar y juzgar a los funcionarios públicos que atentaban o lesionaban los derechos humanos.

Fruto de las acciones de denuncia y conciencia llevadas a cabo por el movimiento colombiano por los derechos humanos, la exposición de dicha situación ante la comunidad internacional y la incorporación del tema en la agenda nacional, es que se crean las condiciones para que la nueva Constitución colombiana de 1991 acoja la figura del Defensor del Pueblo.

En la Asamblea Constituyente de 1991 se presentaron 33 propuestas dentro de las que se distinguían dos tendencias: los que defendían la creación de una institución nueva, al estilo de los *Ombudsman* de España o Suecia, que se coordinara con la Procuraduría; y los que se inclinaban por adicionar funciones de tipo moral, político, administrativo y de promulgación de derechos humanos a la Procuraduría (Restrepo: 1995).

La institución del Defensor del Pueblo armoniza con el intento de la Asamblea Constituyente de establecer una carta fundamental que pusiera énfasis en la vigencia de los derechos humanos.

2.3.2. Normas institucionales y reguladoras del Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo fue instituido en la Constitución de Colombia de 1991 y se encuentra reglamentado en los artículos 281 a 284 de la carta, en el título X que se refiere a los órganos de control, y en la Ley N° 24 de 1992.

La institución del Defensor del Pueblo se encuentra incorporada administrativamente a la estructura del Ministerio Público y el Procurador General de la Nación es su superior jerárquico. De esta manera se encuentra garantizada su independencia del gobierno, del poder judicial y del Congreso. Además, el artículo 1 de la Ley garantiza su autonomía administrativa y económica.

La función principal del Defensor es velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos. Para ello, la Constitución establece en su artículo 282 algunas de sus funciones, que no son taxativas, pues la ley establece otras funciones adicionales.

La misión del Defensor del Pueblo consiste básicamente en dar cumplimiento al artículo 2 de la Constitución Política que garantiza la efectividad de los derechos consagrados en ella. En este sentido la misión del Defensor es fundamentalmente de control sobre los actos del Estado, a través de la persuasión y la mediación.

El Defensor del Pueblo es elegido por la Cámara de Representantes (diputados) de una terna propuesta por el Presidente de la República y dura 4 años en su cargo (artículo 281 CP).

La Ley dispone un régimen estricto de inhabilidades del Defensor (se asimila al Procurador General) exigiéndole exclusividad y estableciendo la incompatibilidad con cualquier otra función pública o privada, salvo académica.

La estructura administrativa del *Ombudsman* en Colombia incluye los Defensores Regionales, en los cuales el Defensor del Pueblo puede delegar algunas de sus atribuciones en el ámbito geográfico que les corresponde. Por otra parte, fuera del Despacho del Defensor del Pueblo y la Secretaría General, que ejerce funciones administrativas, cuenta con Defensorías Delegadas, Veedurías y Direcciones. Entre las primeras, se encuentra la Defensoría Delegada de Pueblos Indígenas; entre las segundas, la de Defensoría Pública, la de atención y trámite de quejas, recursos y acciones judiciales, promoción y divulgación de derechos humanos (artículo 21 de la Ley 24 de 1992).

El Defensor del Pueblo no puede ejercer funciones judiciales o disciplinarias, como se señala en el artículo 7 de la Ley, salvo en su propia dependencia. Es decir no tiene imperio –lo que es connatural a los Defensores del Pueblo– y “sus opiniones, informes y recomendaciones tienen la fuerza que

les proporcionan la Constitución Nacional, la ley, la sociedad, su independencia, sus calidades morales y su elevada posición dentro del Estado” (artículo 7 Ley 24).

Entre las atribuciones del Defensor se pueden distinguir las siguientes categorías: a) de difusión y educación dirigida a los ciudadanos; b) de información y orientación dirigida a los órganos del Estado; y por último, c) ejercer acciones judiciales en defensa de derechos. Ello además de las funciones de administración para el buen funcionamiento del servicio. Esta última característica le da una fuerza especial al Defensor colombiano, pues ésta es una función que no es connatural al rol del ombudsman en América Latina.

En la categoría a) se incluye: “orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado” (artículo 282, N° 1 Constitución Política de Colombia); “divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza” (artículo 282, N° 2 Constitución Política de Colombia); “difundir el conocimiento de la Constitución Política de Colombia, especialmente los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente” (artículo 9 N° 6); “diseñar y adoptar con el Procurador General de la Nación las políticas de promoción y divulgación de los Derechos Humanos en el país, en orden a tutelarlos y defenderlos” (artículo 9 N° 1 Ley 24).

En la categoría b) encontramos: “Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia” (artículo 282, N° 6, Constitución); “rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones”; “Hacer las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación a los Derechos Humanos y para velar

por su promoción y ejercicio. El Defensor podrá hacer públicas tales recomendaciones e informar al Congreso sobre la respuesta recibida” (artículo 9 N° 3, Ley 24); “Realizar diagnósticos de alcance general sobre situaciones económicas, sociales, culturales, jurídicas y políticas, en las cuales se puedan encontrar las personas frente al Estado” (artículo 9 N° 4, Ley 24); presentar informes al Congreso (Artículo 9 N° 7); asesorar al Procurador General para la elaboración de informes (Artículo 9 N° 8); “Participar en las reuniones mensuales que realice la Comisión de los Derechos Humanos y Audiencias del Congreso, y en la celebración de Audiencias Especiales, con el fin de establecer políticas de conjunto, en forma coordinada en la defensa de los Derechos Humanos, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 56 y 57 del Reglamento del Congreso” (Ley 05 de junio 17 de 1992).

En la categoría c) se dispone la posibilidad del artículo 283 N° 5); “demandar, impugnar o defender ante la Corte Constitucional, de oficio o a solicitud de cualquier persona y cuando fuere procedente, normas relacionadas con los derechos humanos. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución Nacional, de la Ley, del interés general y de los particulares, ante cualquier Defensor del Pueblo de: “invocar el derecho de habeas corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados” (Artículo 282 N° 3); “interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia” (jurisdicción, servidor público o autoridad” (artículo 9 N° 9 ley 24).

Además se destacan otras funciones como la de elaborar y presentar al Congreso el presupuesto de cada año; “ser mediador de las peticiones colectivas formuladas por organizaciones cívicas o populares frente a la administración pública, cuando aquéllas lo demanden” (artículo 9 N° 19);

“velar por los derechos de las minorías étnicas y de los consumidores” (artículo 9 N° 20 Ley 24); “apremiar a las organizaciones privadas para que se abstengan de desconocer un derecho” (Artículo 9 N° 5 Ley 24); “rendir informes periódicos a la opinión pública sobre el resultado de sus investigaciones, denunciando públicamente el desconocimiento de los Derechos Humanos” (artículo 9 N° 22 Ley 24).

Como se ha señalado, el Defensor no está investido de imperio, por lo que sus opiniones, sugerencias y recomendaciones no se imponen mediante la fuerza institucionalizada, sino por la autoridad moral del Defensor y la institución. En todo caso, para asegurar la eficacia de su función, los órganos del Estado y los particulares que desarrollan funciones públicas que han sido externalizadas se encuentran obligados a colaborar con él en forma diligente y oportuna (Artículo 14 Ley 24), especialmente en cuanto a la información y auxilio. La negativa a prestar información será sancionada con la destitución del funcionario, y en caso de que se trate de un particular, esta rebeldía será informada al órgano que realiza la adjudicación, al Congreso y a la opinión pública.

2.4. La Defensoría del Pueblo y su actuación en materia de derechos de los pueblos indígenas

Como fue señalado, el Defensor cuenta en su estructura orgánica con Defensorías Delegadas, sobre las cuales, le es posible delegar alguna de sus funciones (Artículo 10, Ley 24 de 1992). Así, en 1993 se creó la Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas (en adelante Defensoría para Indígenas).

De acuerdo con la Resolución 1602 de 1995 se asignan a las Defensorías delegadas, entre ellas la Defensoría para Indígenas, las siguientes funciones:

- Prestar asesoría al Despacho del Defensor del Pueblo, respecto de las materias y derechos cuyo estudio y defensa les corresponde.
- Asesorar al Defensor del Pueblo en la presentación de propuestas legislativas relacionadas con las materias y derechos cuyo estudio y defensa les corresponde.
- Mantener oportunamente informado al Defensor del Pueblo sobre el curso de las propuestas legislativas relacionadas con las materias o derechos cuyo estudio y defensa les corresponde.
- Evaluar permanentemente la situación de los derechos humanos en Colombia en relación con la materia de su especialidad y sugerir al Defensor del Pueblo la formulación de observaciones, recomendaciones o denuncias de carácter general.
- Establecer comunicación permanente y compartir información con las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de protección y defensa de derechos humanos, en su área respectiva.
- Dirigir, coordinar y controlar las actividades propias de la dependencia a su cargo.
- Apoyar y asesorar a las demás dependencias de la Institución en las materias propias de su especialidad.
- Proponer las medidas que estime procedentes para la mejor gestión de los asuntos de la Defensoría del Pueblo que sean de competencia de la dependencia a su cargo (en Moreno, 2004:18).

La Defensoría para Indígenas contaba al 2004 con 7 funcionarios: un Defensor Delegado, indígena perteneciente al pueblo inga, cinco abogados asesores y una secretaria⁸⁴. Los asesores se encuentran distribuidos por temas específicos y

⁸⁴ A la fecha de su creación en 1993 sólo contaba con un equipo de cuatro personas, incluyendo al Defensor Delegado.

regiones del país en donde hay presencia de personas y grupos indígenas⁸⁵. La sede de la Defensoría de Indígenas está en Bogotá, y dependiendo de los recursos viajan a las regiones que tiene asignadas para la realización de su actividades (Moreno, 2004).

Cabe señalar que las diferentes dependencias operativas (Direcciones) y temáticas (Defensorías Delegadas y Oficinas Especializadas), de una u otra manera, también atienden el tema, desde su especialidad y énfasis (Moreno, 2004).

A juicio de Moreno (2004), los principales temas abordados por esta Defensoría Delegada hasta la fecha han sido salud; planes de vida; seguimiento de la jurisprudencia constitucional sobre personas o pueblos indígenas para la extracción de las subreglas de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional; etnoeducación; derecho al territorio; seguimiento al desplazamiento forzado de personas y pueblos indígenas; y seguimiento a las medidas cautelares y provisionales decretadas por la Comisión y la Corte de Derechos Humanos respectivamente.

La Defensoría para Indígenas desarrolla una atención especializada a fin de hacer seguimiento a la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas. Las líneas de acción por esta desarrollada son:

- *La mediación en los conflictos:* Los conflictos pueden presentarse entre grupos étnicos, entre grupos étnicos y el Estado o entre las etnias y otros actores.

85 El Asesor No. 1-Amazonía (departamentos Putumayo, Vaupés, Vichada, Caquetá y Nariño); Asesor No. 2-Costa Atlántica (departamentos de la Guajira, Cesar, Magdalena, Sucre, Córdoba, Atlántico, Bolívar), San Andrés y Providencia, Risaralda y Quindío. Asesor No. 3-Llanos Orientales (Arauca, Meta,) Cundinamarca, Valle del Cauca y Eje Cafetero. Asesor No. 4-Chocó, Antioquia, Huila, Tolima, Cauca, Santander y Norte de Santander. El Asesor No. 5 no cuenta con ninguna zona en particular. Presta apoyo a los demás funcionarios (Moreno, 2004).

- *El seguimiento de los acuerdos celebrados entre los grupos étnicos y el Estado:* La importancia de esta línea de acción radica en el seguimiento puntual de los acuerdos de cuyos resultados se deriven la garantía y el ejercicio de los derechos humanos, colectivos e integrales de los grupos étnicos. De no cumplirse, la Defensoría del Pueblo deberá hacer los requerimientos, observaciones y recomendaciones pertinentes a las instituciones responsables.
- La presencia en regiones con situaciones críticas en derechos humanos: Según el Instructivo, se considera zona crítica, aquella donde se presenta una alta vulnerabilidad de los derechos humanos de los grupos étnicos o una grave crisis humanitaria que los afecta directamente, bien sea como consecuencia del conflicto armado interno, o de desastres naturales, crisis de inseguridad alimentaria, factores socioeconómicos, o de conflictos internos.
- *La participación en reuniones interinstitucionales:* Estas reuniones tienen como objetivo buscar alternativas para solucionar situaciones que representen amenazas o vulneraciones de los derechos humanos de las personas o pueblos indígenas, así como también la construcción de estrategias políticas de Estado para superar dichas situaciones.
- *La asesoría por parte de la Defensoría de Indígenas:* Tiene como fin asesorar a las personas o pueblos indígenas que lo soliciten en los diferentes temas concernientes a la protección de los derechos humanos, así como también a las distintas dependencias de la Defensoría del Pueblo.

Según datos oficiales de la Defensoría para Indígenas y Minorías Étnicas, el número de solicitudes tramitadas durante el año 2003 fue el siguiente:

**Atención y Trámite de Quejas por parte
de la Defensoría Delegada para Indígenas
y Minorías Étnicas (2003)**

Tipo de Solicitud	# de Solicitudes
Coadyuvancia a cumplimiento de derechos étnicos	131
Solicitudes de información	4
Coadyuvancia a investigaciones (asesinatos, amenazas, detenciones ilegales, desapariciones)	49
Comunicados o alertas de situaciones relacionadas con vulneración de derechos a causa del conflicto armado	47
Coadyuvancia para la atención a desplazados	33
Total Solicitudes	264

(Fuente: Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, 2003, en Moreno, 2004:29).

El alto número de trámites y gestiones que debe hacer el Delegado y sus asesores ocupa aproximadamente el 60% de su tiempo diario. Ello resta tiempo a otras actividades como el seguimiento de las políticas de atención y prevención de violaciones de derechos humanos, monitoreo de proyectos desarrollados por esta Defensoría, y la investigación en temas específicos. Así por ejemplo, el 2003 esta solo realizó gestiones defensoriales preventivas en beneficio de un total de 43 comunidades (Informe del Defensor del Pueblo al Congreso, 2003, en Moreno, 2004).

De acuerdo al Defensor para Indígenas los principales derechos vulnerados a que se refieren las quejas presentadas ante la Defensoría serían:

- Derecho al Territorio, en especial por el tema de los megaproyectos en territorios indígenas y por la violación al derecho a la consulta previa.
- Derecho a la Autonomía, por el desconocimiento e irrespeto a las autoridades propias
- Derecho a la Cultura, por la violación al derecho a una educación propia, por las fallas en la implementación del derecho a la salud, de acuerdo a la normatividad vigente.
- Derecho al Desarrollo Propio, por los problemas presentados con las transferencias de recursos a los resguardos indígenas y por la no inclusión de los planes de vida de los pueblos indígenas en los planes de desarrollo municipales y departamentales.
- Derechos Políticos y Civiles, por los desplazamientos forzados de personas y comunidades, amenazas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas, masacres, entre otras violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (Moreno, 2004; 30-31).

Entre las principales actividades desarrolladas por esta Defensoría destacan las siguientes:

2.4.1. Función investigativa: casos de estudio y recomendaciones

La función investigativa tiene como fin recomendar o exhortar a las autoridades del Estado sobre las medidas que se requieren para la protección de los derechos humanos. Esta función se implementa generalmente a través de la elaboración

de documentos donde se hace un seguimiento a una situación determinada y se argumenta en torno a las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos humanos. Estos documentos se denominan “resoluciones defensoriales”, y para los casos que afecten a personas y pueblos indígenas, su redacción corresponde a la Defensoría de Indígenas.

Desde 1999 la Defensoría para Indígenas ha elaborado 3 resoluciones defensoriales nacionales, 1 resolución regional y 4 informes defensoriales. Estos han recaído sobre las siguientes materias:

- Resoluciones defensoriales
 - o No. 24 de octubre de 2003: Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y Serranía del Perijá
 - o No. 13 de junio de 2001: Violación de derechos humanos de la comunidad indígena Embera Katío del Alto Sinú. En coordinación con la Defensoría Delegada para Derechos Colectivos y Medio Ambiente
 - o No. 9 de mayo de 2001: Situación de orden público en la región del río Naya. En coordinación con la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas

- Resolución regional
 - o No.10 de diciembre de 2003: Etnoeducación en Amazonas

- Informes defensoriales
 - o Septiembre de 2003: Informes sobre la situación de los indígenas de Riosucio, Caldas.

- o Noviembre de 2003: Informe de la comisión de observación de la crisis humanitaria en la Sierra Nevada de Santa Marta. En coordinación con el Secretariado Nacional de Pastoral Social de la Conferencia Episcopal de Colombia.
- o Abril de 2003: Situación de derechos humanos de las comunidades del Norte del Cauca.
- o Febrero de 2001: Fumigaciones y proyectos de desarrollo alternativo en el departamento de Putumayo. En coordinación con la Defensoría Delegada para Derechos Colectivos y del Medio Ambiente (Moreno, 2004: 32).

Muchos de los casos en los cuales la Defensoría ha expedido estas resoluciones se refieren a situaciones en que se han decretado medidas cautelares o provisionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es el caso de la comunidad indígena embera katio del Alto Sinú, pueblo indígena kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta, comunidad indígena embera chamí y pueblo indígena pijao (Moreno, 2004).

Probablemente el caso más emblemático al que la Defensoría le ha dado seguimiento, por la gravedad y dimensión de las violaciones, que incluso ha llamado la atención de órganos internacionales y ONG's de derechos humanos, es el de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Resolución Defensorial sobre la situación de derechos humanos de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta

La Defensoría del Pueblo ha documentado la crítica situación de derechos humanos de estas comunidades a partir de varias visitas al terreno y sesiones de trabajo con las autoridades estatales y las comunidades indígenas de la zona realizadas a partir del 2000.

“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” (Moreno, 2004:45). Adicionalmente, unas 420 familias de este pueblo debieron desplazarse en junio de 2000 a raíz de un ataque de autodefensas a casas de familiares o amigos indígenas en la selva mientras ocurren las confrontaciones armadas. Estos ataques se producen porque los grupos guerrilleros y paramilitares se disputan estos territorios.

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)”*.

El Informe Defensorial contiene un diagnóstico de la situación de derechos humanos, que se refiere a la vulneración de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de los derechos económicos, sociales y culturales indígenas; da cuenta de los instrumentos nacionales e internacionales para la protección de los derechos indígenas; hace una evaluación de la acción estatal de las autoridades indígenas y de la Defensoría en esta materia, y efectúa recomendaciones para abordar la realidad estudiada.

En septiembre de 2002, la Defensoría expidió una resolución Defensorial (Nº 24) denunciando los hechos atroces cometidos por actores armados ilegales en contra de pueblos indígenas e instando a las autoridades competentes a seguir sus recomendaciones en este caso. Un año después, la Defensoría realizó un informe de seguimiento. En el documento se evidencia que las entidades responsables no implementaron medidas para atender la crisis humanitaria en el área, y que se sigue verificando un aumento de hechos de violaciones de derechos humanos en contra de los pueblos indígenas de la zona.

El escalamiento de la situación de violencia en el área, así como el incumplimiento de la Resolución Defensorial Nº 24 llevó a la conformación en el 2003 de una Comisión Observadora integrada por un representante de la Iglesia Católica, la Defensoría del Pueblo y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. Esta visitó las comunidades y emitió un informe sobre la materia constatando la gravedad de la situación y formulando recomendaciones a autoridades gubernamentales (Informe de la Comisión de Observación de la Crisis Humanitaria en la Sierra Nevada de Santa Marta, Nov de 2003)

En total, 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.

“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”.

(Fuente: Moreno, 2004: 47).

Además, la Delegada está obligada a realizar un seguimiento periódico de estos casos para evaluar el cumplimiento de las resoluciones defensoriales y hacer nuevas observaciones o requerimientos específicos adicionales que sean necesarios para garantizar la disminución o eliminación de las violaciones de derechos humanos de los pueblos indígenas (Moreno, 2004). Así, en los casos en que las situaciones denunciadas por el Defensor no mejoren desde la perspectiva de la protección de los derechos y la resolución no es acatada, la Defensoría inicia una nueva investigación o realiza otras acciones como audiencias defensoriales para recalcar la importancia del tema.

Este es el caso de la Audiencia Defensorial realizada el 03 de octubre de 2002, sobre la situación de los Pueblos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Realizada con el objeto de presentar la situación humanitaria de estas comunidades, y las recomendaciones realizadas a través de la resolución 24 de la Defensoría, a las autoridades nacionales e internacionales; entre ellas la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, asistieron cerca de 250 personas. La Defensoría solicitó la realización de gestiones a diversos ministerios y un mes después de la Audiencia el Alto Comisionado se reunió con autoridades indígenas de la zona y diplomáticos de Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea.

2.4.2. Función educativa

Existe una Dirección de Promoción y Divulgación de los Derechos Humanos, dependiente de la Defensoría del Pueblo, cuyas funciones consisten en elaborar y poner en práctica programas de educación en derechos humanos, promover campañas de respeto de los derechos humanos, crear y

mantener centros de documentación sobre estas materias, entre otras (artículo 30 Ley 24 de 1992). Las diferentes delegadas y oficinas también tienen la facultad de implementar jornadas de capacitación en los temas especializados.

La función educativa de la Defensoría del Pueblo tiene como objetivo capacitar y educar a los ciudadanos colombianos en todos los temas concernientes a los derechos humanos y a la manera de hacerlos efectivos.

La Defensoría para Indígenas ha realizado la mayoría de sus actividades de educación en el marco de los proyectos financiados por la cooperación internacional. A juicio del Defensor Delegado de Indígenas, Gabriel Muyuy, estas actividades educativas tienen por objeto lograr un empoderamiento de doble vía, es decir que se capacite al sujeto de derechos así como también a quienes deben implementar y hacer cumplir esos derechos (Moreno,2004).

De acuerdo a Moreno (2004), algunos de los proyectos ejecutados por la Defensoría de Indígenas en esta línea son:

- *Proyecto Proamazonía* (2002-2004), cuyo objetivo fue fortalecer la gestión del Estado en la región de la Amazonía colombiana, a través de la apropiación de los derechos reconocidos en la Constitución Política de Colombia a todos los ciudadanos colombianos, por parte de las personas y pueblos indígenas de la zona.
- *Programa de capacitación en Derecho y Legislación Étnica para la Fuerza Pública* (2003-2004:), cuyo objetivo fue la capacitación a los miembros de la Fuerza Pública en derecho y legislación étnica, con el fin de propiciar el respeto de los derechos fundamentales de estos grupos étnicos.

- *Proyecto para la promoción, prevención y capacitación en derechos humanos, derecho internacional humanitario, derechos indígenas y ruta jurídica indígena (2004-2005)*, cuyo objetivo es fortalecer la autonomía de los pueblos indígenas a través de capacitaciones en derechos colectivos y de la construcción concertada de la ruta jurídica de desvinculación de niños indígenas de los grupos armados ilegales. Durante los primeros ocho meses de ejecución, se realizaron 6 talleres. En los talleres fueron escogidos, por los mismos participantes, 30 “gestores comunitarios” quienes están encargados de realizar dos talleres en sus regiones.
- *Acompañamiento para fortalecer la autonomía y el ejercicio de los derechos humanos colectivos e integrales de la población indígena de los departamentos de Tolima, Arauca, Casanare, Caquetá y Putumayo (Noviembre 2003-Noviembre 2004)*. Este proyecto, financiado por la Embajada de Canadá en Colombia, apuntaba a adoptar un plan de atención integral concertado con las autoridades indígenas para reducir la incidencia del desplazamiento forzado por la violencia en los pueblos indígenas de los cinco departamentos focalizados. Luego de realizadas visitas periódicas, el proyecto terminó con una Audiencia Defensorial el 11 de noviembre del año 2004, en la cual se presentó un Informe General que sintetiza los resultados obtenidos en cada uno de los departamentos y los compromisos de mediano y largo plazo que las autoridades locales y regionales adquirieron con los pueblos indígenas.
- *Fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, Serranía del Perijá y Comunidades Afrocolombianas de Buenaventura*, cuyo objetivo principal es el apoyo de los procesos de acceso

a las justicia indígena (en el caso de indígenas de la jurisdicción propia y en el de los afrocolombianos del control social interno) y acceso a la justicia ordinaria. Asimismo, tiene como fin el fortalecimiento organizativo comunitario y el apoyo para la construcción de los planes de vida de las comunidades indígenas. Con esta iniciativa se busca impulsar un proceso de fortalecimiento de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y de la Serranía del Perijá y las comunidades afrocolombianas del municipio de Buenaventura, que permita el desarrollo de un modelo de trabajo conjunto entre los indígenas, los afrocolombianos y la defensoría del Pueblo (Moreno, 2004).

2.4.3. Función de mediación

La función de mediación ocupa una buena parte del tiempo de trabajo de Defensoría de Indígenas. A juicio de Moreno (2004) algunos de los casos más ilustrativos asumidos por esta Defensoría que permiten identificar lecciones para el fortalecimiento de la protección de los derechos de los pueblos indígenas y de su acceso a la justicia, son los siguientes:

i. La consulta a la Defensoría del Pueblo sobre si la existencia de la jurisdicción indígena implicaba que las autoridades indígenas también fueran autoridades ambientales dentro de su ámbito territorial⁸⁶:

La Defensoría afirmó que cuando el Constituyente reconoció la jurisdicción especial indígena pretendió admitir las formas propias de administración de justicia de las

⁸⁶ Antecedentes contenidos en Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, 2001.

comunidades indígenas, las cuales integró al esquema ordinario de administración de justicia del país. Agregó que el contenido de la jurisdicción indígena no se reducía al ámbito penal, eso es, al establecimiento y sanción de delitos, sino que abarcaba también otros aspectos, tales como el civil y de familia, aun cuando técnicamente no se establecieran estas diferenciaciones dentro de las mismas comunidades indígenas. Afirmó además que las autoridades indígenas sí actúan como autoridades ambientales, pero que ello no se deducía del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena sino del artículo 330 de la Constitución, norma que asigna funciones administrativas a los consejos de las comunidades indígenas en sus territorios, facultades dentro de las que se encuentra la de velar por la preservación de los recursos naturales, ello aún cuando no se ha expedido la ley que cree y reglamente las entidades territoriales indígenas, en razón del reconocimiento constitucional de la autonomía de los pueblos indígenas. Aclaró que las autoridades indígenas deben hacer uso de sus facultades en materia ambiental dentro del marco normativo que ofrecen la Constitución y las leyes.

ii. Caso de indígena Uwá en Arauca:

La persona en cuestión asesinó a su esposa e hirió a su cuñada en la comunidad en donde habitaban, y se entregó a la Fiscalía. Confesó del crimen, fue condenado a 29 años de prisión por parte del juez penal, decisión que no consideró la identidad étnica del sindicado, ni apeló a la jurisdicción especial indígena para resolver el caso. Ante esta situación, el afectado apeló ante la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación para que su caso fuera trasladado a la jurisdicción especial indígena.

En una acción conjunta la Defensoría y la Procuraduría presentaron esta petición ante el Tribunal de Cúcuta, el que

aceptó los argumentos presentados y anuló todo lo actuado por el juez de primera instancia. Sin embargo, dicho juez apeló ante el Consejo Superior de la Judicatura, el que ratificó la sentencia de esta instancia y determinó que el indígena uwá debía ser entregado a las autoridades de su comunidad. El indígena se negó a ser llevado a su comunidad, argumentando que su vida corría peligro por supuestas amenazas de la guerrilla. Por su parte la autoridad indígena tampoco quería recibirlo pues en la comunidad no se contaba con los medios para impartir el castigo merecido. Ante estas declaraciones, la Defensoría del Pueblo se pronunció instando a la autoridad indígena a garantizar la vida y seguridad de esta persona dentro del territorio, en la medida en que se estaba ejerciendo la autonomía y la jurisdicción indígena. Gracias a la mediación desarrollada, se llegó al acuerdo de que quedaría bajo la custodia del director de la cárcel del Arauca.

iii. Elección de autoridades indígenas del Resguardo Ticuna-Cocama-Yagua de Puerto Nariño, Trapecio Amazónico⁸⁷:

En coordinación con la Defensoría Seccional del Amazonas, la Defensoría de Indígenas medió en las partes en conflicto con ocasión de la elección del Curaca Mayor del Resguardo de Puerto Nariño que es compartido por varios pueblos indígenas. La elección fue impugnada por el incumplimiento del reglamento interno del Resguardo Ticuna, Cocama y Yagua, debido a la ausencia de consenso entre los 21 cabildos menores de la jurisdicción del municipio de Puerto Nariño, y la no convocatoria de la asamblea integrada por 210 miembros, 10 por cada cabildo menor, con facultades para realizar la elección conforme con los procedimientos

⁸⁷ Antecedentes contenidos en Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, 2003.

internos. La Defensoría acercó a las partes para promover un acuerdo para realizar una nueva elección, atendiendo a los conductos regulares establecidos por las autoridades indígenas, según la máxima asamblea, y cumpliendo los derechos garantizados a los pueblos indígenas y sus autoridades en la Constitución, las leyes y la normativa internacional.

iv. Salud de pueblos indígenas del Vaupés⁸⁸:

La Defensoría de Indígenas realizó, a petición de los pueblos indígenas del Vaupés y de la Defensoría Seccional, actividades de estudio, acompañamiento y mediación para neutralizar el conflicto suscitado entre la Administradora del Régimen Subsidiado “ARS Salud Total“ y las organizaciones indígenas del departamento, por fallas en la prestación de servicios a cargo de la ARS. Dada la inconformidad de las autoridades indígenas con los servicios de salud prestados por dicha administradora de salud, los pueblos indígenas del Vaupés decidieron desafilarse masivamente de ella y requerir al Departamento de Salud del Vaupés asumir por cuenta de la entidad territorial la prestación de dichos servicios. Para explorar la viabilidad de esta demanda se consultó al Ministerio de Protección Social al respecto, pero la respuesta fue negativa.

La Defensoría de Indígenas realizó un acompañamiento a las comunidades en la zona y recomendó iniciar un proceso de diálogo para buscar una salida provisional que garantizara la prestación de los servicios, en tanto se definía de manera concertada la forma adecuada de resolver la problemática (Moreno, 2004:48-50).

88 Ibid.

A juicio de Moreno (2004) estos casos, y muchos otros, dejan en evidencia el reconocimiento del mandato de defensa y protección de los derechos humanos de la Defensoría del Pueblo, por parte de las autoridades y organizaciones indígenas.

v. Doctrina defensorial:

La doctrina defensorial es definida por el Defensor del Pueblo como “el resultado de un proceso de análisis socio-jurídico que permite calificar a partir de la investigación de unos hechos la efectividad de un derecho o la conducta de un agente estatal, y potenciar la realización de ese derecho”. De acuerdo con el Defensor del Pueblo, la doctrina es una “subregla”, es decir, la mayor especificidad posible en cuanto a la realización de un derecho determinado; la modulación de una normatividad abstracta respecto a una situación particular”⁸⁹.

Aún cuando no existe un documento oficial en donde se mencione explícitamente una doctrina defensorial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Moreno (2004:35-37) intenta sistematizar, a partir de los informes y resoluciones que contienen elementos conceptuales y analíticos sobre derechos de pueblos indígenas, la doctrina defensorial en la materia. Así incluye en ella:

-Que las normas que reconocen derechos humanos y demás derechos especiales de los pueblos indígenas, integran tanto el ordenamiento internacional como el interno. No obstante, en el ámbito nacional estas son desconocidas por los actores armados en conflicto.

89 Décimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia. Enero-diciembre 2002. Investigación para la acción y Magistratura Moral. Numeral 2.2 Estructura de la Magistratura Moral. Doctrina Defensorial, en Moreno, 2004).

-Que la dimensión universal de los derechos de los pueblos indígenas ha establecido referentes normativos básicos para garantizar el respeto a sus derechos especiales como la diversidad, la cultura, la autonomía, el territorio, la jurisdicción especial, el desarrollo de sus instituciones, el ejercicio de autoridad, la participación política, la consulta, la concertación, el derecho a sus creencias, conocimientos tradicionales, usos y costumbres y demás instituciones propias, por los Estados Parte y los miembros de la sociedad nacional, los cuales son vulnerados por la poca importancia que les confieren tanto las entidades estatales como los grupos armados al margen de la ley. (Resolución No. 024 de 2002, Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y Serranía del Perijá).

-Que la imposibilidad de contrarrestar los efectos de la delicada situación de derechos humanos de la región de la Sierra Nevada y la Serranía del Perijá, no sólo debe atribuirse a la carencia de normas y procedimientos o a la ausencia total de programas o falta de competencias claras. Se evidencian, además, factores que impiden una acción urgente para la protección de los pueblos indígenas amenazados, entre ellos: falencias en la coordinación interinstitucional, inexistencia de una política pública a mediano y largo plazo y la insuficiente disposición de las autoridades competentes para actuar de manera preventiva y oportuna frente a los desafueros de los actores irregulares. (Resolución No. 024 de 2002, Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y Serranía del Perijá).

-Que la modalidad de asesinatos selectivos en el pueblo Emberá, no sólo constituye grave violación del derecho fundamental a la vida sino violación de derechos

especiales dada la investidura que ostentan como sujetos jurídicos titulares de derechos colectivos. Tales delitos producen en el contexto de los pueblos indígenas un efecto que incide negativamente en el disfrute de derechos esenciales para su preservación de la integridad, organización social, autonomía y territorio.

-Que el desplazamiento de las comunidades indígenas de Sorandó y Simbra realizado en septiembre del año 2000 y el reciente desplazamiento de los 374 indígenas pertenecientes a las comunidades asentadas sobre el río Esmeralda, implican una inadmisibles estrategia de guerra utilizada por los actores armados que operan en la zona para atentar contra la vida, autonomía y territorios indígenas, puesto que con ésta se irrespeta la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio. El desplazamiento de la población indígena es una violación de suma gravedad que atenta contra el derecho a la vida e integridad de una colectividad.

-Que las falencias en el desarrollo de procedimientos de consulta previa constituyen formas de vulneración de derechos especiales como los territoriales, en los cuales se recrea la identidad y la cultura de estos pueblos, y de otra parte se vulneran los derechos humanos reconocidos universalmente a estos pueblos (art. 27 de la Declaración de Derechos Humanos) y en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) (Resolución No. 13, Violación de derechos humanos de la comunidad indígena Embera Katío del Alto Sinú, junio 19 de 2001).

2.4.4. Acciones jurisdiccionales y administrativas (procuración)

La Dirección de Recursos y Acciones Judiciales se encarga, según el artículo 24 de la Ley 387/92, de ejercer el litigio defensorial con miras a procurar “la solución de todos aquellos conflictos y reivindicaciones sociales que amenacen o vulneren los derechos humanos, susceptibles de ser resueltos a través de un proceso judicial, previo el agotamiento de todas las formas de gestión defensorial”.

Según Moreno (2004) las modalidades en que se ejerce el litigio defensorial son: i) la instauración directa y la coadyuvancia de acciones y recursos judiciales, ii) la impugnación de los fallos judiciales, iii) la intervención en procesos de nulidad y de inconstitucionalidad, iv) la insistencia en la revisión de fallos de tutela, v) la participación en audiencias o diligencias judiciales, vi) el seguimiento al cumplimiento de los fallos judiciales, y vii) la promoción del incidente de desacato. Adicionalmente, la Dirección tiene bajo su coordinación directa la interposición de la Acción de Tutela, del Derecho de *hábeas corpus*, de las Acciones Populares y de la Acción Pública de Inconstitucionalidad, en los términos establecidos en la ley cuando sean procedentes y bajo la dirección del Defensor del Pueblo.

Las peticiones ante la Defensoría pueden ser presentadas por todos los ciudadanos, ya sea a través de las Defensorías Regionales o Seccionales, la Unidad de Asesoría y Consulta, ante los defensores públicos o ante los personeros municipales. El trámite dado a la petición es el mismo, sea este de las personas y pueblos indígenas (Moreno, 2004).

Durante el año 2003 se recibieron 10.825 peticiones: 7.993 acciones de tutela, 22 *hábeas corpus*, 94 acciones de

nulidad, 316 acciones de cumplimiento, 2.342 acciones populares, 53 acciones de grupo y 5 acciones de inconstitucionalidad. De las peticiones de acciones de tutela, según la información del 2003 reportada al Congreso, sólo en una se invocaba la vulneración a amenaza a los derechos de las minorías étnicas (sin especificar el grupo víctima de la vulneración o amenaza). De acuerdo con lo señalado por la Dirección, ésta no cuenta con una información sistematizada y discriminada por procesos concernientes a personas y pueblos indígenas lo que dificulta el análisis de la efectividad en la atención a este tipo de peticiones⁹⁰ (Moreno, 2004).

2.4.5. Acción desarrollada por otras instancias de la Defensoría del Pueblo en materia de derechos indígenas

Junto a las acciones antes identificadas desarrolladas por la Defensoría para Indígenas cabe destacar el rol que han jugado otras instancias de la Defensoría del Pueblo, entre ellas la Defensoría Pública. A ello cabe agregar las acciones de la Defensoría Delegada para la Prevención de Violaciones Masivas de Derechos Humanos que tiene a su cargo el Sistema de Alertas Tempranas, SAT, y la Coordinación Nacional de Atención al Desplazamiento Forzado. Estas oficinas fueron creadas como respuesta a la intensificación y degradación del conflicto armado interno y sus graves efectos sobre la población civil.

90 Oficio No. 3030-234 de octubre de 2004. Respuesta Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales a la Delegada de Indígenas. Defensoría del Pueblo.

i. Defensoría Pública

La Dirección Nacional de la Defensoría Pública, que encuentra su base legal en el artículo 21 de la Ley 24 de 1992, tiene como finalidad facilitar el acceso a la administración de justicia, en condiciones de igualdad y en los términos del debido proceso, con respeto de los derechos y garantías sustanciales y procesales. Para ello la Defensoría Pública tiene la obligación legal de proveer un abogado a las personas indígenas que así lo soliciten y a quienes demuestren su incapacidad económica para obtener esta representación.

Cuando la solicitud del servicio de Defensoría Pública es presentada por una persona indígena o su representante ante alguna Defensoría Regional, esta se debe comunicar inmediatamente con la Defensoría para Indígenas con el fin de recibir la asesoría necesaria. Esta entidad solicita a los funcionarios regionales otorgar prioridad y agilidad en la asignación del defensor público. Actualmente, los departamentos de Cauca, Tolima, Risaralda y Nariño –departamentos con un importante porcentaje de población indígena– cuentan con defensores públicos encargados especialmente de atender estos casos y con conocimiento de la legislación indígena. Sin embargo, en la mayoría de los departamentos con población indígena no se encuentran defensores públicos especializados en el tema⁹¹. En estos casos los Defensores Regionales y Seccionales solicitan la asesoría de Bogotá (Moreno, 2004).

De acuerdo a Moreno (2004) esta situación se explica por la falta de recursos para ampliar la planta de defensores

91 Según Moreno (204) departamentos como La Guajira, Caldas, Chocó, Putumayo, Córdoba, Vaupés o Vichada, que se encuentran entre los diez departamentos con mayor población indígena, no cuentan con defensores públicos especializados en el tema indígena.

públicos en el país. En la mayoría de los departamentos, cada defensor público debe atender, en promedio, alrededor de 15 casos. Además, en los dos últimos años, se han incrementado las solicitudes a este servicio a consecuencia del aumento de personas judicializadas en razón de la aplicación de las capturas masivas como parte de las estrategias de la política de Seguridad Democrática del actual Gobierno. Este aumento de la demanda y la imposibilidad de ampliar el número de defensores públicos en el país determinan que estos no puedan especializarse y concentrarse exclusivamente en los casos de personas indígenas sindicadas.

Por otro lado, no es común encontrar en las regiones abogados que posean conocimientos en legislación indígena, ni experiencia de trabajo con comunidades indígenas. Tal vez por ello, muchas de las organizaciones indígenas regionales cuentan con sus abogados asesores quienes se encargan de representar a las personas involucradas en procesos judiciales.

En virtud del Acto Legislativo No. 03 del 19 de diciembre de 2002, que estableció las bases constitucionales para la reforma del sistema penal, se ordenó la creación de una Comisión para la redacción de los textos legales necesarios para la implantación de este sistema. La Dirección Nacional de Defensoría Pública lideró el proyecto de redacción del texto relacionado. Este proyecto de ley tiene como fin fortalecer la defensa pública como fórmula de legitimación del sistema judicial y salvaguardar el derecho a una defensa técnica, real y efectiva, acorde con las necesidades de la sociedad colombiana y que responda a las obligaciones internacionales que el Estado colombiano ha asumido.

Cabe señalar que en el marco de la aprobación del proyecto de ley para la creación del Sistema Nacional de Defensoría Pública, presentado al Congreso de la República el

20 de julio de 2003, el Congreso aprobó importantes recursos (unos seis millones de dólares) para la Defensoría del Pueblo, con el fin de aumentar los defensores públicos en las regiones del Proyecto Piloto del Sistema Acusatorio (Bogotá y Eje Cafetero). Con estos recursos, la Defensoría podría considerar la posibilidad de incluir en la ampliación de la nómina de defensores públicos, la contratación de abogados especializados en legislación indígena.

De acuerdo a Moreno (2004) durante los años 2003 y 2004 la Dirección Nacional de Defensoría Pública llevó 154 procesos en el programa penal ordinario en los departamentos de Nariño y Tolima. Según la Directora de esta dependencia “el servicio de la Defensoría Pública para la población indígena, se presta principalmente para asesorar las comunidades en los asuntos de su jurisdicción”⁹². De acuerdo a Moreno (2004), sin embargo, los antecedentes relativos a estas asesorías no se encuentran sistematizados ni se realiza el monitoreo pertinente a los procesos.

ii. Sistema de Alerta Temprana

En cuanto al SAT, de acuerdo a un Informe del Defensor enviado al Congreso el 2003, esta entidad, que hace monitoreo y analiza información sobre amenazas que afectan los derechos de las comunidades y emite informes de riesgos de violaciones de derechos humanos para que las autoridades competentes coordinen acciones para proteger a la población civil afectada, solicitó medidas y acciones de prevención y protección para aproximadamente 1.446.778 personas. De éstas, el 77% se concentraba en los departamentos de Nariño, Putumayo, Antioquia, Cauca, Santander, Tolima y Chocó, la

92 Oficio No. 3020-420 de octubre de 2004. Respuesta de la Dirección Nacional de Defensoría Pública a la Delegada de Indígenas. Defensoría del Pueblo.

mayoría de ellos con importante población indígena. De acuerdo a las estadísticas del SAT, el 42% de la población civil en situación de riesgo pertenece a grupos étnicos, 29.5% indígena y 12.5% afrocolombianos. Tal situación estaría asociada, en muchos casos, al uso y tenencia de la tierra, a estrategias de control de los grupos armados ilegales, a la importancia geoestratégica de sus territorios o significación como enclaves económicos (Moreno, 2004).

Frente a estas situaciones de riesgo alertadas por la Defensoría del Pueblo, el Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas CIAT adopta respuestas de tipo militar, las que no garantizan la seguridad y protección de comunidades en regiones en donde el Estado ha sido históricamente ausente. Las respuestas militares no están acompañadas por acciones de tipo económico y social, aún cuando este ha sido un reclamo permanente de la Defensoría del Pueblo (Moreno, 2004).

Otra de las preocupaciones de la Defensoría ha sido la del fortalecimiento institucional para impulsar la acción del Estado para la protección y garantía de los derechos humanos de las víctimas del desplazamiento forzado. Según el Sistema de Información RUT del Secretariado Nacional de Pastoral Social, de los 1.098 municipios que existen en Colombia, 770 registran dinámicas del desplazamiento, es decir el 70% de los municipios. En el 2002, el Chocó, cuya población es principalmente indígena y afrocolombiana, fue el primer departamento expulsor de población con una tasa de 4.498 desplazados por cada 100.000 habitantes, según CODHES⁹³.

93 CODHES (Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento) es una organización no gubernamental que desde 1984 realiza un monitoreo sistemático a la situación del desplazamiento forzado en Colombia (www.codhes.org.co).

La Red de Solidaridad Social⁹⁴ estima que el número de personas desplazadas desde 1995 hasta abril de 2003 es de 1.086.038. Según CODHES, tal cifra se eleva para el período 1985-2003 a más de 2.900.000 personas.

Se trata de un fenómeno relacionado con el conflicto armado que tiene graves implicancias para los derechos indígenas⁹⁵. En respuesta a esta situación la Defensoría Indígena viene realizando un trabajo de acompañamiento y seguimiento a casos de comunidades indígenas afectadas por el desplazamiento y ha elaborado resoluciones defensoriales en las cuales se demandan acciones de atención integral y efectiva por parte de las autoridades gubernamentales. En el 2003 se elaboró un documento marco para la atención diferenciada a las comunidades indígenas en situación de desplazamiento que fue presentado al gobierno. A la fecha, sin embargo, no existe una directriz gubernamental especial para la atención de personas y comunidades indígenas desplazadas quienes siguen siendo atendidos mediante los procedimientos regulares.

94 Entidad adscrita a la Presidencia de la República que atiende a la población desplazada.

95 “La presencia de los actores armados al margen de la ley en los territorios indígenas ha significado para estos pueblos y comunidades el asesinato de líderes y autoridades, el involucrarse en el conflicto armado a través de amenazas y presiones para suministrar alimento, el reclutamiento forzado de jóvenes, el desconocimiento de sus propias formas de organización y gobierno, las órdenes de desalojo de sus territorios, entre otros. Estas acciones conllevan a la vulneración de los derechos humanos individuales y colectivos de estas comunidades. Los derechos al territorio, a la autonomía y la identidad étnica y cultural, considerados como derechos fundamentales son violados por los actores armados poniendo en riesgo su integridad étnica y su supervivencia como pueblos y comunidades” (Moreno, 2004:38-39).

iii. Coordinación Nacional de Atención al Desplazamiento Forzado

Finalmente, en cuanto a la Coordinación Nacional de Atención al Desplazamiento Forzado, junto a las acciones de promoción, investigación y mediación a favor de las personas en situación de desplazamiento forzado, desde el 2002 dirige y ejecuta el proyecto de “defensores comunitarios” que persigue la presencia permanente de la Defensoría en zonas de alto riesgo de desplazamiento forzado. Este proyecto se ejecuta en 17 zonas del país fuertemente afectadas por el conflicto armado interno, de las cuales 10 corresponden a zonas con amplios territorios indígenas. Allí los defensores comunitarios, quienes ejercen las funciones y acciones propias de la institución, concertan con las autoridades indígenas los temas a trabajar y las actividades a desarrollar (Moreno, 2004).

2.5. Análisis crítico y recomendaciones

El caso de Colombia es uno de los que más ha llamado la atención a los analistas de la realidad y derechos de los pueblos indígenas. A partir de la Constitución de 1991, este país cuenta con uno de los ordenamientos jurídicos más avanzados –si no el más avanzado– en América Latina en el reconocimiento de los derechos indígenas, en particular los derechos políticos, territoriales y de la jurisdicción indígena. Aún cuando la legislación que regule sus disposiciones, como la referida a las entidades territoriales indígenas, no ha sido aún aprobada, en la práctica los derechos establecidos en la carta fundamental han encontrado acogida y desarrollo en la prolífica jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país.

Como se ha señalado, dicha jurisprudencia –generalmente receptiva a los reclamos de los pueblos indígenas por sus derechos– ha abordado y señalado lineamientos en, entre

otras materias, el derecho a la sobrevivencia cultural, el derecho a la integridad étnica y cultural y a la integridad ecológica, el derecho a la propiedad de la tierra, al derecho a determinar sus instituciones propias, al derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por normas y procedimientos propios, el derecho a la participación y a la igualdad lingüística e igualdad material.

Paradójicamente, el ejercicio de estos derechos en muchos territorios indígenas de Colombia debe hacerse en el contexto de un conflicto armado que no tan solo dificulta el ejercicio por los pueblos indígenas de sus derechos colectivos, sino además, en muchas ocasiones amenaza derechos individuales básicos como la vida, la integridad física y la libertad y el acceso a la justicia y debido proceso de quienes los integran.

Es este el contexto en que fue creada y ha debido desarrollar sus funciones el Defensor del Pueblo de Colombia, entidad que está dotada de amplias facultades de protección, de defensa, investigativas, conciliatorias y de iniciativa normativa en materia de derechos humanos. La forma en que la Defensoría ha desarrollado sus funciones desde su creación a la fecha, su relativa independencia frente a los gobiernos, ha dado a esta institución una alta credibilidad en la ciudadanía colombiana.

El establecimiento en 1993 de una Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas, y su dotación –gradual en el tiempo– de personal para el desarrollo del mandato que le es entregado, han resultado fundamentales para que la Defensoría haya podido desarrollar su mandato para esta parte de la población colombiana, históricamente discriminada, y hoy en situación de extrema vulnerabilidad en el marco del conflicto armado antes referido.

La atención y trámite de las quejas de personas y comunidades indígenas, si bien sumamente valiosa, por cuanto ha permitido asumir una labor de defensa y acompañamiento frente a situaciones concretas de violación o amenaza de derechos territoriales, a la autonomía, culturales, al desarrollo y derechos civiles y políticos indígenas, parece haber ocupado parte importante del tiempo de esta Defensoría, dificultando su posibilidad de abocarse a otras funciones de relevancia como la prevención de las violaciones de derechos humanos de los indígenas, el monitoreo frente a las mismas situaciones y la promoción de los mismos derechos.

Buenas prácticas

Con todo, la Defensoría parece haber desarrollado un trabajo interesante en éste y otros ámbitos propios de su función. Entre las mejores de sus prácticas en este sentido cabe destacar las siguientes:

En el ámbito de la investigación de situaciones graves de violación de derechos humanos que afectan a los pueblos indígenas cabe destacar las resoluciones e informes defensoriales, varias de las cuales, como se señalara, se han referido a situaciones en que se han decretado medidas cautelares o provisionales previas del sistema interamericano de derechos humanos. Un ejemplo en este sentido han sido las resoluciones e informes defensoriales –5 en total– emitidas por la Defensoría en el caso de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Dicha acción defensorial ha permitido una visibilización de la crítica situación que afecta a estas comunidades a raíz de la violencia del conflicto armado, así como la mediación con el gobierno colombiano para la protección de su seguridad y derechos. Como consecuencia concreta de esta acción defensorial de visibilización y

mediación, el gobierno, a través del Programa Presidencial de Derechos Humanos abrió, recientemente, una oficina en Valledupar para atender la problemática de la Sierra Nevada de Santa Marta.

En materia de educación cabe destacar las actividades desarrolladas a contar del 2004 por la Defensoría para Indígenas, junto a la Delegada de Niñez, Juventud y Mujer, en coordinación con la Asociación Latinoamericana de Derechos Humanos ALDHU, en el marco del proyecto promoción, prevención y capacitación en derechos humanos, derechos indígenas y ruta jurídica indígena. Tales actividades, como se señalara, han tenido como objetivo fortalecer la autonomía de los pueblos indígenas a través de capacitaciones en derechos colectivos y de la construcción concertada de la ruta jurídica de desvinculación de niños indígenas de los grupos armados ilegales.

A esta acción cabe agregar aquellas desarrolladas a través del Programa de capacitación en derecho y legislación étnica para la fuerza pública (2003-2004), cuyo objeto fue la capacitación de los miembros de la fuerza pública con el fin de propiciar el respeto a los derechos fundamentales de los grupos étnicos; y las acciones de fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, Serranía del Perijá y Comunidades Afrocolombianas de Buenaventura, cuyo objetivo principal ha sido el apoyo de los procesos de acceso a la justicia indígena (en el caso de indígenas de la jurisdicción propia y en el de los afrocolombianos del control social interno) y acceso a la justicia ordinaria.

En materia de mediación la función desarrollada por la Defensoría para Indígenas también debe ser mencionada. En contextos como el que vive hoy Colombia, no son muchas las

instancias que se encuentran en la posición de ejercer esta mediación. Un caso a destacar es el del informe defensorial (Informe Defensor 2001) en que se afirma que la jurisdicción indígena no solo se reduce al ámbito de lo penal, sino que abarca también otros aspectos tales como el derecho civil y de familia y reconoce a las autoridades indígenas como autoridades ambientales en su ámbito territorial.

Finalmente, cabe valorar las acciones impulsadas por la Defensoría en relación con la problemática del desplazamiento de población indígena como consecuencia del conflicto armado, a través de la Defensoría Delegada para la Prevención de Violaciones Masivas de Derechos Humanos que tiene a su cargo el Sistema de Alertas Tempranas (SAT) y de la Coordinación Nacional de Atención al Desplazamiento Forzado, con la participación de la Defensoría de Indígenas.

Percepción indígena: valoración e identificación de vacíos y obstáculos

Todo ello determina que los indígenas de Colombia tengan, en general, una percepción positiva del trabajo de la Defensoría en los ámbitos que les atañen⁹⁶. Sin embargo, los líderes indígenas, si bien reconocen que existe en la Defensoría una intencionalidad a favor de los derechos de los pueblos indígenas, sostienen que el hecho de ser ésta una entidad estatal, implica limitaciones a la hora de pronunciarse

96 La visión que los líderes de organizaciones de pueblos indígenas de Colombia tienen de la Defensoría y en especial de la Defensoría para Indígenas y de su labor a favor de los derechos indígenas, fue recabada por Moreno (2004) en su estudio sobre esta entidad. Para estos efectos Moreno realizó entrevistas a líderes de la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana, OPIAC, de la Organización Regional Embera Wuanan, OREWA y de las organizaciones de la Amazonía. A ello se agregó la entrevista a uno de los representantes a la Cámara elegido por circunscripción especial indígena.

y de actuar. También reconocen las gestiones exitosas de la entidad en materia de derechos humanos e indígenas. Sin embargo, sostienen que se debe avanzar más especialmente en materia de derechos colectivos, debiendo la Defensoría fortalecer sus mecanismos de seguimiento al cumplimiento del Estado en esta materia (Moreno, 2004).

Así algunos líderes indígenas manifiestan su preocupación respecto del hecho que en “algunas situaciones especialmente conflictivas, en aras de mantener buenas relaciones con el Gobierno nacional, la Defensoría ha adquirido un perfil bajo que no parecería reflejar una posición decidida de respaldo efectivo a las víctimas de las violaciones de derechos humanos y de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, expresan que la posición de la Defensoría debe ser siempre y sin excepciones independiente, clara y sin ambigüedades” (Moreno, 2004: 52).

También les preocupa que las resoluciones defensoriales no impliquen acciones vinculantes, por lo que en muchas ocasiones sólo llegan a ser simples declaraciones. Para superar esta limitación en la defensa de los derechos indígenas sugieren a la Defensoría acudir, de manera más decidida, a acciones judiciales (acciones de tutela, acciones populares, demandas, acciones de inconstitucionalidad, etc.).

Por otro lado, respecto a las capacidades y recursos de la Defensoría para el trabajo en el tema indígena, señalan que esta entidad debe definir criterios claros para escoger a los funcionarios que trabajan en el tema indígena, ya que en muchas regiones existen funcionarios que asumen el tema indígena sin una real convicción. Observan que existe una distancia entre el nivel nacional de la Defensoría y algunas de sus oficinas regionales, en cuanto al conocimiento de los

derechos de los pueblos indígenas y al compromiso con el que atienden sus peticiones y quejas. En este sentido, expresan que la coordinación entre el nivel nacional y las oficinas regionales parece ser insuficiente.

Finalmente sostienen que en regiones la Defensoría debe brindar mayor asesoría y acompañamiento a las organizaciones indígenas, con el fin de fortalecerlas en la exigencia de sus derechos. La interlocución entre estas no puede ser sólo coyuntural, para resolver situaciones urgentes, sino que se debe fortalecer su alianza estratégica para presionar, de manera conjunta a las autoridades regionales a fin de que cumplan con su deber de atención a los pueblos indígenas (Moreno, 2004).

Con respecto a la presencia de la Defensoría en los territorios indígenas, en el caso del Chocó, los líderes de la OREWA entrevistados señalan que ésta es más recurrente después de la masacre de Bojayá (2 de mayo de 2002), ya que hasta antes de esa fecha la Defensoría no había mostrado un particular interés por el tema indígena en esta zona. Con la llegada de los defensores comunitarios al Medio y Bajo Atrato, a mediados de 2002, la Defensoría asume un rol más protagónico en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y en el acompañamiento permanente a las comunidades, especialmente en las zonas de mayor riesgo por el conflicto armado. Ello a pesar que su actuación sigue siendo puntual, reactiva y no lo suficientemente estratégica (Moreno, 2004).

En el caso de los departamentos de la Amazonía colombiana, las organizaciones indígenas sostienen que los actores armados imponen restricciones al trabajo de la Defensoría del Pueblo. De acuerdo a ellos:

Limitan el trabajo de los funcionarios a las capitales de los departamentos. En muchas ocasiones, por temor, los funcionarios de la Defensoría no se desplazan a los territorios más apartados de la región para visitar a las comunidades indígenas. Igualmente, las grandes distancias y los elevados costos de transporte limitan su presencia en estos territorios. En la mayoría de ellas no conocen a la defensoría. En este sentido, las organizaciones plantean que en la Amazonía es poco lo que la Defensoría ha hecho por los pueblos indígenas. (Moreno, 2004:54).

En el caso del departamento del Tolima, el trabajo de la Defensoría y en especial del defensor público para indígenas se ha concentrado principalmente en los municipios de mayor población indígena: Coyaima, Natagiamá, San Antonio, Ortega, Chaparral y El Guamo⁹⁷.

Finalmente para las organizaciones nacionales y regionales entrevistadas, la actuación de la Defensoría del Pueblo en el tema de la jurisdicción especial indígena no ha sido especialmente fuerte. Para éstas, la Defensoría podría jugar un papel importante en la búsqueda de una mayor coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, con el fin de que las decisiones de la justicia indígena sean respetadas y validadas por la justicia ordinaria. En este sentido, sostienen la Defensoría debe capacitar, incidir y exigir para que la justicia ordinaria reconozca los derechos de los pueblos indígenas (Moreno, 2004).

97 Esta información fue suministrada a Moreno (2004) por el Defensor Regional del Tolima. Estos municipios corresponden además a la zona de trabajo del Consejo Regional Indígena del Tolima, CRIT. El Tolima está integrado por 47 municipios. En 12 de ellos habitan los pueblos indígenas Pijao y Páez (Moreno, 2004).

En síntesis, los puntos más críticos y preocupantes de la actuación de la Defensoría planteados por líderes indígenas se refieren a las limitaciones impuestas por el conflicto armado en áreas indígenas; aquellas de que adolecen los funcionarios de las oficinas regionales para la atención de los problemas indígenas; la necesidad de que se asuma una preocupación mayor de la Defensoría por la jurisdicción indígena y por los derechos colectivos de los pueblos indígenas; y la necesidad de que esta utilice de manera más decidida acciones judiciales, como la tutela y otras, para la defensa de los derechos indígenas. Se trata de críticas significativas de quienes en términos generales, valoran esta institución y su accionar en materia de derechos indígenas, y que por lo mismo, deben ser escuchadas.

Recomendaciones

Dada la profundidad y el alcance del estudio de Moreno sobre la Defensoría del Pueblo y su accionar en relación a los derechos de los pueblos indígenas de Colombia, y a la coincidencia de criterios que ella tiene en este punto con las inquietudes expresadas por los líderes indígenas entrevistados por ella en su estudio, parece pertinente acoger aquí las recomendaciones que ella realiza a objeto de fortalecer las estrategias de esta entidad con miras a posibilitar una atención integral a los pueblos y personas indígenas que permita ampliar su acceso a la justicia.

Entre las principales recomendaciones que Moreno hace para con este objeto se destacan aquí las siguientes:

- La Defensoría debe mejorar y fortalecer los sistemas de información con los que cuenta actualmente incluyendo variables e indicadores que den cuenta de la especificidad

de los pueblos indígenas, e información acerca de su pueblo y comunidad de origen, el tipo preciso de vulneración o amenaza a los derechos individuales y colectivos, como la autonomía, el territorio, el gobierno propio, y la cultura. Con el fin de realizar un seguimiento riguroso a la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas, los sistemas de información de la entidad deben permitir el cruce de variables como conductas vulneratorias, derechos vulnerados, responsables y víctimas (pueblo y comunidad) que deben ser actualizados periódicamente con la información recolectada por las Defensorías Regionales y Seccionales de todo el país.

- En relación a la Dirección Nacional de Defensoría Pública, se requiere de la contratación de defensores públicos con conocimientos en legislación indígena y con experiencia de trabajo en temas relacionados con la jurisdicción indígena para la eficaz prestación de sus servicios en los departamentos con población indígena.
- En relación a la Defensoría para Indígenas se propone que los defensores públicos asignados al tema indígena sean contratados de tiempo completo, con el fin de que apoyen a las Defensorías Regionales y Seccionales permanentemente en proyectos como la investigación aplicada para la recuperación de la memoria colectiva indígena sobre los usos y costumbres de administración de justicia.
- Tanto la Defensoría para Indígenas como la Dirección Nacional de Defensoría Pública deben desarrollar una labor de sensibilización y capacitación a fiscales y jueces sobre el contenido, alcance y aplicación de la jurisdicción especial indígena.

- Se reconoce la importancia de los informes y resoluciones defensoriales. Sin embargo, la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas sigue deteriorándose, lo que exige de la Defensoría de iniciativas de mayor contundencia, como las acciones judiciales de tutela que está facultada para interponer. Tales acciones que constituyen poderosos instrumentos para hacer más efectivas y creíbles las resoluciones Defensoriales.
- Es necesario el impulso a la investigación sobre temas como la jurisdicción indígena, con el fin de que a partir de ella, la Defensoría para Indígenas defina las áreas y prioridades de su intervención. Uno de los estudios sugeridos a ser elaborado junto a las organizaciones indígenas, es un inventario y análisis de las diferentes experiencias de aplicación y ejercicio de la jurisdicción indígena. Para ello, la Defensoría puede establecer alianzas con Universidades y organizaciones no gubernamentales.
- En materia de iniciativa legislativa, se sugiere frente a la aparente falta de interés del poder legislativo en la reglamentación del artículo 246 de la Constitución, que la Defensoría del Pueblo impulse una campaña de sensibilización y persuasión al Congreso con el fin de crear un ambiente favorable para la presentación del proyecto de ley sobre jurisdicción indígena. La Defensoría para Indígenas podría contribuir al debate entre las organizaciones indígenas aportando una propuesta de articulado y facilitando, a través de reuniones y talleres, la construcción de consenso alrededor del tema, en alianza con la ONIC y el proyecto financiado por el BID.

- En materia de educación en derechos indígenas, donde hay una importante experiencia de la Defensoría para Indígenas, se sugiere una mayor coordinación de con la Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de la Defensoría a objeto de fortalecer la función de educación en esta materia. Tal coordinación y articulación permitiría avanzar en la producción de materiales didácticos que faciliten a los funcionarios en las regiones las labores de capacitación a pueblos y comunidades indígenas.
- Se hace necesario la definición de agendas estratégicas que permitan que la Defensoría, además de su actuación frente a situaciones apremiantes, centre su preocupación en los temas más estructurales y estratégicos como la protección de los derechos colectivos al territorio, a los recursos naturales, a la autonomía, al gobierno y al desarrollo propios, los que deben ocupar un lugar central en la agenda institucional. Las Defensorías Regionales y Seccionales deben concertar, con el apoyo y asesoría de la Defensoría para Indígenas, agendas y programas de trabajo con las organizaciones indígenas regionales que incluyan estos temas estratégicos.
- Dado que la temática de la defensa y promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas y las minorías étnicas se ha centrado en la Defensoría para Indígenas, éste no ha sido un tema que haya sido apropiado por el conjunto de la institución. Con el fin de superar esta situación, se sugiere la transversalización del tema en la Defensoría implementando una estrategia interna de sensibilización y capacitación permanente en diversas materias, incluyendo la jurisdicción indígena, dirigida a todos los funcionarios.

- Finalmente, con el fin de garantizar mayor impacto y eficacia en las actuaciones defensoriales para la defensa y promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas es necesario dotar a la Defensoría para Indígenas de mayores recursos. El fortalecimiento de la Defensoría en general y de la Delegada en particular no puede depender exclusivamente de los recursos externos de la cooperación internacional, sino que la entidad debe adoptar medidas estructurales que garanticen la sostenibilidad e institucionalización permanente de los procesos y proyectos. Una de estas medidas puede ser la transversalización del tema en la Defensoría, de modo que la entidad en su conjunto, a través de sus diferentes dependencias y bajo la coordinación de la Delegada, garantice una mayor cobertura e impacto en la atención a indígenas (Moreno, 2004).

Bibliografía

- Arango, Raúl y Enrique Sánchez, *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio*, Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia, 2004.
- Arango, Raúl, “Pueblos Indígenas de Colombia en la Constitución de 1991”, en *Pentukun* N° 3. Temuco: Instituto de Estudios Indígenas, UFRO. 1995. p.35-51.
- Assies, Willem y Rosa Guillén comp., *El Reconocimiento de los Derechos Indígenas: Jurisprudencia Colombiana y Propuestas sobre la Jurisdicción Indígena en Ecuador y Bolivia*, Colegio de Michoacán, Zamora, 2001, inédito.
- Bogotá en Moreno, María Camila, *Estudio sobre la atención a las personas y Pueblos Indígenas en la Defensoría del Pueblo de Colombia*, Proyecto Acceso a la Justicia de personas y pueblos indígenas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá, 2004, inédito.

Cabedo Mallol, Vicente, “El Pluralismo Jurídico en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador. (Derecho Consuetudinario y Jurisdicción Indígena)”, Ponencia presentada en el VII Congreso de Latinoamericanistas Españoles 20, 21 y 22 de Septiembre de 1999.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102

Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, disponible en:

<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>

Defensor del Pueblo Colombia, *La vigencia de los derechos humanos en Colombia: Diagnóstico y recomendaciones de la Defensoría del Pueblo al Gobierno Nacional*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1998.

-----, *Décimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2002.

-----, *Noveno Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2001.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de progresos en derechos indígenas*, CD. Sin fecha.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.

Moreno, María Camila, *Estudio sobre la atención a las personas y Pueblos Indígenas en la Defensoría del Pueblo de Colombia*, Proyecto Acceso a la Justicia de personas y pueblos indígenas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá, 2004, inédito.

Procuraduría General de la Nación y Canadian International Development Agency, *La Diversidad Étnica en Colombia. Alcances y desarrollo*, Bogota, 2004.

Restrepo, Mario Augusto, *La Defensoría del Pueblo en la Constitución Colombiana. Necesidad Histórica*, Bogotá, 1995, inédito.

Roldán, Roque, *Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y presente*, Tercer Mundo Ed., Bogotá, 2000.

Sánchez, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.

-----, “La tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-pueblos indígenas en Colombia”, en Assies, Willem et. al., *El reto de la diversidad*, México, El Colegio de Michoacán, 1999.

Stavenhagen, Rodolfo (Relator Especial ONU para los derechos y libertades fundamentales de los indígenas), *Misión a Colombia*; E/CN.4/2005/88/Add. 2, 10 de noviembre de 2004.

Vásquez L. Miguel, Gladys Jimeno Santoyo y Hernán Darío Correa Comp., *Derechos de los Pueblos Indígenas de Colombia. Pluralismo Jurídico y Autonomía. Tomo I*, Ministerio del Interior, 1998, Bogotá, Págs. xxix y xxx, en Moreno, María Camila, *Estudio sobre la atención a las personas y Pueblos Indígenas en la Defensoría del Pueblo de Colombia*, Proyecto Acceso a la Justicia de personas y pueblos indígenas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá, 2004, inédito.

Páginas web

<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>

<http://www.defensoria.org.co>

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/>

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

<http://www.socwatch.org.uy/es/portada.htm>

<http://untreaty.un.org/>

Comunicaciones

Castañeda, Amilcar, comunicación escrita al autor, abril 2005.

3. COSTA RICA

3.1. Antecedentes generales

Según el Censo Nacional de Población y Vivienda del 2000, realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), Costa Rica, cuenta con una población de 3.810,179 de habitantes. Por muchos años, no se reconoció la existencia y derechos de los pueblos indígenas en Costa Rica. En el IX Censo Nacional de Población del año 2000, ante la presión de las organizaciones indígenas, se incluyó en la boleta censal una pregunta dirigida a identificar la pertenencia de la población a un grupo étnico, distinguiéndose entre indígenas, afrocostarricenses y chinos. De acuerdo a dicho Censo, de la población total de Costa Rica, 63.876 (1.7% del total) sería indígena. Según estimaciones extraoficiales, tal población ascendería a 73.000, equivalentes al 2% del total del país, distribuyéndose entre ocho pueblos indígenas (*bribris, brunca, cabécares, chorotegas, huetares, malekus, ngöbes y teribes*) (Rojas, 2003).

De la población indígena identificada por el Censo, 27.032 (42.32%) viven dentro de sus respectivos territorios; 19.590 (30.67%) viven en la periferia, distritos y cantones aledaños; finalmente, 17.254 (27.01%) están asentados temporal o permanentemente en el resto del país. Ello se debe a su migración hacia zonas cafetaleras, bananeras, piñeras, o hacia las principales ciudades del país. En las áreas definidas como territorios indígenas habitan 33.128 personas, o sea, el 0,9% de la población del país. Los pueblos *bribri* y *cabécar* agrupan en sus territorios el 64% de esta población. Los territorios indígenas abarcan cerca de 350 mil has., esto es un 7% de la superficie de Costa Rica que alcanza a 5.210.000 has. (Mesa Nacional Indígena, 2005). Entre los territorios destacan como los más grandes, en cuanto a cantidad de habitantes,

Talamanca Bribri (20,7%), Alto Chirripó o Duchi (14,2%), Boruca (8,9%) y Cabagra (7,1%). En el resto de los territorios se acumula el restante 49% de la población, sobresaliendo entre los menos poblados Osa (0,4%) y Bajo Chirripó, Nairi Awari, Abrojo Montezuma, Kekoldí Cocles, y Zapatón, cada uno con menos de 1,5% de la población.

Al observar la composición de los territorios indígenas, puede constatar que en alguno de estos predomina la población no indígena. Así entre los *bribris* en el territorio Kekoldi Cocles existe un 52% de no indígenas; entre los *bruncas* en el territorio Boruca hay un 53% de no indígenas; entre los *maleku* existe un 59%; entre los *térraba* un 56% y entre el pueblo *huetar* de Zapatón un 88%.

En el resto de territorios predomina la población indígena, destacándose el pueblo *cabecar*, donde todos sus territorios, excepto Ujarrás, tienen porcentajes superiores al 97% de habitantes indígenas. Otros territorios como Salitre, Talamanca Bribri, Abrojo Montezuma, Osa y Coto Brus tienen menos del 10% de población no indígena.

En general no hay concentraciones importantes de población extranjera en territorios indígenas. En el territorio del pueblo *ngöbe* existen porcentajes superiores al nacional (7,8%). Coto Brus concentra la mayor cantidad (18%), seguido de Conte Burica (16%), Abrojo Montezuma (10%) y Osa (8,5%). Además, del pueblo Bribri, *Kekoldi Cocles* (13%) (Centro para el Desarrollo Indígena, en <http://www.cedincr.org/pueblos.htm>).

La población indígena de Costa Rica se encuentra en una clara situación de desventaja en relación a la población no indígena que allí habita. Así, la tasa de analfabetismo en los territorios indígenas alcanza al 30% –llegando en algunos

casos, como el del pueblo cabécar, al 50%– en contraste con el 4.5 % en el resto del país. El promedio de escolaridad en los territorios indígenas asciende a tan solo 3.6 años de educación formal, en tanto que en algunos territorios llega a menos de un año. En cuanto a la vivienda, el promedio de indígenas en ellas en sus territorios es de 5.3, lo que contrasta con el 4.1 en el resto del país. Los servicios básicos existentes en ellas son precarios, siendo el abastecimiento de agua por tubería, la tenencia de tanque séptico y la disponibilidad de electricidad inferior al 50%, en contraste con el 90% en las viviendas no indígenas en el resto del país. Finalmente, el porcentaje de indígenas que habitan en sus territorios que no tiene ningún tipo de carencia alcanza al 7.6% en contraste con el 60.4 % de los no indígenas (Defensoría de los Habitantes, Informe 2002-2003).

La Ley General de Terrenos Baldíos de 1939 fue la primera de la época republicana en reconocer derechos de propiedad a los indígenas al declarar en su artículo 8 inalienable y de propiedad exclusiva de los indígenas una “zona prudencial” en los lugares en donde habitaran estas “tribus”. Las primeras reservas indígenas se comenzaron a delimitar en 1956 (Decreto Ejecutivo N° 34). Sin embargo, el establecimiento de las bananeras desde comienzos del siglo XX y la apertura de carreteras con posterioridad a esa fecha provocaron la invasión masiva de posesiones tradicionales indígenas (Barie, 2003).

3.2. Marco jurídico de los derechos humanos e indígenas

Los derechos humanos se encuentran reconocidos en la Constitución Política de Costa Rica que data de 1949, así como en numerosos tratados internacionales que han sido ratificados por este país. La Constitución, a la que se han

introducido más de cincuenta modificaciones desde su aprobación a la fecha, define a Costa Rica como una República democrática, libre e independiente. Ella recoge muchas de las garantías consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 en sus títulos IV sobre derechos y garantías individuales y V sobre derechos y garantías sociales. Costa Rica es uno de los casos de más destacados democracia social en América Latina. Tal como lo dispone el artículo 50 de la Constitución, “el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”.

La Constitución de este país no contenía reconocimiento alguno de los pueblos indígenas y de sus derechos. Inspirada en principios liberales, la Constitución de 1949 no reconoce diferenciación cultural, disponiendo la igualdad de los seres humanos y la no discriminación⁹⁸. Solo en 1999, en virtud de la reforma de su art. 76 (Ley N° 7.878), hizo referencia a los indígenas al disponer “el Estado velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales”.

La protección de los derechos humanos se ha visto reforzada con la ratificación por Costa Rica de las convenciones internacionales más importantes sobre la materia, tanto aquellas del sistema de Naciones Unidas como del sistema interamericano de derechos humanos⁹⁹. Cabe

98 “Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna ante la ley” (art. 33 Ley 4123 reformado el 31 mayo 1968).

99 Entre los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica a enero de 2004 figuraban el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); la Convención para la Preven-

señalar que tales convenios internacionales tienen, de acuerdo al artículo 7 de la Constitución, “autoridad superior a las leyes”. Más aún, los derechos humanos contenidos en los convenios internacionales de derechos humanos aplicables en Costa Rica son susceptibles de ser protegidos a través de recursos ante las instancias jurisdiccionales internas (artículo 48 de la Constitución Política). En relación a su jerarquía en el ordenamiento jurídico de Costa Rica, la Sala Constitucional de ese país ha establecido que éstos no solamente tienen un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución (Sentencia número 1995-02313, 1 de junio del 2005).

ción y la Sanción del Delito de Genocidio (1948); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) (http://www.socwatch.org.uy/es/fichasPais/tratados_16.html#dato_hrt).

A ello se agregan los tratados internacionales mencionados en la Declaración del Milenio suscrita por los jefes de Estado de la ONU del 2000, incluyendo el Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional (1998); la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (1997); el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales (1996); el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (2000); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000); la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992); la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación (1994); y las principales convenciones de la OIT (Nºs 87, 98, 105, 100, 111, 138 y 182) (*Ibid.*).

Finalmente, en el ámbito americano, Costa Rica ha ratificado las principales convenciones de derechos humanos de la OEA, entre ellas la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969; el “Protocolo de San Salvador” de 1988; la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; la Convención Americana relativa a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990; la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 (IIDH, Mapa de Progresos en Derechos Humanos, CD s.f.).

El marco jurídico de los pueblos indígenas está constituido principalmente por la Ley N° 5.251 de 1973 que crea la CONAI (Comisión Nacional de Asuntos Indígenas), la Ley Indígena, N° 6.172 de 1977 con su Reglamento (Decreto núm. 8.487-G), y un Decreto Ejecutivo de 1994 que establece la educación bilingüe y bicultural (Decreto N° 23.489-MEP). Ello además de la Ley No. 7316 de 1992 mediante la cual Costa Rica ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas.

La Ley N° 5.251 de 1973 (reformada por la Ley No. 5671 de 31 de marzo de 1975) creó la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), la que está integrada por representantes de gobierno e indígenas¹⁰⁰. La ley concibió la CONAI como una entidad de derecho público cuyo fin fue promover el desarrollo de las comunidades indígenas, la definición de políticas gubernamentales y la coordinación institucional del sector público para el cumplimiento de sus fines¹⁰¹. De acuerdo a la ley y a sus reformas posteriores, la

100 Según su artículo 2 la CONAI estaría integrada a) Con los representantes de las dependencias e instituciones siguientes: Presidencia de la República; Universidad de Costa Rica; Universidad Nacional; Ministerio de Educación Pública; Ministerio de Gobernación y Policía; Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes; Ministerio de Salud; Ministerio de Agricultura y Ganadería; Ministerio de Seguridad Pública; Instituto Mixto de Ayuda Social; Instituto de Tierras y Colonización; Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado; Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; Instituto Nacional de Aprendizaje; y Servicio Nacional de Electricidad; b) Un representante de cada uno de los Consejos Municipales de Guatuso, Talamanca, Coto Brus, Pérez Zeledón, Buenos Aires y Mora y del Concejo de Distrito de Boruca; c) Un delegado de cada Asociación de Desarrollo de la Comunidad que exista en las comunidades indígenas.

101 De acuerdo a dicha ley, la CONAI tiene como objetivos principales a) Promover el mejoramiento social, económico y cultural de la población indígena con miras a elevar sus condiciones de vida y a integrar las comunidades aborígenes al proceso de desarrollo; b) Servir de instrumento de coordinación entre las distintas instituciones públicas obligadas a la ejecución de obras y a la prestación de servicios en beneficio de las comunidades indígenas; c) Promover la investigación científica del modo de vida de los grupos indígenas, con el propósito de lograr el más cabal conocimiento de éstos, y fundamentar así la orientación de los programas tendientes a su bienestar, para poder valorar obje-

CONAI está compuesta por una Asamblea General integrada por representantes de instituciones públicas y delegados de las Asociaciones de Desarrollo Integral de los Territorios Indígenas (creadas por el Decreto 8487-G de 1978), la Junta Directiva, que es el órgano ejecutivo de la institución, los Comités Especiales de Trabajo y los comités locales. Cabe aclarar que la participación de instituciones públicas en la Asamblea General de la CONAI, fue declarada inconstitucional mediante resolución número 3485-2003 del 2 de mayo de 2003, por lo que a partir de esta fecha la Asamblea General se integra únicamente por representantes de la Asociación de Desarrollo Integral de cada territorio indígena¹⁰².

La ley señala que la Asamblea general debe realizarse cada dos años a fin de que, entre otras cuestiones, elija su

tivamente nuestras tradiciones culturales autóctonas; d) Fomentar la divulgación de los asuntos indigenistas a fin de crear conciencia sobre éstos, y así poder estimular el interés por el estudio de su cultura, en especial lo referente a las lenguas indígenas, cuyo uso y estudio serán activamente promovidos; e) Velar por el respeto a los derechos de las minorías indígenas, estimulando la acción del Estado a fin de garantizar al indio la propiedad individual y colectiva de la tierra; el uso oportuno de crédito; mercadeo adecuado de la producción y asistencia técnica eficiente; f) Velar por el cumplimiento de cualquier disposición legal actual o futura para la protección del patrimonio cultural indígena, colaborando con las instituciones encargadas de estos aspectos; g) Orientar, estimular y coordinar la colaboración de la iniciativa privada en las labores de mejoramiento social, económico y cultural de la población aborigen; h) Promover mediante el desarrollo de adiestramiento una mayor capacitación de quienes ejercen profesiones o cargos en las zonas habitadas por los indígenas; i) Organizar en las distintas comunidades indígenas cooperativas agrarias, proporcionándoles educación agrícola, ayuda técnica y financiación adecuada; j) Establecer centros de salud con personal bien adiestrado, procurando capacitar elementos de las diferentes zonas habitadas por los indígenas para que puedan ejercer estas funciones en el futuro; k) Crear consejos locales de administración para resolver en principio los múltiples problemas de las localidades indígenas; y servir de órgano oficial de enlace con el Instituto Indigenista Interamericano y con las demás agencias internacionales que laboren en este campo.

102 Observación formulada por Jorge Leiva, Área de Protección Especial, Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, comunicación al autor, septiembre de 2005.

Junta Directiva. Sin embargo, desde 1991, año de la última Asamblea general jurídicamente válida¹⁰³, la Junta Directiva de la CONAI ha estado en manos de las mismas personas, incurriendo en serios problemas legales. Como lo ha señalado la Defensoría de los Habitantes (en adelante Defensoría), la situación jurídica de la CONAI ha generado “un estado absoluto de inseguridad jurídica respecto de este ente creado expresamente para solventar las necesidades de las comunidades indígenas” (Defensoría de los Habitantes, Informe 2002-3003: 44). Según la misma entidad los habitantes de todos los territorios indígenas consideran que se ha dado un incumplimiento de deberes de parte de la CONAI respecto de su función de ser el ente coordinador entre el Estado y las comunidades indígenas. La Defensoría también ha informado sobre la excesiva injerencia de esta institución en asuntos eminentemente internos y de naturaleza privada de algunos territorios indígenas, como son las asociaciones de desarrollo integral (Defensoría de los Habitantes, Informe 2002-2003).

Los problemas de CONAI han concitado la preocupación de numerosos organismos. Tanto la Procuraduría General de la República¹⁰⁴, como la Contraloría General de la República¹⁰⁵, y la Dirección de Fiscalización Operativa y Evaluativa, han estimado que desde marzo de 1995 los actos de la Junta Directiva de la CONAI son inválidos. En este último el órgano contralor del Estado Costarricense señala en sus conclusiones:

103 En septiembre de 1991 se realizó otra Asamblea General de esta entidad la que fue impugnada en la jurisdicción constitucional. El recurso, sin embargo, fue declarado sin lugar. Observación formulada por Jorge Leiva, Área de Protección Especial, Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, comunicación al autor, septiembre de 2005.

104 Opiniones Jurídicas O.J. 090-99 de 9 de agosto de 1999 y, O.J. 048-2001-01 del 7 de mayo del 2001.

105 Pronunciamientos 14025-99, de 6 de diciembre de 1999, y 6785-00, de 6 de julio del 2000.

Se puede concluir que la CONAI no tiene claramente definidas, la Misión y la Visión institucionales de acuerdo con los objetivos que le han sido asignados. Además, existen problemas en su gestión administrativa, específicamente en funciones de planificación, organización y control. Las funciones de la CONAI también se han visto afectadas por los problemas de integración de sus órganos superiores (Asamblea General y Junta Directiva). El resultado de toda esta situación ha sido que en los últimos años, la CONAI ha dedicado sus esfuerzos y sus recursos a ayudas aisladas y ocasionales, que si bien alivian algunos problemas inmediatos de los beneficiarios, no corresponden a la búsqueda de soluciones integrales que favorezcan a la mayor parte de la población meta (Dirección de Fiscalización Operativa y Evaluativa, 2002: 33).

Según la visión indígena, el problema de CONAI se generó en una definición muy ambigua por parte de la ley que le asignaba la representación de los intereses de las comunidades indígenas en un esquema paternalista muy propio de la política indigenista de la época y del Convenio 107 de la OIT. Esta Ley, que en su momento tuvo un propósito loable al integrar a organizaciones indígenas y entidades estatales en un esfuerzo de concertación, ha sido la fuente de conflictos, aislamiento, manipulación durante los últimos 15 años, con graves consecuencias de profundizar la pobreza material y la pérdida de tierras y la cultura misma (Rojas, 2003).

En 1977 se dicta la Ley No 6172, o Ley Indígena, la que define a los indígenas como las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad (art. 1). Dicha Ley declara la creación de varias reservas indígenas,

disponiendo que éstas son de propiedad de las comunidades indígenas, y que la Procuraduría General de la República inscribirá en el Registro Público esas reservas a nombre de las respectivas comunidades indígenas (art. 2). El mismo artículo dispone que las comunidades indígenas tienen plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones de toda clase. Agrega que las reservas indígenas son inalienables e imprescriptibles, no transferibles y exclusivas para las comunidades indígenas que las habitan. Todo traspaso o negociación de tierras o mejoras de éstas en las reservas indígenas, entre indígenas y no indígenas, es absolutamente nulo (art. 3)¹⁰⁶. La ley establece además las reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales o de las leyes de la República que los rijan, bajo la coordinación y asesoría de CONAI. La población de cada una de las reservas constituye una sola comunidad, administrada por un Consejo directivo representante de toda la población (art. 4). Finalmente dispone que el ITCO (hoy Instituto de Desarrollo Agrario [IDA]), en coordinación con la CONAI, será el organismo encargado de efectuar la demarcación territorial de las reservas indígenas, conforme a los límites legalmente establecidos (art. 8).

Los problemas más graves en la aplicación de esta ley han estado relacionados con las limitaciones impuestas a las formas de organización propia de los pueblos indígenas y con la violación de los derechos territoriales indígenas.

106 La Ley No. 6797, Código de Minería, modifica esta disposición al establecer en su artículo 8 que: *“Las concesiones otorgadas a particulares, sobre exploración y explotación de recursos minerales en las zonas declaradas reservas indígenas, deberán ser aprobadas por la Asamblea Legislativa. La ley que apruebe tales concesiones deberá proteger los intereses y derechos de las comunidades indígenas. No procederá el trámite legislativo cuando sea el Estado el que realiza directamente la exploración o explotación”*.

En el primer caso, los problemas se generan a contar de 1978 con la emisión del Decreto 8487-G de 26 de abril de 1978, titulado Reglamento a la Ley Indígena, cuyo artículo 3, al precisar el tipo de organización societaria para los territorios indígenas, establece que para el ejercicio de los derechos y en cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 2 de la Ley Indígena, las Comunidades Indígenas adoptarán la forma de organización prevista en la Ley número 3859 de la Dirección Nacional de Asociaciones de Desarrollo de la Comunidad y su Reglamento. Se trata de una forma de organización ajena a los pueblos indígenas que les es impuesta, que las restringe en su actuar a lo dispuesto por las leyes que rigen a las organizaciones comunes y que deslegitima a las organizaciones propias de los pueblos indígenas. Tal como señala un reciente Informe de la Mesa Nacional Indígena presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

A través de los años, las personas indígenas han tenido que lidiar con la administración de las ADI pues al ser una manera de organización propia de la sociedad no indígena, se presentan exigencias de forma que muchas veces los/las miembros de las poblaciones indígenas no tienen elementos de conocimiento para aceptarlas (por ejemplo se supone que hay trámites de impugnación de acuerdos que tienen plazos determinados para ser presentados, se deben redactar actas en español; se deben diligenciar personerías ante la administración, entre otros) y ello pone a estas comunidades muchas veces en situación de desventaja. Pero lo más importante es que la normativa que regula a las ADI –como se dijo– no hace ninguna referencia a las particularidades de estos pueblos. Esto se aprecia en la propia institucionalidad, ya que la Dirección Nacional de Desarrollo de la Comunidad (DINADECO) no atiende estas estructuras

bajo la especificidad indígena, en razón de que debe de trabajar con todas las del país y no tiene recursos para dar ese tratamiento particular a estas (Mesa Nacional Indígena, 2005: 35).

Lamentablemente, los esfuerzos por dar un reconocimiento a las personerías jurídicas de las comunidades siguen sin prosperar a la fecha como se señala más adelante en este estudio.

De relevancia en esta materia fue el Dictamen de la Procuraduría General de la República (Dictamen N C-045-2000) que determinó que en los territorios de las comunidades indígenas solo las personas indígenas pueden ser integrantes de las ADI. Ello en razón de que con anterioridad en muchas jurisdicciones no indígenas personas no indígenas integraban estas entidades, y en algunos casos, las regían. Aún así en la actualidad permanecen personas indígenas como parte integrante de las ADI (Mesa Nacional Indígena, 2005).

Son múltiples los problemas que la aplicación de este marco legal ha generado en los pueblos indígenas de Costa Rica. Cabe señalar, en primer término que las demarcaciones territoriales indígenas efectuadas a partir de los sesenta mediante la emisión de diversos Decretos ejecutivos, si bien fueron hechas cartográficamente, no fueron realizadas en el terreno ya que en ellos no existen los signos externos que indiquen sus límites. Todo ello ha acarreado problemas con las propiedades colindantes a los territorios indígenas. Si los límites externos son problemáticos, más lo es la situación interna de los territorios indígenas donde existen muchas personas no indígenas que reclaman tierras, o donde existen conflictos entre personas indígenas por actos de invasión. El problema planteado aquí –a juicio de la Mesa Nacional Indígena– es que las comunidades indígenas no tienen la

posibilidad de incidir en las políticas públicas relativas al ordenamiento territorial¹⁰⁷.

Otro aspecto complejo es en relación con el apoyo estatal al traspaso de tierras a las comunidades indígenas y con el apoyo a su desarrollo económico. La ley indígena otorgaba responsabilidades en la recuperación de tierras indígenas al Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) –antes ITCO–. La ley constitutiva de esta entidad le otorgaba obligaciones en materia de apoyo a su desarrollo agrario. Tal apoyo, sin embargo, se dio en los años ochenta, pero más tarde dejó de otorgarse. A la fecha no se percibe un cambio en la actitud del IDA para asumir su responsabilidad en materia de derechos indígenas.

Otro problema es la permanencia de las personas no indígenas en los territorios indígenas. La respuesta de las autoridades a este problema ha sido el impulso de una política de pago de indemnizaciones a dichas personas, lo que ha incidido en la proliferación de invasiones de tierras por no indígenas a la espera del pago de sus tierras invadidas. En general no ha habido recursos para sufragar estos pagos indemnizatorios. Sin embargo, en algunos casos las indemnizaciones a las personas no indígenas surgen como producto de acuerdos directos entre el particular y las entidades encargadas del pago (la CONAI). Esto a su vez provoca serios cuestionamientos por parte de la Contraloría General de la República.

107 Un caso se dio cuando las autoridades gubernamentales modificaron el área del territorio indígena de Kékoldi en Talamanca, por medio del Decreto Ejecutivo número 25294-G del 24 de junio de 1996 cercenando de esta jurisdicción la rica zona costera, que más tarde se llenó de hoteles. Un recurso presentado a la Sala Constitucional en este caso fue rechazado ya que se consideró que no era un asunto de violación a un derecho constitucional sino de carácter legal (Mesa Nacional Indígena, 2005).

El principio es que las personas no indígenas que habitan en los territorios de los pueblos indígenas reciban una indemnización por las mejoras que han realizado a sus parcelas en caso de ser únicamente poseedores, y por tales mejoras y el valor de la tierra cuando tienen derechos inscritos en el Registro Público. En general, como la mayoría de los territorios indígenas surgen a partir de los años setenta del siglo XX, se considera que sólo puede ser resarcido quien alegue derechos (de posesión o propiedad) por mantenerse allí antes de que dichas áreas se declararan como inalienables. Pero eso no ha sido valorado por los procesos indemnizatorios que se han promovido en muchos casos. Inclusive, en el caso de las tierras indígenas localizadas en la región de Buenos Aires de Puntarenas, con relación a estas hay disposiciones que consagran la inalienabilidad y exclusividad indígena de estas tierras, desde los años 50 del siglo XX. De manera que el Estado costarricense ha gastado sumas exorbitantes resarciendo a personas que no tenían derecho (Mesa Nacional Indígena, 2005).

A ello se suman los problemas que afectan la explotación de los recursos naturales y el medio ambiente en tierras de las comunidades indígenas. Los problemas ambientales que más afectan a las comunidades indígenas son los concernientes al establecimiento en sus territorios de megaproyectos, como proyectos hidroeléctricos, la administración de incentivos ambientales (el denominado “Pago de Servicios Ambientales”), la tala de madera y la explotación de los Recursos de la Biodiversidad.

En el caso de los megaproyectos, el que más ha preocupado a los pueblos indígenas en Costa Rica ha sido el denominado Proyecto Hidroeléctrico de Boruca. Ello en razón de que la ejecución de este proyecto implica la anegación total de las tierras de la comunidad indígena de Rey Curré, e

impactarán en todas las jurisdicciones indígenas del Cantón de Buenos Aires. El Proyecto Hidroeléctrico de Boruca está siendo ejecutado por el ICE desde hace más de 30 años. En los últimos 5 años ha comenzado una fase final de prospección que involucra una activación especial de las instalaciones que la institución tiene dentro del territorio de Rey Curré. Para esta fase se ha contado con financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo –BID– el que ha sido destinado al desarrollo de labores técnicas y al logro del apoyo comunal al mega proyecto. Otros megaproyectos que afectan a los pueblos indígenas son el denominado Proyecto Hidroeléctrico de Pacuare que involucra una pequeña población dentro del territorio indígena de Bajo Chirripó en la Provincia de Limón, y el de los estudios que se realizan para levantar otra gran represa en la zona de baja Talamanca dentro del territorio indígena de Talamanca Bribri en la provincia de Limón (Mesa Nacional Indígena, 2005).

En el caso del pago de servicios ambientales, si bien esta modalidad de estímulo de actividades de conservación ha traído importantes beneficios a algunas comunidades indígenas que se han incorporado a esta política estatal, ésta ha sido cuestionada especialmente por no tenerse una política específica para las tierras indígenas. Por un lado existen zonas en que, pese a contar con condiciones propicias, no se cuenta con tales incentivos. Por otro lado existiría una incoherencia jurídica al “gravar” las tierras de estos pueblos cuando se otorgan los servicios ambientales, pese a tratarse de áreas que son inalienables. Además, se han presentado casos donde personas particulares se aprovechan de los mismos para su beneficio particular (un caso de estos se refiere a una denuncia penal presentada contra el actual director de la CONAI, que se tramita bajo el expediente N° 00-200095-486 de la Fiscalía de Delitos Económicos) (Mesa Nacional Indígena, 2005).

En lo que respecta a la deforestación o tala de madera en los bosques de los territorios indígenas, aunque no existen cifras que cuantifiquen este problema, es evidente que las autoridades ambientales tienen dificultades para su control. Uno de los factores que más incide en este fenómeno es el de la facultad que la Ley Indígena otorga a los indígenas en su artículo 6 (párrafo 5), para hacer aprovechamientos forestales para fines domésticos. Sectores no indígenas se han aprovechado de ello con la finalidad de comerciar estos productos. Si bien la Ley del Ambiente N 7554 de 1995 abrió la posibilidad a los miembros de la sociedad civil para participar en los Consejos Regionales Ambientales, entidad adscrita al Ministerio del Ambiente y Energía (MINAE), a objeto de analizar, denunciar y controlar las actividades en materia ambiental (art. 7) y en dichos consejos se han integrado indígenas en defensa de su medio ambiente, existen dificultades para que a través de ellos se lleve a cabo una adecuada fiscalización de la tala de bosque en áreas indígenas. Ello en razón de que el MINAE no cuenta con los recursos para apoyar este trabajo, y que en algunos territorios se han verificado casos de agresión a estos defensores del ambiente (Mesa Nacional Indígena, 2004).

Finalmente en relación a los recursos de biodiversidad, la Ley de Biodiversidad (N° 7788 de 1998) establece el derecho de los pueblos indígenas a disponer, administrar, y eventualmente explotar tales recursos. Pese a que la ley dispuso un ente de administración (Consejo Nacional de Gestión de la Biodiversidad, considerando la participación indígena a través de la Mesa Nacional Indígena, no existe una política pública que apoye los esfuerzos de los pueblos indígenas por participar de la administración de la biodiversidad. En la práctica, habitualmente entidades científicas desarrollan labores de prospección de recursos de biodiversidad en los territorios indígenas, sin vincular a las comunidades, haciendo

uso de los conocimientos tradicionales indígenas (Mesa Nacional Indígena, 205).

De esta manera, la que en su momento fue considerada una de las legislaciones más avanzadas en la región, al reconocer varios fundamentos de los derechos indígenas, 22 reservas indígenas (incluyendo las tres emitidas en 1956), derechos indígenas al subsuelo en las tierras que estos habitaran (derechos que más tarde fueron eliminados mediante reforma posterior), etc., hoy es una legislación cuestionada. El reglamento de dicha ley, dictado en 1978, forzó a que las organizaciones de representación de las reservas indígenas fuesen las Asociaciones de Desarrollo Integral, entidades para-estatales foráneas a los pueblos indígenas (Rojas, 2003). Por otro lado, los derechos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales han seguido siendo vulnerados hasta la fecha como lo constata el informe de la Mesa Nacional Indígena.

No es casualidad que el problema de los derechos territoriales sea, como veremos más adelante, una de las preocupaciones centrales de la Defensoría. Tal como ésta señala en un reciente informe:

A manera de conclusión general sobre el tema de tierras, es claro que en este campo es donde se encuentra la mayor deuda del Estado costarricense con sus poblaciones indígenas, pues el recurrente desinterés en el cumplimiento de la Ley Indígena ha agravado la crítica situación de la posesión de la tierra dentro de las comunidades indígenas del país, tornando esta situación en un problema de grandes dimensiones, que demanda un cuidadoso pero decidido compromiso de parte de las entidades competentes, que debe involucrar a todos los sectores involucrados respetando las respectivas especificidades (Defensoría de los Habitantes, Informe 2002 2003: 44).

Por último, cabe hacer una mención a la Ley No. 7316 de 1992 mediante la cual Costa Rica ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Si bien el Convenio ha tenido una gran influencia en las decisiones de la Sala Constitucional, la Procuraduría General y la Defensoría de los Habitantes relativas a los derechos de los pueblos indígenas, Costa Rica no ha efectuado cambios constitucionales significativos para adecuar su legislación interna a las disposiciones de ese Convenio internacional. De acuerdo a Barie (2003), lo anterior se explica, en parte, en el principio de la autoridad superior que tienen los tratados y convenios internacionales respecto de las leyes nacionales (art. 7). Sin embargo, concibiendo el Convenio 169 no sólo como una norma programática sino también como una ley, se concluye que el orden jurídico costarricense no reproduce estos nuevos principios y, ocasionalmente, los contradice.

3.3. Reconocimiento del derecho consuetudinario y el acceso de los indígenas a la justicia

Cabe hacer mención al reconocimiento en Costa Rica del derecho consuetudinario indígena o del derecho indígena, así como en general al acceso de los pueblos indígenas a la justicia estatal en el ordenamiento jurídico de este país. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 3 del Decreto No.13573 –G-C de Abril 30 de 1982, modificado por los Decretos Nos. 16569-G de 25 de septiembre de 1985, No. 20645-G del 5 de agosto de 1991, el que dispone: “Cada uno de los ocho grupos étnicos reconocidos será regido, a la vez por las disposiciones generales de la Ley Indígena y decretos conexos, pero también por sus costumbres y reglas propias”.

El reconocimiento de la existencia de este derecho, así como del deber de la justicia estatal de considerarlo, se vio indudablemente fortalecido con la ratificación del Convenio 169 mediante la Ley 7316 de 1992.

Así lo ha entendido la Sala Constitucional, la que en diversas ocasiones ha sostenido la vigencia del derecho consuetudinario indígena y respaldado la validez de los sistemas de justicia tradicional indígena. Así en 1995 la Sala manifestó respecto a la aplicación de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT en esta materia y el respeto del derecho consuetudinario indígena con ocasión de una Consulta Judicial de constitucionalidad promovida por la Jueza de Instrucción de Turrialba: "...Este obliga a reconocer validez a las instituciones jurídico-materiales y procesales de cada comunidad indígena, y por ende también a los órganos de su ejecución o aplicación, sin más salvedad que el necesario respeto a los derechos fundamentales..." (Voto N° 1867-95, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, 5 abril de 1995).

No obstante este reconocimiento, el acceso de los indígenas a la justicia estatal, a juicio de la Mesa Nacional Indígena de Costa Rica se ve obstaculizado por múltiples factores. En primer lugar, los reclamos indígenas se enfrentan a la falta de celeridad en los procesos ante la justicia. Si bien no existen estadísticas especiales referidas a las causas que involucran a indígenas, ésta parece ser una realidad que les afecta de una manera particular. Por otro lado, la falta de ejecución de las decisiones judiciales a favor de los pueblos indígenas, cuestión que es de responsabilidad tanto de la justicia –la que muchas veces requiere sin justificación la participación de CONAI en los juicios– como de los órganos administrativos encargados de su ejecución, constituye también un obstáculo para la justicia en relación con los indígenas. El acceso a la justicia de las personas indígenas que no entienden el idioma español se ve dificultado, además, al no contar en muchos casos con traducción, y al no contarse con patrocinio jurídico especializado que conozca la realidad de las personas y comunidades indígenas.

La negativa a fomentar los sistemas ancestrales de procuración de justicia indígena, no obstante la jurisprudencia de la Sala Constitucional antes referida, y al hecho que el Consejo Superior del Poder Judicial comisionó a la Escuela Judicial para estos efectos en el 2001, también es una realidad que afecta a los indígenas en su relación con la justicia. A juicio de la Mesa Nacional Indígena la carencia de recursos económicos, la falta de comprensión del tema, y la desidia se encuentran entre los factores que han impedido que ello se haga realidad.

Finalmente, otro de los factores que dificulta un acceso más pleno de los indígenas a la justicia y la adecuada consideración por esta de su realidad y derechos, es la inadecuada preparación de los juzgadores para conocer asuntos relacionados con estos pueblos. Ello se debería a la ausencia de formación sobre estas materias a los estudiantes de derecho y futuros jueces (Mesa Nacional Indígena, 2005).

3.4. La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica

3.4.1. Antecedentes de su creación

La incorporación de la figura al sistema institucional costarricense fue parte de un proceso largo que se inició en los años ochenta. En 1982 se creó como órgano de defensa de los derechos humanos la Procuraduría de Derechos Humanos, entidad dependiente de la Procuraduría General de la República. En la misma oportunidad se estableció la figura del Procurador del Consumidor. Posteriormente, se crearon el Defensor de Derechos Humanos para el Sistema Penitenciario, el Defensor de los Usuarios del Registro Nacional y el Defensor de los Derechos de los Refugiados. Este último órgano fue suprimido tiempo después. Más adelante, en el seno del Ministerio de Justicia, se crearon las instancias específicas para velar por la tutela de los derechos de la mujer y de la infancia.

Este proceso tomó fuerza con la aprobación de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Ley No. 7142 de 1990) que vino a crear la Defensoría General de los Derechos Humanos. Esta Defensoría se creó como un órgano adscrito al Ministerio de Justicia y tuvo como función la protección de los derechos humanos, dividiéndose en seis órganos específicos: Defensoría General, Defensoría de la Mujer, Defensoría de la Infancia, Defensoría del Consumidor, Defensoría de los Internos del Sistema Penitenciario y Defensoría del Usuario del Registro Nacional.

La organización, atribuciones y competencias de estas Defensorías fueron determinadas por reglamento ejecutivo. Aún cuando estas oficinas lograron alcanzar ciertos resultados de importancia, su vinculación jerárquica y presupuestaria con el Poder Ejecutivo, específicamente con el Ministerio de Justicia, significó una limitación para su trabajo. De ahí la importancia de que, conforme lo señala la doctrina, el órgano de control de la Administración Pública se ubique en una posición de independencia que le permita ejercer su función con la mayor libertad posible.

De forma paralela a este proceso elaboró un Proyecto de “Ley del Defensor de los Habitantes de la República”, que fue presentado a la Asamblea Legislativa el 7 de noviembre de 1985 por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia de la época. La redacción del proyecto se basó en la Ley del Defensor del Pueblo Español (Ley Orgánica del 6 de abril de 1981).

En el mes de noviembre de 1992 la Ley No. 7319 del Defensor de los Habitantes de la República fue aprobada por la Asamblea Legislativa y publicada en la Gaceta # 287 del 10 de diciembre de 1992, con vigencia a partir del 10 de marzo de 1993. Mediante la Ley No. 7423 del 18 de julio de 1994, se sustituyó la palabra “Defensor” por “Defensoría”, tanto en el título como en algunos de los artículos.

3.4.2. Naturaleza y competencias

De acuerdo a esta Ley, la Defensoría de los Habitantes de la República (en adelante Defensoría) es “...el órgano encargado de proteger los derechos e intereses de los habitantes. Este órgano velará porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho. Además, deberá promocionar y divulgar los derechos de los habitantes” (art. 1). Está adscrito al Poder Legislativo y desempeña sus actividades con independencia funcional, administrativa y de criterio (art. 2). Esto significa que, junto con la Contraloría General de la República, es auxiliar de la Asamblea Legislativa en la labor de control que ejerce este poder público. Corresponde a la Asamblea Legislativa nombrar al Defensor por un período de cuatro años, pudiendo ser reelecto por un nuevo período (art. 3).

Según la ley la Defensoría contaría con una instancia para la protección de la persona adulta mayor y con los órganos especiales necesarios para el cumplimiento de sus atribuciones (art. 11) En la actualidad la Defensoría cuenta con una Dirección de Admisibilidad, la Dirección de la Defensoría de la Mujer, la Dirección de Protección Especial, la Dirección de Calidad de Vida, la Dirección de Control de Gestión Administrativa, la Dirección de Asuntos Económicos y la Dirección de Niñez y Adolescencia (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2003-2004).

En cuanto a su actuación, “...la Defensoría de los Habitantes de la República puede iniciar, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público.

Sin embargo, no puede intervenir, en forma alguna, respecto de las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral” (art. 12.1).

Si en el ejercicio de sus funciones, la Defensoría llega a tener conocimiento de la ilegalidad o arbitrariedad de una acción, debe recomendar y prevenir al órgano respectivo, la rectificación correspondiente, bajo los apercibimientos de ley; pero si se considera que el hecho puede constituir delito, debe denunciarlo ante el Ministerio Público (art. 14.1).

La intervención de la Defensoría se solicita sin costo alguno y sin formalidades especiales, tanto de modo verbal como escrito. El ámbito de acción de la Defensoría es el sector público. La institución carece de competencia para intervenir en asuntos entre sujetos privados; tampoco puede intervenir en asuntos que estén en conocimiento de los Tribunales de Justicia. En principio, no puede actuar en casos que tengan más de un año de haber ocurrido; no obstante, la ley da un margen de discrecionalidad para atender asuntos fuera de ese plazo (art. 17).

La Defensoría no puede sustituir los actos, actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa. No puede ordenar que se ejecute o se deje de ejecutar un acto, ni mucho menos puede realizarlo. El principio de separación de poderes que inspira el ordenamiento costarricense, asigna a cada uno de los poderes su ámbito de acción. Corresponde al Poder Ejecutivo primordialmente dictar los actos y al Poder Judicial y eventualmente, ordenar la suspensión de los mismos o por el contrario, ordenar su ejecución.

Atendiendo el principio de obligación de consulta y obviamente el derecho de respuesta, el artículo 361 inciso 2 de la Ley General de Administración Pública establece la obligación de consultar a las entidades representativas de

intereses generales o corporativos que se vean afectadas por alguna disposición, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia. La Defensoría ha manifestado al Poder Ejecutivo que el espíritu de esa norma, que data de 1978, implica la intervención del Ombudsman en tal proceso de consulta.

Junto a lo anterior, la Defensoría, en coordinación con la Asamblea Legislativa y a través de una Oficina de Enlace, ha dispuesto un mecanismo que permite darle seguimiento a los proyectos de ley y debates parlamentarios, con el objetivo de incidir en el proceso legislativo, contribuyendo a mejorar de alguna manera la emisión de leyes, lo que brinda la posibilidad de actuar preventivamente en la defensa de los derechos e intereses de los habitantes.

La institución también considera que la divulgación y promoción de los derechos humanos es una acción necesaria en el cumplimiento de sus objetivos y la participación comunitaria se convierte en un factor fundamental en la protección de esos intereses¹⁰⁸.

En síntesis, las funciones de la Defensoría pueden sintetizarse en las siguientes:

- Proteger los derechos e intereses de los habitantes;
- Velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho;
- Ejercer el control de legalidad sobre el funcionamiento del sector público;
- Atender, tramitar y decidir la admisibilidad de las quejas que le presente cualquier persona física o jurídica;

108 Antecedentes extraídos de www.dhr.go.cr

- Iniciar de oficio investigaciones para el esclarecimiento de actuaciones materiales, actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público;
- Levantar expedientes y tramitar procedimientos sumarios e informales tendientes a resolver los casos sometidos a su conocimiento;
- Realizar inspecciones de oficinas pública, recabar pruebas, recibir informes y estudiar documentación e información administrativa;
- Interponer cualquier clase de acciones o recursos administrativos o jurisdiccionales, específicamente, recursos de hábeas corpus, de amparo y acciones de inconstitucionalidad, cuando proceda;
- Poner en conocimiento del Ministerio Público información sobre hechos o conductas presuntamente delictivas; y
- Promocionar y divulgar los derechos de los habitantes (CEJA, 2002-2003 en www.cejamericas.org).

A diferencia de otros países de América Latina como México, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Paraguay donde los *Ombudsman* cuentan con una fundamentación constitucional, la Defensoría de Costa Rica tiene solo una base legal¹⁰⁹.

109 A juicio del ex-Defensor de este país, Sr. José Manuel Echandi Meza, la incorporación constitucional de la figura del Ombudsman fortalece su figura y la independencia de sus actuaciones frente al resto de los órganos del Estado. Por otro lado dicho reconocimiento constituye una especie de fuero protector de su permanencia en el régimen político, por cuanto solo por medio de una reforma de fondo sería posible limitar su existencia. Además, el rango constitucional prevé que el nombramiento del Defensor de los Habitantes se realice con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa, lo cual constituye una reforma importante en tanto asegura un alto nivel de consenso y la consecuente independencia de la persona que ocupe el cargo. Por último, el rango incorpora la posibilidad de que el Defensor y Defensor Adjunto gocen de inmunidad en el desempeño de sus funciones con el fin de sortear cualquier obstáculo que pueda existir para el ejercicio responsable de la magistratura de influencia (ver http://www.ombudsman.cl/foro_2002/echandi.htm).

En cuanto a la eficacia de sus recomendaciones, el mismo Defensor reconoce que estas no tienen carácter vinculante para los órganos o funcionarios a los que se dirigen. Tales recomendaciones, sin embargo, son actos jurídicos que obligan a la entidad a que se dirige a presentar un informe de cumplimiento dando cuenta de la posición que asumirá en relación con ella. Además, en caso de ser esta acatada, tiene por efecto constituirse en el motivo del acto administrativo que aquel adopte para solventar la situación presentada.

Cada vez que la Defensoría constata a través de una investigación la existencia de actuaciones u omisiones del sector público que lesionen los derechos de algún habitante, emite un informe final que incluye los hechos constatados, los fundamentos legales y las recomendaciones que procedan para rectificar lo actuado o reparar las consecuencias atribuibles a ello. Posteriormente la Defensoría realiza una labor de seguimiento de lo actuado a partir de sus recomendaciones, realizando todas aquellas acciones necesarias para verificar su cumplimiento en el caso concreto.

A juicio del ex-Defensor Sr. José Manuel Echandi Meza, el ejercicio de la magistratura de influencia, implica que la autoridad de las recomendaciones emana de la fuerza moral que caracteriza las actuaciones de la institución. Este aspecto, junto con la confianza depositada por los y las habitantes y la certeza de que las investigaciones se realizan en forma responsable y objetiva, hace que las resoluciones estén impregnadas de una autoridad difícil de evadir y, en algunas ocasiones, aún más efectiva que la que se desprende de la ley misma, especialmente en los casos en que el incumplimiento pueda ser objeto de reproche moral, social o político en perjuicio del funcionario o funcionaria que así proceda (en http://www.ombudsman.cl/foro_2002/echandi.htm).

3.5. La actuación de la Defensoría en materia de derechos de los pueblos indígenas

Desde su creación en 1992, la Defensoría ha venido desarrollando una importante labor relacionada con la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas de Costa Rica. Aunque a diferencia de otros *Ombudsmen* en la región, la Defensoría no cuenta con una sección especializada dedicada exclusivamente a este sector de la población, tal labor especializada ha sido asumida por la Dirección de Protección Especial, la que ha encomendado asumir esta temática a uno de sus profesionales¹¹⁰.

Dicha Dirección conoce de la situación de los sectores sociales cuyos derechos fundamentales se encuentran frecuentemente lesionados o susceptibles de serlo, en virtud de su particular vulnerabilidad derivada de condiciones de desventaja en que se encuentran frente a situaciones de poder, de hecho o derecho que obligan a una protección especial por parte de los órganos públicos y de la sociedad en general. Junto a los casos indígenas, esta Dirección conoce de la situación de las personas con discapacidad y los adultos mayores, las personas migrantes, las personas con distintas preferencias sexuales, las personas que se encuentran frente al aparato de control social formal, al poder policial, a la administración de justicia y las personas privadas de libertad (<http://dhr.go.cr/dhr706.html>).

La Defensoría inició sus labores en 1993, un año después que el Convenio 169 de la OIT se convirtió en Ley de la República. Desde entonces ha recibido denuncias en forma

¹¹⁰ Se trata del abogado Jorge Leiva, quien trabaja bajo la supervisión de Kathya Rodríguez, Directora de Protección Especial.

sistemática sobre la violación de los derechos de los pueblos indígenas. A juicio de la Defensoría, la mayor parte de estas denuncias no obedecen a faltas dolosas por parte de los funcionarios públicos y operadores jurídicos, sino que su origen se ubica en el desconocimiento de esta normativa y los derechos en ella reconocidos, lo que se suma a la invisibilización y vejación histórica sufrida por estos pueblos indígenas (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2002-2003).

Entre los principales problemas que afectan a los pueblos indígenas y resultan en el desconocimiento de sus derechos respecto a los cuales la Defensoría ha centrado su actuación se encuentran los relativos a los derechos territoriales indígenas, en particular los problemas de tenencia de la tierra, la delimitación de las mismas, su recuperación y las invasiones de que son objeto por personas no indígenas; aquellos relativos a la violación de derechos fundamentales como el derecho a la participación y consulta, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la salud y la educación; aquellos que surgen de las limitaciones impuestas por la legislación y la institucionalidad pública para la participación indígena y la autorepresentación; y aquellos vinculados a la falta de infraestructura pública y vías de comunicación que afectan a las comunidades indígenas¹¹¹.

Así la Defensoría en su Informe Anual 2002-2003 daba cuenta de los principales problemas que afectaban la vigencia de los derechos indígenas:

Violaciones por parte del sector público en los que se refiere al derecho a la salud (descuido del sector salud en las reservas indígenas); a la educación sin dejar de lado

¹¹¹ Conversación con Jorge Leiva, abogado encargado de temas indígenas, Defensoría de los Habitantes, San José enero de 2005.

lo autóctono; derecho a una educación en iguales condiciones que en la ciudad y sin obstáculos; a la explotación de sus propios recursos) falta de apoyo en los diferentes tipos de producción: Agricultura, minería, entre otros); A la obtención de servicios básicos (luz, teléfono); A ser escuchados y ser tomados en cuenta para la toma de decisiones que les afecten, lo cual implica un incumplimiento del Convenio 169 e la Organización Internacional del Trabajo; falta de apoyo por parte de las instituciones llamadas a darlo, en lo relativo a las tierras y dar cumplimiento a la prohibición de ventas de licor a lo interno de las reservas; falta de apoyo de las autoridades encargadas del mantenimiento de caminos y puentes (Ministerio de Obras Públicas y Transporte-Municipalidad); falta de apoyo de las autoridades de policiales para erradicar la venta de drogas en las reservas; falta de programas de capacitación técnica al indígena (Instituto Nacional de Aprendizaje) difícil acceso a las instituciones públicas y falta de atención de los problemas planteados (Defensoría de los Habitantes; Informe Anual 2002-2003, 109).

Tales problemas han sido asumidos por la Defensoría en los últimos años tanto a través de las quejas que le son presentadas por personas u organizaciones indígenas, como de oficio. A pesar de la ausencia de una sección especializada en su interior, la Defensoría parece desarrollar una activa y diversificada labor a favor de los derechos de los pueblos indígenas de Costa Rica. En esta labor destacan las acciones de investigación frente a las quejas que le son presentadas por la violación y/o desprotección de derechos indígenas y aquellas que impulsa de oficio; actividades de promoción de derechos indígenas frente a diversas instancias públicas y de educación y capacitación en derechos indígenas tanto a sus propias comunidades como a sectores del Estado; el desarrollo

de acciones de mediación en casos de conflictos que afectan a los pueblos indígenas y a otras instancias, en particular instancias públicas; y aquellas de iniciativa normativa destinadas a generar cambios jurídicos con miras a dar adecuado reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas.

Ante la ausencia de estadísticas específicas relativas a la atención por la Defensoría de casos que involucren a los pueblos indígenas y a sus derechos, a continuación se grafica la acción de esta entidad en cada una de las líneas de acción propias de los Ombudsman, intentando ejemplificar su intervención a través de la reseña de casos específicos.

3.5.1. Función de investigación

i. Explotación de recursos minerales en territorios indígenas: caso del tajo El Brujo en Territorio indígena de Térraba

Un caso de denuncia investigado por la Defensoría fue el planteado en el período 2003- 2004 por la Asociación Integral del Territorio Indígena de Térraba en relación a la situación del tajo El Brujo ubicado en las márgenes del Río Térraba. Dicha Asociación denunció la explotación del citado tajo sin su autorización. Además se denunció que anteriormente en el área del tajo se localizó la concesión minera del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT).

Durante esta investigación, la Defensoría tuvo la oportunidad de llamar la atención al Ministerio de Obras Públicas y Transportes sobre las particularidades procesales para la concesión de explotaciones de recursos minerales ubicados en territorios indígenas, concluyendo que los permisos

sos de exploración y las concesiones en estos casos quedan sujetas a aprobación legislativa, previa consulta a la Asociación de Desarrollo del respectivo territorio indígena, sin la que cualquier tipo de explotación resultaría ilegal.

Por lo anterior, se procedió a recomendar al Ministerio del Obras Públicas y Transportes que se abstuviera de realizar obras en el tajo El Brujo, y que iniciara gestiones de coordinación con el Ministerio de Ambiente y Energía tendientes a lograr el cierre efectivo del tajo hasta tanto no se regularizara su situación jurídica (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2003-2004).

ii. Derecho a la salud y seguridad social en territorios indígenas

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, alejadas o de difícil acceso geográficamente, es necesario tomar en consideración estas circunstancias para brindar un servicio más acorde con sus

particularidades culturales y socio-geográficas; 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 *ngöbe (guaymies)* que aún no cuentan con este documento. Así, la Defensoría señaló a las autoridades de esa institución que al no realizar ninguna salvvedad en cuanto a la situación de las 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 del 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 indí-

genas, 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 2004¹¹², adoptando como medidas: sustituir el actual convenio CCSS/CONAI, 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 letrización en los territorios indígenas de Alto y Bajo Chirripó (Defensoría de los Habitantes; Informe 2003-2004).

iii. Investigaciones relativas a tierras indígenas

En relación con este tema, la Defensoría ha realizado diversas investigaciones. Es así como en el marco de una investigación sobre el programa de recuperación de tierras de la CONAI, la Defensoría tuvo conocimiento que hasta enero

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

del 2005, esta institución pública ostentaba la administración de la finca denominada “Los Villalobos“ ubicada en el territorio indígena Talamanca Cabécar y tenía inscritas a su nombre en el Registro Público de la Propiedad, dos fincas ubicadas dentro otros territorios indígenas, cuya cabida total entre los tres inmuebles ascendía a 15.543.597 m² (quince millones quinientos cuarenta y tres mil quinientos noventa y siete metros cuadrados). Lo anterior, en violación directa de la Ley indígena la cual establece que dentro de las “reservas“, solamente las personas indígenas podrán adquirir fincas, situación que excluye no sólo a personas físicas no indígenas, sino a también a personas jurídicas y, con mayor razón aún, a instituciones públicas como la CONAI, aun cuando se entendería que la detentación de estas fincas es con el propósito de ser trasladadas a las comunidades indígenas.

En el marco de esta investigación, se requirió información a esa institución sobre el motivo de la inercia en la realización de los traspasos a las respectivas Asociaciones de Desarrollo Integral de cada territorio indígena en los que se encuentran las fincas. A ello esa instancia contestó que en virtud de la imposibilidad de que el trámite de traspaso pueda ser realizado por los abogados de la propia CONAI, se estaba coordinando con una de las Asociaciones de Desarrollo para que ella sufragara los honorarios notariales para realizar el traspaso de una de las fincas inscritas en el Registro Público. Posteriormente se informó que uno de los traspasos se realizó en enero del 2005.

Sobre este particular, la Defensoría de los Habitantes, recordó a la Junta Directiva de la CONAI, que el traspaso registral de fincas ubicadas en territorios indígenas debe ser realizado por la Procuraduría General de la República, sin costo alguno para las comunidades indígenas, según lo establece el artículo 2 de la Ley Indígena, Ley N° 6172. Por lo anterior, la Defensoría recomendó a la CONAI que, en forma

inmediata procediera a realizar las coordinaciones respectivas con la Procuraduría, a efecto de trasladar la propiedad o la posesión de estas fincas a las asociaciones de desarrollo correspondientes. A la fecha del presente informe, la CONAI aún no ha puesto en posesión de la ADI de Talamanca Cabécar la finca “Los Villalobos”, y todavía mantiene inscrita a su nombre en el Registro Público una finca ubicada en el territorio indígena Talamanca Bribri.

Por otra parte, la Defensoría de los Habitantes también desea llamar la atención de las autoridades estatales, sobre la falta de rectificación del territorio indígena Guatuso, correspondiente al pueblo *maleku*, pues a la fecha aun no se ha finalizado el proceso de ejecución de sentencia para reestablecer los linderos de este territorio.

En este mismo plano la Defensoría destaca que no se ha realizado ningún proceso de recuperación de tierras para comunidades indígenas, una de las principales obligaciones pendientes por parte del Estado costarricense, de evidente incumplimiento histórico. Se trata de una situación que de manera recurrente se recuerda a las autoridades públicas, razón por la cual se conformó recientemente una comisión gubernamental de alto nivel para atender el asunto. Sin embargo, se desconocen aún las medidas que al respecto serán adoptadas y el grado de participación que tendrán las comunidades en esta instancia.

Finalmente, la Defensoría además, informa que la acción de inconstitucionalidad contra la Ley Indígena, que mantenía en suspenso algunos procesos administrativos en los que se debía aplicar esta normativa, fue rechazada de plano mediante el voto 1538-05 de fecha 15 de febrero del 2005¹¹³.

113 Información proporcionada por Jorge Leiva, Área de Protección Especial, Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, comunicación al autor, septiembre de 2005.

3.5.2. Función de promoción, información, educación y capacitación

i. Apoyo a red de funcionarios públicos para la atención de población indígena (Directriz Presidencial N° 31-2001)

En el 2001 se emitió la Directriz Presidencial N° 31-2001 (12 de octubre) mediante la cual se creó una red de funcionarios públicos dedicados a la atención de la población indígena. Con ello se pretendía modificar la práctica de algunas instituciones estatales, que consideraban que todo lo relativo a las comunidades indígenas, incluyendo los servicios dentro de su propio ámbito de competencia, correspondía ser atendido por la CONAI. Hasta entonces CONAI, con serios problemas en la constitución de su Junta Directiva y presupuestos cada vez más limitados, fue absorbiendo funciones propias de otras instancias públicas, siendo su función únicamente, la de ser el ente rector e interlocutor entre las Asociaciones de Desarrollo Integral u otros grupos válidamente constituidos y las instituciones del Gobierno de Costa Rica. Con ello no sólo asumió competencias que no le eran propias sino, además, que por su complejidad no las ha atendido como corresponde.

La Directriz Presidencial disponía que “los órganos de la Administración Centralizada contarán con una oficina pública especializada en la atención de las necesidades de los ciudadanos y Asociaciones de Desarrollo Indígenas, así como del seguimiento de las acciones del Plan Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas de Costa Rica que competen a cada uno de ellos (...)”.

A objeto de lograr una aplicación efectiva de la Directriz Presidencial, la Defensoría solicitó a las instituciones públicas

del país que informaran sobre la puesta en marcha de las oficinas especializadas¹¹⁴. La Defensoría además, llevó a cabo a finales del 2002 un taller dirigido a funcionarios públicos, el cual tuvo entre sus objetivos, sensibilizar y ofrecer orientación a los funcionarios públicos sobre la normativa vigente en materia indígena, así como profundizar, actualizar e intercambiar los conocimientos de quienes ya contaban con un acervo de información en esta materia.

A pesar de lo anterior, la Defensoría constata que las instancias administrativas no cuentan con funcionarios de enlace y se debe coordinar con distintos funcionarios a pesar de la vigencia de la directriz. Esta descoordinación se une a la falta de información efectiva por parte de las comunidades indígenas sobre la existencia de estas oficinas, sus responsables y los servicios que brindan (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2002-2003).

ii. El Plan Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y el Derecho a la consulta

En octubre del 2000 el Ministerio de Planificación Nacional preparó un proyecto de políticas públicas para este sector de la población denominado: “*Plan Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas de Costa Rica: Propuesta de consulta a las comunidades indígenas*”. El texto del Plan fue concluido el primer trimestre del año 2002 utilizando co-

114 A inicios del año 2002 habían cumplido con la directriz la CCSS, el Consejo Nacional de Producción, el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Ministerio de Ambiente y Energía, el Ministerio de la Condición de la Mujer, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes y el Ministerio de Educación Pública. Por su parte instituciones como el Instituto Nacional de Aprendizaje, el Ministerio de Gobernación y Policía y el Ministerio de Salud reportaron que la atención de las poblaciones indígenas se encontraba a cargo de sus respectivas oficinas regionales.

mo insumos para su elaboración tanto la información recabada en los talleres de validación como la recopilada en el censo 2000, además de otros estudios relacionados.

En su informe al Congreso el 1° de mayo del 2003 el Presidente de la República hizo referencia a que dicho Plan había sido emitido y se encontraba vigente a pesar de que no se había dado difusión masiva ni se había realizado un proceso de consulta de la versión final del plan, por lo que las comunidades no conocían su contenido. Es en este contexto que líderes y dirigentes indígenas de todo el país solicitan la intervención de la Defensoría por medio del Foro Nacional de los Pueblos Indígenas de Costa Rica. Según la investigación realizada por la Defensoría de los Habitantes durante el año 2003, el ejecutivo tuvo por promulgado el P.N.D.P.I., con la referencia hecha por el Presidente de la República en su discurso al Congreso del 1° de mayo del 2003¹¹⁵.

La Defensoría consideró que los talleres de validación o de determinación de la situación indígena realizados durante la administración 1998-2002, si bien constituyeron un proceso de importante en el reconocimiento de la especificidad indígena, fueron solamente uno de los insumos utilizados por el Ministerio de Planificación durante el proceso de elaboración del P.N.D.P.I., pero no la única etapa en la que debió participarse a las comunidades indígenas.

En razón de lo anterior la Defensoría llamo la atención a dicho Ministerio en el sentido de que, si bien se respetó el derecho de participación de los pueblos indígenas de Costa Rica, ello no eximía al Estado costarricense de realizar un proceso de consulta del Plan elaborado a partir de esos insumos, dado que este es más que una simple lista de las nece-

115 Expediente 15132-22-2003-QJ.

sidades de estos pueblos, pues establece una serie de acciones que tomará el Estado en su favor y que, por lo tanto, les afecta de forma directa.

Dada la necesidad de la implementación de una política pública que atienda las necesidades y especificidades de estos pueblos, la Defensoría consideró que si bien de acuerdo al artículo 6 del Convenio 169 la consulta debe ser previa, era posible que en casos excepcionales se realizara una consulta posterior a la entrada en vigencia de la medida administrativa. Ello incorporando el derecho de participación y el respeto al principio de buena fe consagrados también en el articulado del Convenio.

Cabe mencionar que de acuerdo al Informe Anual 2003-2004 de la Defensoría, el Viceministro de Planificación interpuso formal recurso de reconsideración en relación con el informe de esta investigación, el que a la fecha de elaboración de dicho informe se encontraba en estudio (Defensoría, Informe Anual 2003-2004).

iii. Derecho consuetudinario indígena

En su Informe Anual 2000-2001 la Defensoría, al tratar las insuficiencias del sistema de administración de justicia para prestar debida atención a las comunidades indígenas, mediante oficio (No 00182-2001-DHR) notificado el 9 de enero de 2001, recomendó al Consejo Superior del Poder Judicial capacitar a jueces, fiscales, defensores y policía técnica judicial en materias de diversidad cultural, en lo relativo a reconocer las costumbres u creencias de los diferentes pueblos indígenas y adecuar el derecho común a las particularidades del derecho consuetudinario. La petición fue

acogida por el Subdirector de la Escuela Judicial en mayo de 2002, acordándose realizar dicha capacitación. Fue así como se programó para julio de 2001 el curso “Aplicación del Derecho a los Pueblos Indígenas” con participación de jueces fiscales, defensores y policía técnica judicial (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2001-2002).

iv. Acciones con comunidades *ngöbe* entre Costa Rica y Panamá

La Defensoría ha intentado abordar en los últimos años la realidad de las comunidades indígenas que habitan en la zona fronteriza de Costa Rica y Panamá. En el Informe Anual 2003-2004 da cuenta de la labor desarrollada por su Dirección de Promoción a objeto de conocer la realidad de cinco territorios *ngöbe* en el sur de Costa Rica (Alto Laguna, Alto San Antonio, Coto Brus, Abrojo Montezuma y Conte Burica) constatando su aislamiento, falta de apoyo y desatención por parte de las instituciones. Se trata de poblaciones que históricamente han tenido movimientos migratorios constantes entre Costa Rica y Panamá, y que en el pasado han hecho planteamientos a los dos gobiernos, para analizar y enfrentar problemáticas compartidas.

Sobre la base de la experiencia de un proyecto sobre agroforestería que GTZ de Alemania viene desarrollando en los últimos años con las comunidades indígenas *ngöbe* en la Provincia de Chiriquí, Panamá, y de los esfuerzos de coordinación de los *Ombudsman* de Costa Rica y Panamá, la Defensoría se ha propuesto la realización de acciones en beneficio de la población indígena de esta zona transfronteriza. Para ello se ha reunido con comunidades indígenas en ambos lados de la frontera, generándose buenos resultados. Se trata de una acción que apunta a hacer efectiva el artículo

32 del Convenio 169 de la OIT que dispone que los Estados deberían facilitar los contactos y cooperación entre pueblo indígenas a través de las fronteras¹¹⁶.

A juicio de la Defensoría, esto resalta la importancia de desarrollar acciones de carácter binacional, cuyos resultados podrían propiciar la ejecución de un proyecto conjunto sobre la problemática indígena transfronteriza, que involucre a las comunidades indígenas de ambos países, y que paralelamente promueva el acercamiento entre las unidades de Promoción y Divulgación de ambas Defensorías y de las áreas de atención en el campo de la Defensa, que manejan el tema indígena (Defensoría de los Habitantes, Informe 2003-2004).

v. Proyecto de Promoción y Defensa de los Pueblos Indígenas

Uno de los proyectos de interés en el ámbito de la promoción¹¹⁷ de derechos indígenas impulsado por la Defensoría es el denominado Promoción y Defensa de los Pueblos Indígenas. Dicho proyecto surge por las constataciones hechas por esta entidad sobre la necesidad de establecer una plataforma de acción adecuada por parte del sector público costarricense que permita superar los obstáculos de orden legal, político y cultural que hacen que los pueblos originarios en Costa Rica cuenten con opciones muy limitadas para el desarrollo de sus potencialidades, tanto en el orden individual como en el colectivo, lo cual vulnera sus derechos fundamentales.

116 Antecedentes proporcionados por la Defensoría de los Habitantes en reunión sostenida en San José, en enero de 2005.

117 Si bien el proyecto también se orienta a la defensa de derechos indígenas, su énfasis está en la promoción, razón por la cual se ubica en este texto dentro de esta función.

Este proyecto se propuso apoyar la capacidad institucional y comunitaria, a partir de las propias iniciativas indígenas, en los territorios de Talamanca y la Zona Sur del país. Así en Talamanca se desarrolló un modelo piloto de Red de Defensa de los Derechos Fundamentales abarcando comunidades indígenas *bribris* y *cabécares*. En la Zona Sur se trabajó en la creación de condiciones y diagnóstico para el desarrollo del modelo de Red de Defensa en una etapa posterior, y se cubrieron las comunidades de Térraba, Boruca, Ujarrás, Cabagra, Rey Curré y Salitre.

Esta iniciativa tenía como objetivo general el establecimiento de mecanismos locales para la capacitación y promoción de espacios para la elaboración y ejecución de estrategias y el fortalecimiento de estructuras locales de defensa conjuntas entre el sector público y las comunidades. A través de foros, talleres, reuniones y conversaciones con los pobladores indígenas, se evidenciaron los principales problemas sociales que les afectan¹¹⁸ –a lo que se suma el aislamiento geográfico, la falta de vías de acceso, la ausencia de canales de comunicación fluidos con las autoridades en atención a su diversidad cultural y lingüística– aunado al sentimiento de impotencia y frustración por encontrar oídos sordos de parte de las autoridades gubernamentales en torno a sus demandas.

La experiencia en la zona de Talamanca y la zona sur del país dejó en evidencia que los esfuerzos del sector público, de las organizaciones no gubernamentales y de la propia coopera-

118 A juicio de la Defensoría, éstos incluyen la falta de servicios básicos (agua potable, electricidad, comunicaciones, vías de acceso), insuficientes servicios de salud, dificultades de acceso a las autoridades públicas, incluyendo las de Seguridad Pública y las de Administración de Justicia, fuerte presencia del problema de drogadicción y alcoholismo que redundan en dramáticas situaciones de violencia doméstica contra mujeres, niños, niñas y personas mayores, explotación económica y laboral, entre otros.

ción internacional, por acercarse a los pueblos indígenas y favorecer su desarrollo con respeto de su identidad cultural, están desarticulados, son repetitivos en algunos casos y hasta ineficaces, en tanto pierden de vista la propia participación de los habitantes indígenas en su estructuración y ejecución¹¹⁹.

Un ejemplo de lo anterior que este programa de la Defensoría identificó fue el del sistema de atención a la salud en las comunidades indígenas. A juicio de la Defensoría, la implementación y puesta en práctica de modelos sanitarios propios de zonas urbanas, no satisface las necesidades que en este aspecto tienen los indígenas. Sostiene que la Salud Pública requiere del concurso de diferentes instancias para lograr una garantía real del derecho a la vida. Sostiene que además de la atención primaria resulta imperativa la promoción de la salud preventiva, estableciendo programas de capacitación en salud, de manera que los habitantes puedan asumir la tarea de prevención y atención de emergencias conjuntamente con el personal médico encargado de asistir a esas zonas.

Para tal efecto, la Defensoría recomendó en el marco de este programa el suministro de botiquines con medicamentos

119 Entre las dificultades que la Defensoría percibe en el actuar del sector público respecto a la población indígena se señala el desconocimiento de la legislación indígena, incluyendo el Convenio 169 de la O.I.T., la legislación especial y las resoluciones de la Sala Constitucional en la materia; las dificultades en la adecuación del ordenamiento jurídico nacional al Convenio 169; el desfase entre el Derecho Indígena y el Derecho común, privando en la interpretación y aplicación los principios y criterios de éste última; la existencia de políticas y programas públicos de nivel nacional que se aplican en los territorios analizados, sin adaptabilidad a la realidad a la cual deben responder y por ende, violatorios de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas; una infraestructura institucional limitada y falta de recursos presupuestarios para el adecuado desarrollo de los programas institucionales, con sensible afectación en la prestación de los servicios públicos; la falta de una verdadera rectoría en materia indígena por parte de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas (CONAI), institución pública a cargo de la temática; la falta de continuidad y sostenibilidad de los proyectos dirigidos a las comunidades indígenas a partir de las transiciones gubernamentales.

básicos para atender necesidades de carácter urgente, apoyado para su aplicación en la capacitación de miembros de la comunidad. Vinculado a la salubridad la Defensoría constata que la ausencia en el suministro de agua potable es la característica predominante en la mayoría de comunidades indígenas de Talamanca. La Defensoría planteó la urgencia del establecimiento de acueductos para estas comunidades.

Otro problema detectado y abordado en el marco de este programa fue el de la delimitación e invasión de tierras en las comunidades indígenas, problema al que la Defensoría no visualiza resolución por parte de las autoridades del gobierno. Ello en razón de que la mayoría de los procedimientos de desalojo y expropiación se encuentran paralizados por falta de voluntad política y presupuesto.

Este programa también abordó la relación de las comunidades indígenas con la administración de justicia. Entre los problemas identificados en este ámbito se encuentran la barrera idiomática que se presenta en el momento de entablar sus denuncias. Se indica que algunas veces la calidad de la atención no es la debida por el hecho de que no se les entiende su lengua, lo cual prácticamente implica la negación del servicio. La falta de intérpretes imposibilita que se dé el acceso a la justicia con la pertinencia y prontitud que ésta se demanda, cargando la responsabilidad de hacerse entender a los usuarios del servicio, más que a sus prestatarios. Indica además que en materias como las de familia y la penal, la relación personal de los interesados con su proceso resulta fundamental, por lo que, no tratándose de lenguas extranjeras, sino de lenguas autóctonas, corresponde a la Administración del servicio proveer los recursos para facilitar el acceso a éste de todas las personas sin discriminación alguna.

El programa también constató que la mayoría de las comunidades indígenas presentan un serio problema de acceso debido al estado de los caminos. Dado que se trata de un problema de urgente atención, que incluso dificulta la atención médica preventiva en comunidades, la Defensoría formuló a través de este programa un llamado a las Municipalidades y al Ministerio de Transportes y Obras Públicas, para coordinar acciones que den solución afectiva a esta situación (Defensoría de los Habitantes, en http://dhr.go.cr/dhr706_3.html).

Se carece de una evaluación de este programa que permita analizar los impactos de las acciones de promoción y capacitación en derechos indígenas impulsada en este territorio indígena. Asimismo, se desconoce el efecto que han tenido las recomendaciones realizadas a los servicios públicos por la Defensoría en el marco de su ejecución.

3.5.3. Función de mediación

i. Proyecto Hidroeléctrico Boruca

Una de las situaciones que ha sido abordada por la Defensoría es la del Proyecto Hidroeléctrico Boruca (P.H.B.), el que, como se señaló, consiste en la construcción por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) de una represa hidroeléctrica de grandes dimensiones que afectaría directamente el Territorio Indígena de Rey Curré y, parcialmente a los Territorios de Térraba y Boruca ubicados en la zona de Buenos Aires de Puntarenas. A raíz del conocimiento de una queja presentada por la comunidad indígena de Rey Curré, la Defensoría señaló la obligatoriedad de respetar los derechos de los pueblos autóctonos establecidos en las áreas susceptibles de ser afectadas por este proyecto, particularmente en

cuanto la obligación de observar el mecanismo de la consulta y a reconocer sus derechos en relación con la tierra¹²⁰.

Años más tarde, en el 2002, a raíz del avance en el proceso de este proyecto, retoma su intervención en este caso a pedido de las comunidades involucradas. Así, en noviembre del 2002, en el Complejo Aradikés en Buenos Aires de Puntarenas, los representantes de las tres Asociaciones de Desarrollo Integral de los Territorios Indígenas de Térraba, Boruca y Rey Curré (en adelante A.D.I.), solicitaron a la Defensoría su intervención con el fin de aclarar los rumores y expectativas generadas por el PHB, sobre el cual carecían de información. También reclamaron la inercia del Instituto de Desarrollo Agrario en el acatamiento de la sentencia de la Sala Constitucional de 12 de diciembre del 2002, que resolvió sobre un amparo interpuesto por la Asociación de Desarrollo de Rey Curré y que ordenó a dicho Instituto iniciar de inmediato los trámites necesarios para traspasar registralmente a las comunidades indígenas los terrenos pertenecientes a las comunidades Boruca y Térraba.

120 Así en su Informe (Oficio PE-259-96 del 18 de marzo de 1996 correspondiente al Exp. N° 004-22-94) recomendaba al Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Electricidad: “Informar a los pueblos indígenas y a la población sobre los avances, investigaciones y las consecuencias de la ejecución de los Proyectos Hidroeléctricos, con el fin de que estos sean discutidos en el nivel nacional; establecer los mecanismos necesarios para hacer efectiva la participación de los pueblos indígenas en la elaboración, planificación y desarrollo de los Proyectos Hidroeléctricos susceptibles de afectarles directamente en sus vidas como en sus recursos naturales: en la manera en que alguno de los Proyectos Hidroeléctricos sea ejecutado, ya sea a corto o largo plazo, se deberá CONSULTAR a los pueblos indígenas directamente afectados, a través de un procedimiento adecuado, democrático y de buena fe, brindando la información más completa y con la debida antelación posible; consultar a los Pueblos Indígenas a través de los procedimientos adecuados en toda acción que afecte los recursos naturales y arqueológicos que se encuentren dentro de los Territorios Indígenas; todo Proyecto que apunte al desarrollo, debe contemplar los beneficios que deben gozar aquellos pueblos que fueron sacrificados en área del progreso” (Defensoría de los Habitantes, Informe 2002-2003: 39)

En atención a la solicitud de los representantes de las comunidades indígenas, en noviembre de 2002 fueron convocadas diversas autoridades (el Presidente Ejecutivo de Instituto Costarricense de Electricidad, el Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Agrario, el Presidente Ejecutivo del Instituto de Fomento Asesoría Municipal, el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y el Ministro de Vivienda y Asentamientos Humanos, el Viceministro de Planificación, al Ministro de Ambiente y Energía) por parte del Defensor¹²¹. El día 2 de diciembre del mismo año, se llevó a cabo la segunda reunión en la cual se retomó el ofrecimiento del ICE de colaborar con el Instituto de Desarrollo Agrario en el levantamiento de los planos ordenados por la Sala Constitucional. Ofrecimiento que no fue inicialmente aceptado, por lo que el ente rector en materia agraria gestionaría por su cuenta el cumplimiento de la resolución que ordena la delimitación de los territorios.

De acuerdo a la Defensoría en su Informe Anual 2002-2003, durante el período del Informe los funcionarios del ICE encargados de la gestión de este proyecto, han procurado garantizar transparencia en su labor, además de mostrar un interés por el acercamiento entre el ICE y las comunidades afectadas, así como la promoción de su participación activa.

Posteriormente, dada la lentitud en la gestión por parte del Instituto de Desarrollo Agrario en el cumplimiento del voto N° 3468-2002 de la Sala Constitucional, en enero del 2003 la Defensoría le solicitó al IDA informar a esta Institución sobre las medidas implementadas y el progreso en la delimitación de los territorios indígenas de Buenos Aires, teniendo en cuenta

121 En virtud de la ausencia del representante de CONAI y del Ministerio de Planificación –que por delegación presidencial tiene a su cargo la atención gubernamental de la temática indígena–, la Defensoría les comunicó los temas tratados en la reunión.

el plazo establecido. En atención a esta gestión, en febrero 2003, el IDA comunicó los progresos realizados indicando que ya habían sido hechas las contrataciones de varias cuadrillas de profesionales en topografía que realizarían los levantamientos respectivos. Atendiendo al derecho a la información, la Defensoría visitó estas comunidades en marzo de ese año y comunicó a sus representantes de lo gestionado hasta esa fecha. Posteriormente, en abril del 2002, se efectuó una nueva reunión en la Presidencia Ejecutiva del Instituto de Desarrollo Agrario, a la cual la Defensoría asistió a solicitud de las comunidades indígenas. En dicha actividad, el Instituto de Desarrollo Agrario informó a las asociaciones de desarrollo sobre el diagnóstico de tenencia de la tierra que realizarían conjuntamente el IDA y el ICE, así como sobre el avance en la tramitación institucional para el cumplimiento de lo resuelto por la Sala Constitucional. Sobre las actuaciones del IDA, la Defensoría considera que ésta ha sido tardía. A raíz de lo anterior el Tribunal Constitucional rechazó una solicitud de prórroga presentada por el IDA que ordena inscribir los territorios en diciembre del 2003. A la fecha se mantiene la incertidumbre respecto a la ejecución de este proyecto rechazado no sólo por las comunidades indígenas directamente afectadas, sino por los pueblos indígenas de Costa Rica en su conjunto (Mesa Nacional Indígena, 2005)¹²².

3.5.4 Función de procuración

i. Acciones de la Defensoría frente a irregularidades de CONAI

Los problemas que por largo tiempo han afectado la actuación de la CONAI a los que antes se hiciera referencia, han llevado a la Defensoría a asumir de oficio algunas acciones en relación a ella.

¹²² Antecedentes proporcionados por Jorge Leiva, abogado Defensoría de los Habitantes, enero de 2005.

Como antecedente de estas acciones se debe señalar que en el mes de octubre de 1999, el Secretario de la Junta Directiva y actual Director Ejecutivo de la CONAI, solicitó en nombre de esta entidad una prórroga de su personería jurídica, la cual fue aprobada por la Sala Constitucional en resolución del siete de diciembre de 1999. Se debe señalar que la Sala Constitucional en la citada resolución únicamente había prorrogado la vigencia de dicha personería, pero no había autorizado a ese órgano colegiado para funcionar sin la totalidad de sus miembros.

La Defensoría, consciente de la necesidad de la realización de la Asamblea General, una vez transcurridos ocho meses de la resolución de prórroga de la personería jurídica de la CONAI y, en vista de la falta de resolución por parte de la Sala Constitucional del expediente 99-002607-007-CO relativo a la composición de la CONAI, el 05 de julio del 2000, presentó solicitud de una Pronta Resolución, la cual nunca fue atendida.

Tomando en consideración el tiempo transcurrido y en procura de activar el proceso de constitucionalidad, la Defensoría interpuso un Recurso de Amparo en contra de la propia Sala Constitucional en tutela de los derechos de los pueblos indígenas de Costa Rica. De acuerdo a la Defensoría, la violación al derecho a la justicia pronta y cumplida, se configura por la no resolución de la acción de inconstitucionalidad contra los incisos a) y b) del artículo 2 de la Ley N° 5251, Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, interpuesta desde el 15 de abril de 1999.

En esta acción, la Defensoría solicitó concretamente:

- Ordenar a la Sala Constitucional realizar los trámites pendientes en la Acción de Inconstitucionalidad que se

conoce bajo el expediente 99-002607-007-CO relativo a la composición de la CONAI, a fin de proceder de acuerdo con lo establecido en los artículos 9 y 10 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Constitucional y proceder a resolver en forma inmediata dicha acción;

- y condenar a la Sala Constitucional al pago de daños y perjuicios a favor de los pueblos indígenas de Costa Rica, derivados del retraso injustificado en la tramitación del expediente 99-002607-007-CO.

La Sala Constitucional, dentro del plazo otorgado para informar al Magistrado suplente nombrado para la instrucción de este recurso, resolvió la acción de inconstitucionalidad en cuestión declarando contrarios a la Constitución Política los incisos a y b del artículo 2 de la Ley de CONAI. A juicio de la Defensoría, con esta resolución se resolvió uno de los principales entrabamientos que había mantenido en estado de indefensión a las comunidades indígenas y otorgaba una nueva oportunidad al Estado costarricense de articular de una mejor forma las acciones que garanticen el respeto y disfrute de sus derechos fundamentales (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2002-2003).

A juicio de la Mesa Nacional Indígena, la dilación de la Sala Constitucional en la resolución de estas causas sería demostrativa de una falta de interés de este órgano constitucional en los temas que atañen a los pueblos indígenas (Mesa Nacional Indígena, 2005).

Con posterioridad a esta resolución de la Sala Constitucional, entre junio y septiembre del 2003, la Defensoría promovió la realización de la Asamblea Nacional de la CONAI entre las Asociaciones Integrales del país, gestionando inclusive reuniones con miembros de la Junta Directiva *ad hoc*

de esta institución a objeto de lograr un proceso participativo y transparente. Lamentablemente, a pesar de las llamadas de atención tanto escritas como personales sobre los aspectos procesales de la convocatoria a la Asamblea Nacional, la Junta Directiva comunicó a las asociaciones indígenas de la realización de la Asamblea, por medio de un pequeño anuncio en la sección de avisos clasificados del Diario La Prensa Libre del 8 de septiembre del 2003.

Ante diversas denuncias plantadas por eventuales ilegalidades presentadas en el proceso de la Asamblea Nacional realizada, la Defensoría abrió un proceso de investigación el cual fue suspendido, en virtud de una serie de recursos de amparo interpuestos por los mismos hechos (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2003-2004).

3.5.5. Función de iniciativa normativa

i. Derecho a la consulta

Una materia en que la Defensoría ha demostrado un importante interés ha sido la operacionalización y reglamentación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas incorporado en el Convenio 169 de la OIT. En efecto, el artículo 6 del Convenio 169 dispone la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por medio de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Dada la falta de precisión de sus alcances, la Defensoría ha llamado la atención de la Asamblea Legislativa sobre la necesidad de reglamentar este derecho, ya que su escaso desarrollo en el texto del Convenio y, los contradictorios criterios jurisprudenciales vertidos por la Sala

Constitucional, habrían generado un estado de incertidumbre para los funcionarios públicos que deben aplicar esta normativa y de inseguridad jurídica para las poblaciones indígenas de Costa Rica (Defensoría de los Habitantes, Informe 1998-999).

La Defensoría ha sostenido que, en primer término, se deben establecer normas claras sobre si todas las medidas estatales requieren ser consultadas o si existen materias que estarían exentas de consulta dada su poca trascendencia. En segundo lugar, debe aclararse qué tipo de medidas deben consultarse sólo a los representantes de las comunidades o si por el contrario, existen algunos temas que por su naturaleza, contenido, alcance o impacto, deban consultársele necesariamente a toda la comunidad. En este mismo sentido, se llama la atención sobre la necesidad de reglamentar los procedimientos de consulta y mecanismos de revisión específicos para estos procesos, distintos del Recurso de Amparo, proceso que por su sumariedad no permite un análisis adecuado de una posible violación a este derecho.

Con respecto a la jerarquía de la norma que debe reglamentar estos procesos, la Defensoría ha señalado que si bien resultaría pertinente que éstos fuesen plasmados en una Ley, lo que permitiría una mayor discusión sobre ellos, es posible, como lo ha establecido la propia Sala Constitucional en reiteradas resoluciones, que por la vía de normas jurídicas con rango de reglamento se desarrollen los preceptos establecidos en la Ley o normas de un rango aún mayor (Informe 2002-2003).

Sistematización de los requisitos de la consulta

En vista que este derecho no ha sido regulado en Costa Rica, la Defensoría ha venido realizando un trabajo con miras a sistematizar los requisitos fundamentales de un proceso de consulta¹²³. Así en su Informe Anual 2003-2004 se precisan los elementos constitutivos que conforman el derecho a la consulta en el marco del Convenio N° 169, definiendo los elementos que, a su juicio, deben estar presentes en cualquier tipo de consulta independientemente de la temática a tratar o de las instituciones involucradas en el proceso. Entre estos elementos esenciales a toda consulta la Defensoría destaca:

Un requisito central para la consulta es la utilización de procedimientos apropiados para su desarrollo. El Convenio dispone que los Estados deberán: “a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados (...)” (art. 6.1) El Convenio, sin embargo, no define cuando tal consulta es apropiada o adecuada. La Defensoría sostiene que para analizar si un proceso de consulta es adecuado, el Estado costarricense debe tomar en cuenta dos elementos; en primer lugar, los aspectos socio-culturales de cada comunidad y, en segundo, debe considerar tanto la temática sobre la que versará la consulta así como su grado de alcance general o local. La determinación de si un procedimiento es adecuado deberá hacerse caso por caso respetando los principios establecidos tanto en el Convenio 169 como otros principios consagrados en la propia Constitución Política, entre los que se debe destacar, el principio democrático y los de razonabilidad y proporcionabilidad.

123 Al respecto el abogado Jorge Leiva de la Defensoría sostiene que ha desarrollado una investigación sobre la normativa y jurisprudencia sobre la materia existente tanto a nivel del derecho comparado como del derecho internacional (conversación sostenida en la Defensoría de los Habitantes, San José, enero 2005).

En cuanto a quién debe ser la persona, organización o grupo consultado, el mismo inciso 1) del artículo 6 citado, establece: “(...) mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativa (...)”.

La Defensoría aclara que ni la CONAI –ente público– ni las Organizaciones No Gubernamentales, ostentan la representación de las comunidades indígenas costarricenses. Sostiene, sin embargo, que la coordinación que el Poder Ejecutivo realice con estas entidades podría ser la llave para un adecuado proceso de consulta, aprovechándose los conocimientos sociológicos, antropológicos y culturales que las comunidades indígenas poseen y que facilitarían el cumplimiento de las obligaciones estatales para con ellas y el efectivo respeto y goce de sus derechos fundamentales a partir de su cultura.

Del análisis de la normativa vigente sobre organización y representación indígena, concluye que dicha normativa establece respecto de la relación entre comunidades indígenas y el Estado un sistema triangular constituido de la siguiente forma: Estado como ente garante del respeto y goce de Derechos Fundamentales y prestatario de servicios, las Asociaciones de Desarrollo Integral de los Territorios Indígenas como representantes de cada Territorio y, la CONAI, como instancia operativa promotora y facilitadora de la dinámica institucional de y hacia las comunidades indígenas costarricenses, cuya naturaleza es la de un ente público menor parte del Estado¹²⁴.

124 En esta misma dirección y refiriéndose al tema de los representantes de las comunidades indígenas, la Sala Constitucional razonó en el voto 3886-97, de la siguiente forma: “VII. La consulta en cuestión debió realizarse, en principio, a través de las Asociaciones de Desarrollo Integral correspondientes, ya que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 8487-G del 26 de abril de 1978 (...), estas entidades son las encargadas de representar judicial y extrajudicialmente a las comunidades indígenas, de modo que, en el estado actual del ordenamiento, califican como “instituciones representativas” de los habitantes de las reservas”.

Concluye señalando que debe reconocerse y respetar la función de representación que en el estado actual de la legislación costarricense tienen las Asociaciones de Desarrollo Integral en sus respectivos territorios indígenas.

En cuanto a cuales medidas se debe consultar, la Defensoría sostiene que *cada medida* "legislativa o administrativa" (art. 6. 1.a) que se relacione directamente con las comunidades indígenas debe serles consultadas. Así, la Defensoría sostiene que una consulta planteada en términos generales, no exime a las autoridades públicas de las ulteriores consultas derivadas de la puesta práctica de esos lineamientos generales. Únicamente estarían exentas de consulta las actuaciones judiciales en virtud del resguardo del principio de independencia judicial. En cuanto a las medidas legislativas, ellas no deben ser restringidas únicamente a leyes en sentido estricto, siendo necesario someter a consulta cualquier norma jurídica a saber, leyes, reglamentos directrices, etc., susceptibles de afectar a una comunidad indígena.

En cuanto al término *medidas administrativas*, la Defensoría propone un criterio de interpretación extensivo, entendiendo como medida administrativa, en aplicación del principio *pro homine* toda aquella que no corresponde a una medida judicial o legislativa.

En cuanto al momento en que debe realizarse este procedimiento la Defensoría considera que, la consulta debe hacerse antes de la oficialización del acto o medida susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas.

Respecto de que la consulta debe ser libre, la Defensoría considera que esta condición establecida en la letra b del inciso 1 del artículo 6 del Convenio, hace referencia no sólo a la libertad física sino también a la libertad intelectual.

Así, no es posible entender un proceso de consulta libre en el cual las poblaciones consultadas no tengan un pleno conocimiento de la materia consultada. Es importante re-

calcar que el Estado o cualquiera de sus instituciones al momento de realizar un proceso de consulta deben informar adicionalmente de todas las posibles consecuencias tanto positivas como negativas de las medidas consultadas.

Adicionalmente, entiende la Defensoría de los Habitantes que para que esta libertad sea completa, el Estado no puede limitar con plazos reducidos la potestad de pronunciamiento, impidiendo que las comunidades consultadas investiguen sobre los temas sometidos a su parecer.

En cuanto a la aplicación del principio de buena fe, considera éste como el eje medular del derecho de consulta, pues una interpretación amplia del mismo, trasciende aspectos jurídicos y socio-antropológicos, permitiendo el respeto de la dignidad y autonomía de los Pueblos Indígenas del mundo. Por lo anterior, considera que este principio debe no sólo informar a los procesos de consulta a los pueblos indígenas, sino que debe constituirse en el punto de partida de la relación entre el Estado y los Pueblos Indígenas.

Los procedimientos de consulta deben además ser flexibles y adaptables. Si bien la Defensoría ha insistido en la necesidad de reglamentar a nivel nacional el derecho de consulta, se aclara que tal recomendación no debe ser entendida en el sentido de establecer un proceso único, rígido y general de consulta. Un desarrollo normativo del derecho a la consulta debería permitir un ámbito razonable de flexibilidad en estos procesos de acuerdo con el tema consultado u otras particularidades específicas, a partir de los principios jurídicos que derivan del Convenio N° 169 OIT.

Por ultimo, en relación al financiamiento de los procesos de consulta, la Defensoría señala que si bien este derecho está destinado a la protección de las comunidades indígenas, los costos de su realización no pueden ser, bajo ningún supuesto, trasladados a éstas (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2003-2004).

ii. Acceso a la justicia y derecho consuetudinario indígena

Otro ámbito de preocupación de la Defensoría ha sido el del acceso a la justicia de las poblaciones indígenas. En su Informe Anual 2000-2001, la Defensoría hizo pública una denuncia relacionada con la insuficiencia del sistema de administración de justicia para prestar debida atención a las comunidades indígenas. A raíz de esta situación, el mismo año mediante oficio No. 00182-2001-DHR, notificado el 9 de enero de 2001, la Defensoría recomendó al Consejo Superior del Poder Judicial la conformación de una comisión interinstitucional de estudio y análisis del marco normativo aplicable en materia de pensiones alimentarias y derecho penal en relación con las personas pertenecientes a comunidades indígenas. En el mismo oficio se recomendaba a dicho Consejo Superior emitir una directriz haciendo manifiesto el deber de los jueces de consultar e informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento, máxime cuando hay a lo interno tribunales consuetudinarios, cacicazgos o asociaciones de desarrollo que resuelven los asuntos dentro de ella.

Mediante oficio N° 12118-01 del 4 de octubre de 2001, la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia ordenó la constitución de dicha Comisión, la que estaría conformada por un letrado de la tercera sala, el Fiscal Adjunto de la República, funcionarios del ILANUD, CONAI y Defensa Pública (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2001-2002). Nada se señala en dicho informe en cuanto a las directrices antes señaladas. Se desconocen los resultados de la labor de esta Comisión, así como de la existencia de cambios legislativos en la materia.

En su informe 2003-2004 la Defensoría llama la atención del Poder Judicial sobre la necesidad de retomar el estudio de temas relacionados con los pueblos indígenas, incluyendo el del respeto al derecho consuetudinario, a las instancias tradicionales de resolución de conflictos, el derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de régimen de protección especial establecido en el Convenio N° 169, todo lo anterior respetando las particularidades de las ocho etnias de Costa Rica. Además, valora la reactivación de la Comisión que para el estudio de estos temas constituida en el seno del Poder Judicial hace algunos años (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2003-2004).

iii. Proyecto de ley desarrollo autónomo de los pueblos indígenas

Luego de la ratificación del Convenio 169 de la OIT por Costa Rica por ley del 7316 en 1992, se hizo evidente la necesidad de modificar la legislación vigente en materia indígena a objeto de adecuarla a los lineamientos de dicho Convenio. De allí surgió a comienzos de los noventa el denominado “Proyecto de ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas” como una iniciativa impulsada por los propios pueblos indígenas que encontró apoyo en sectores de la Asamblea Legislativa.

Tal proyecto se propuso redefinir las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado. En él se establece un marco para el desarrollo autónomo de los ocho pueblos indígenas costarricenses de acuerdo con la Constitución Política, los Convenios Internacionales y la legislación nacional, con normas para la Administración Pública en los campos de la educación diferenciada, la salud, la defensa del ambiente, programas de infraestructura y vivienda, ordenamiento de la tenencia de la tierra, establecimiento de sistemas de crédito.

Todo ello a partir de un sistema de organización política basado en consejos territoriales electos directamente por las comunidades indígenas para el manejo de las actuales reservas que se denominarían territorios indígenas, y con un reconocimiento de su autonomía y su derecho a lograr la reivindicación de sus culturas.

Entre los principios fundamentales de este proyecto de ley se destaca el derecho de los pueblos indígenas de participar a través de sus propias organizaciones en la toma de decisiones que afecte directamente los territorios que les corresponde, proponiendo se elijan a sus representantes por voto directo; el velar por la defensa y el desarrollo de sus sistemas de organización comunal, de respeto a sus sistemas de tenencia de la tierra y de consultar los programas que en todos los órdenes le atañen a su mejor convivencia; y garantizar la terminación de la dominación cultural por la reforma al sistema educativo (Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, Expediente N° 14.352).

A la fecha esta iniciativa sigue sin ser aprobada. Su tramitación por la Asamblea Legislativa ha sido larga. En los inicios de su tramitación la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa decidió llevar a cabo audiencias en más de 40 localidades indígenas dentro de los entonces 22 territorios indígenas. Luego de ese proceso se escogieron delegados por cada una de las comunidades que en el mes de septiembre de 1997 redactaron en un Foro que propició la Asamblea Legislativa una propuesta que conoció la referida Comisión de Asuntos Sociales.

Las reuniones de consulta en los territorios indígenas fueron dirigidas por diputados de todas las fracciones representadas en la Asamblea Legislativa. Estas contaron con la participación activa de la Defensoría de los Habitantes y

otros entes. Mientras el proceso se llevaba a cabo, algunos indígenas –amparados en algunos casos por la entidad estatal indigenista CONAI– opusieron recursos ante la Sala Constitucional para acusar supuestos vicios del procedimiento. La Sala Constitucional en diversos votos (8664-97, 7385-97, 7674-97, 7675-97, 638-98 y 1179-98) rechazó tales argumentos.

A pesar que esta propuesta normativa pasó todos los controles y debates que supone el sistema político parlamentario del país, lo cual significó que fuera aprobada en primer debate y consultada al Tribunal de Constitucionalidad, para finalmente ser desechada¹²⁵, y el 2001 fue archivada por cuestiones administrativas. En las actas legislativas que se levantaron luego de que la Sala Constitucional rindió su respuesta, se evidencia una intención clara de la bancada del Partido Unidad Social Cristiana de no darle curso al Proyecto de Ley en vista de que el mismo planteaba la derogatoria de la CONAI –a lo cual se oponía la administración de esa entidad, muy cercana a dicha agrupación– y además porque un nuevo estatuto indígena implicaba una reconsideración de algunos proyectos de desarrollo localizados dentro de las tierras indígenas, a los cuales se venían comprometiendo desde hace varios años las administraciones anteriores –tanto del Partido Unidad Social Cristiana, como del Partido Liberación Nacional– (por ejemplo en el caso del Proyecto Hidroeléctrico de Boruca).

125 Los diputados, después de aprobar en primer debate la propuesta legal, remitieron a la Sala Constitucional una “Consulta Facultativa de Constitucionalidad”, en la cual cuestionaban de inconstitucionales algunos procedimientos llevados a cabo hasta entonces. La Sala Cuarta en resolución 3631-99, decretó que los procedimientos y el texto del proyecto de ley eran compatibles absolutamente con la letra y el espíritu de la Constitución Política y con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

A juicio de la Mesa Nacional Indígena, hoy, pese a 20 años de esfuerzo, en Costa Rica no existe voluntad política de las fuerzas representadas en la Asamblea Legislativa para dar a las comunidades indígenas un estatuto que empuje a la institucionalidad a concebirse como pluricultural, pues todos los espacios en este ámbito están absolutamente cerrados (Mesa Nacional Indígena, 2005).

La Defensoría ha apoyado de diversas formas la iniciativa legal antes referida. En su Informe Anual 2002-2003 recuerda a la Asamblea legislativa que mediante resolución del CERD-C/304/Add.71 de 7 de abril de 1999, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial llamó la atención a Costa Rica respecto a la necesidad de aprobar este proyecto (Defensoría de los Habitantes, Informe Anual 2002-2003). En las conclusiones del mismo Informe señala: “La falta de regulación del Derecho de Consulta y el lento progreso del Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas (el cual peligró de ser archivado por segunda vez), son sólo una pequeña muestra de las tareas pendientes de la Asamblea Legislativa a favor de los derechos de las comunidades indígenas costarricenses” (Defensoría de los Habitantes, Informe 2002-2003:59).

3.6. Análisis crítico y recomendaciones

La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica ha desarrollado, en base al marco normativo que le dio vida y a los recursos financieros y humanos de que dispone, importantes esfuerzos en la protección y promoción de los derechos humanos en ese país. Tales esfuerzos son, en general, valorados por la sociedad costarricense, lo que se refleja en la credibilidad que esta institución goza en su interior, así como

en los organismos de derechos humanos¹²⁶. Las opiniones existentes en relación a la Defensoría y a su actuación de defensa de los derechos humanos son en general positivas. La mayoría de las entidades no gubernamentales preocupadas por la promoción y defensa de los derechos humanos reconocen en la Defensoría un aliado, y valoran el trabajo que desarrolla en defensa de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos.

Hay quienes desde el movimiento de derechos humanos, sin embargo, critican su actuación. Entre los cuestionamientos más fuertes que se le hacen se encuentran los que dicen relación con la existencia en ella de criterios partidistas presentes en la sociedad costarricense, la falta de comunicación con las organizaciones populares, así como la menor disposición que ésta tendría a atender las causas de estratos sociales bajos en contraposición las de estratos medios y altos (CODEHUCA, 2001). Como señala CODEHUCA en su VII Informe de las Procuradurías de los Derechos Humanos en Centroamérica, las opiniones respecto a la Defensoría son divergentes. Así sostiene que "...buena parte de la Sociedad Civil, si bien mantiene cierta credibilidad hacia la Defensoría, también espera más de ella, por eso se le reclama más vinculación, más beligerancia, menos figuración personal, mayor constancia en sus labores y más presencia en la defensa de todos los ciudadanos y en todos los casos" (CODEHUCA, 2001: 62).

126 Una encuesta de opinión del 2002 señalaba que Defensoría de los Habitantes estaba entre los primeros lugares en la lista de entidades consideradas como promotoras del mejoramiento en la calidad de vida de la población. En estudios anteriores la Defensoría ha ocupado los primeros lugares entre las instituciones en las que más confía la población. Echandi, JM., en http://www.ombudsman.cl/foro_2002/echandi.htm

En lo relativo a la actuación de la Defensoría en materias que atañen a los pueblos indígenas y a sus derechos, no cabe duda que su creación en 1992 en forma paralela a la ratificación por Costa Rica del Convenio 169 de la OIT, y a los procesos de fortalecimiento organizacional indígena verificados en este país en la última década, han marcado su compromiso con la realidad de los pueblos indígenas y sus demandas por el respeto y reconocimiento de sus derechos individuales y colectivos.

Las múltiples actuaciones de la Defensoría a las que aquí se ha hecho referencia relativas a la protección y defensa de los derechos indígenas frente a sus denuncias o de iniciativa propia; aquellas orientadas a la promoción y educación en torno a sus derechos, destinadas tanto a organismos públicos (jueces, funcionarios públicos, etc.) como a los propios pueblos indígenas; las iniciativas adoptadas para instar a la Asamblea Legislativa a la reforma de la sobrepasada legislación vigente en la materia y a posibilitar un reconocimiento mayor de los derechos indígenas en el país; y aquellas destinadas a mediar entre instancias públicas y pueblos indígenas en torno a conflictos que atañen a sus derechos, dan cuenta de una preocupación especial de esta entidad respecto a los problemas que afectan la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas que resulta sumamente valorable.

Esta percepción sería, de acuerdo a la información recabada, compartida por el liderazgo indígena. Según sostiene Donald Rojas, dirigente de la Mesa Nacional Indígena, la Defensoría ha cumplido un rol relevante en materia de derechos indígenas. Reconoce en ella no solo una buena disposición y receptividad a sus reclamaciones, sino

también que hace un seguimiento de ellas, intercediendo ante distintos organismos públicos para velar por el respeto de los derechos indígenas¹²⁷.

La valoración del trabajo de la Defensoría en materia indígena también es compartida por profesionales que trabajan a favor de los derechos indígenas en Costa Rica. Rubén Chacón, abogado involucrado en el estudio y defensa de los derechos indígenas en Costa Rica, sostiene que la Defensoría lleva un archivo importante de casos que representan los principales problemas que enfrentan los pueblos indígenas en el país (y también más allá de las fronteras como es el caso de los *ngöbe* que habitan en Panamá en la frontera con Costa Rica), teniendo una participación importante en ellos. Chacón identifica entre los aspectos positivos de la actuación de la Defensoría en materia de derechos indígenas, el haber dado rango a las gestiones que realizan las organizaciones indígenas a favor de sus derechos; el visualizar los problemas que afectan a muchas de las comunidades indígenas y contribuir a hacerlos públicos en los distintos repartos administrativos; el haber denunciado en todos los ámbitos que han sido necesarios las insuficiencias de CONAI; el cuestionamiento a la Sala Constitucional por su actitud dilatoria en temas que no son considerados como “de importancia nacional”; el brindar información y coordinarse con entidades indígenas y no gubernamentales que trabajan a favor de los derechos indígenas¹²⁸.

Buenas prácticas

Dentro de las actuaciones desarrolladas por la Defensoría en favor de los derechos indígenas que han sido reseñadas en este Capítulo, cabe valorar en especial por su

127 Entrevista con Donald Rojas, San José, enero de 2005.

128 Rubén Chacón, comunicación escrita con el autor, 23 de marzo de 2005.

importancia para los pueblos indígenas de Costa Rica, así como por la significación que pueden tener para otros *Ombudsman* en América Latina, las siguientes:

En el ámbito de la investigación:

- las investigaciones y recomendaciones desarrolladas por esta entidad con miras a garantizar un adecuado acceso a la salud y la seguridad social de los indígenas *ngöbe (guaymíes)*, las que fueron acogidas por los entes públicos involucrados.

En el ámbito de la promoción:

- Los esfuerzos desarrollados por la Defensoría con miras a capacitar a jueces, fiscales, policías y otros funcionarios vinculados al quehacer de la justicia con miras a promover el reconocimiento de las particularidades del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas;
- la acción desarrollada en forma conjunta con la Defensoría de Panamá en beneficio de la población indígena de las áreas fronterizas entre estos dos países de conformidad con los lineamientos establecidos para estas poblaciones en el Convenio 169 de la OIT;
- las acciones integrales desarrolladas en el contexto del Proyecto de Promoción y Defensa de los Pueblos Indígenas en los territorios indígenas de Salamanca y en la zona sur de Costa Rica.

En el ámbito de la mediación:

- La labor impulsada por años por la Defensoría con miras a interceder frente a las entidades públicas involucradas (Instituto Costarricense de Electricidad ICE) para garantizar los derechos indígenas amenazados por el proyecto hidroeléctrico Boruca en el territorio indígena de Rey Curré.

En el ámbito de la procuración:

- Las actuaciones de oficio impulsadas por la Defensoría, sin éxito hasta ahora, incluyendo la presentación de recursos ante la Sala Constitucional, con miras a abordar los múltiples problemas que afectan a CONAI, poner término a su inacción, y a procurar que esta entidad asuma las funciones que la ley le asigna;

Finalmente, en el ámbito de iniciativa normativa:

- Los esfuerzos desarrollados por la Defensoría para lograr una regulación jurídica, idealmente con un rango legal, del derecho a la consulta a los pueblos indígenas establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Se trata de un esfuerzo que ha incluido un importante trabajo de investigación con miras a determinar los requisitos mínimos que dicha consulta debe tener para cumplir con los lineamientos del Convenio 169 en la realidad de Costa Rica;
- el respaldo de la Defensoría al proyecto de ley sobre desarrollo autónomo de los pueblos indígenas, con miras a posibilitar una redefinición de las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado de Costa Rica. La labor de la Defensoría en este caso ha incluido su involucramiento en el proceso de consulta de esta iniciativa en los territorios indígenas.

Vacíos y obstáculos

No obstante los esfuerzos desarrollados por la Defensoría en la perspectiva antes señalada, no son pocos los vacíos y obstáculos que impiden una actuación más efectiva de esta entidad a favor de los derechos de los pueblos indígenas.

En el plano jurídico, una limitante está determinada por la ausencia de una consagración constitucional de la Defensoría de los Habitantes. Sin embargo, en el caso de la actuación de esta entidad en la materia que nos interesa, los obstáculos identificados, más que emanar de la normatividad que le dio origen, son de carácter político y/o económico.

Uno de los problemas que resulta más preocupante en este sentido es el relacionado con la inexistencia de un área específica de la Defensoría para atender la creciente demanda que los pueblos indígenas hacen de esta entidad dada la situación de vulnerabilidad en que se encuentran sus derechos. A más de una década de su creación, no existe justificación alguna para que esta área temática siga siendo atendida por un solo profesional dependiente de su Área de Protección Especial. Cabe señalar que dicha Área atiende además de indígenas, a personas privadas de libertad, a personas migrantes, adultos mayores, personas con discapacidad y a personas discriminadas por cualquier otra razón. Más allá de la buena voluntad y compromiso que dicho profesional tenga con los indígenas y sus derechos, este carece de capacidad real para dar respuesta a los múltiples requerimientos hoy existentes en esta materia de los que aquí se ha dado cuenta. Si bien la ubicación de la temática indígena al interior del área de Protección Especial está establecida en el estatuto de organización interno de la Defensoría, dicho estatuto fue reformado el 2001 por acuerdo de esta entidad, razón por la que bien podría reformarse nuevamente para posibilitar la creación de un Área de Protección a los Pueblos Indígenas, que se aboque al conocimiento de todas las quejas que se relacionan con el mundo indígena y con sus derechos.

Como consecuencia de lo anterior, no existen instancias especiales para la atención de las quejas y realidad indígena en general en las sedes regionales con las que cuenta la Defensoría.

Otra limitante es la carencia de recursos económicos que, de acuerdo a lo señalado por el mismo profesional, existe para la atención de la población indígena de los distintos territorios del país. Parte importante de los recursos con que se desarrolla el trabajo de la Defensoría en este ámbito son otorgados por la cooperación internacional. Ello en atención a la insuficiencia de los recursos del presupuesto anual de la Defensoría para abordar estas tareas. Ello determina, entre otras cosas, que gran parte de la población indígena que es atendida por la Defensoría es aquella que vive o tiene conexión con sectores urbanos¹²⁹.

También preocupa que no existan funcionarios indígenas al interior de la Defensoría para atender de manera culturalmente apropiada a la población indígena o a las organizaciones que requieren de sus servicios o apoyo.

Finalmente, y relacionado con lo anterior, no existe en la Defensoría una sistematización de la actividad que es desarrollada por ella en materia indígena. Las estadísticas de las atenciones de este organismo, así como de los casos admitidos a tramitación, no consideran la variable indígena, por lo que resulta difícil dimensionar el compromiso y acción real de la Defensoría con la población indígena tanto urbana como rural. Tampoco existen estudios específicos relativos a los pueblos indígenas elaborados por la Defensoría, como los realizados por esta entidad con respecto a otros sectores de la población desprotegidos. La única información disponible sobre la materia es aquella que esta contenida en los Informes Anuales que el Defensor presenta a la Asamblea Legislativa.

Los problemas que afectan el trabajo de la Defensoría en materia indígena de los que se ha dado cuenta han sido

¹²⁹ Entrevista a Jorge Leiva y Kathya Rodríguez, Área de Protección Especial, Defensoría de los Habitantes, San José, enero de 2005.

manifestados por representantes indígenas y por profesionales vinculados a sus derechos en los últimos años. Donald Rojas, representante de la Mesa Nacional Indígena sostiene que la destinación de una persona para asumir la temática indígena en la Defensoría es totalmente insuficiente para la magnitud de los problemas de derechos humanos que afectan a las comunidades. Critica el hecho que no haya en ella personas indígenas que puedan abocarse a esta tarea, y recomienda la creación, a través de una reforma legal, de una comisión el interior de la Defensoría que pueda abocarse a la investigación de las denuncias indígenas y a lo promoción de sus derechos en general¹³⁰.

Esta percepción es compartida por Rubén Chacón, quien sostiene que además de la inexistencia de personal en la Defensoría para asumir esta temática, no hay una metodología para abordarlo, y no hay claridad en como hacerlo. Ello determina que el involucramiento de la Defensoría en los casos indígenas generalmente se de por requerimientos externos y no por gestiones que haga la Defensoría. La misma realidad incide en que los procedimientos para la obtención de respuestas por parte de la Defensoría sean muy lentos¹³¹.

Junto a lo anterior, ambas personas antes mencionadas señalan que no siempre las reclamaciones indígenas encuentran la acogida esperada en la Defensoría. En algunos casos no se le da el seguimiento requerido a las quejas, en otros no se ha denunciado con el énfasis requerido las prácticas dilatorias de entes del Estado que entorpecen el reconocimiento de derechos indígenas.

130 Entrevista con Donald Rojas, San José, enero de 2005.

131 Rubén Chacón, comunicación escrita con el autor, 23 de marzo de 2005.

Recomendaciones

Con el fin de abordar los problemas antes señalados, y de potenciar la efectividad de la labor de la Defensoría de los Habitantes en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, es que se hacen las siguientes recomendaciones:

1. Consagración constitucional de la institución de la Defensoría de los Habitantes, de su independencia frente al Estado, de sus funciones generales más relevantes, así como del deber del Estado de asignar el presupuesto requerido para garantizar el adecuado funcionamiento de esta entidad. Se sugiere además que la Constitución haga una referencia especial al rol que cabe a esta entidad en garantizar los derechos de los pueblos indígenas de Costa Rica así como para la de otros grupos vulnerables y/o discriminados.
2. La creación de una unidad o área especializada en la Defensoría que se aboque en forma exclusiva a la investigación, mediación y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, dotándola de facultades amplias para el conocimiento de las quejas de los indígenas y de sus organizaciones representativas, para la investigación de oficio de casos graves de vulneración de sus derechos, así como para la promoción de sus derechos.
3. La dotación a esta unidad de personal profesional interdisciplinario con experiencia de trabajo con pueblos indígenas, así como de personal indígena que desarrolle una labor de facilitación intercultural y acercamiento de la Defensoría a las comunidades indígenas, tanto en su sede central de la Defensoría en San José, como en sus sedes en áreas con presencia de población indígena;

4. La dotación de recursos y del equipamiento necesario para que esta unidad pueda desarrollar en forma adecuada sus funciones, y en particular, realizar el trabajo de terreno que se requiere en las áreas indígenas en las que ocurren las violaciones a los derechos indígenas o a las que se quiera llegar para ejercer su labor de protección, mediación y promoción de derechos indígenas;
5. El desarrollo por esta unidad o área de una metodología de trabajo para la atención y seguimiento de quejas relativas a derechos indígenas, que le permita llevar una documentación específica sobre la materia, que sea de acceso público, y una sistematización de los resultados alcanzados a través de su acción defensorial;
6. El fortalecimiento de la labor investigativa tanto frente a quejas específicas sometidas a su conocimiento como frente a casos abordados de oficio por la Defensoría, como aquella realizada en relación con el derecho a la consulta indígena, a objeto de que sus pronunciamientos puedan fundamentarse de manera adecuada y de que puedan tener peso ante los órganos del Estado, la sociedad costarricense y los pueblos indígenas;
7. La formación y sensibilización del personal de la Defensoría en su conjunto de modo que esta puede incorporar la dimensión de los derechos indígenas en su quehacer global;
8. El fortalecimiento de la acción promocional y normativa hasta ahora impulsada por la Defensoría con miras a posibilitar un mayor reconocimiento y recepción del derecho consuetudinario indígena por las instancias jurisdiccionales de Costa Rica, permitir un mayor acceso de los indígenas a la justicia estatal, y a potenciar el desarrollo de los sistemas de resolución de conflictos propios de los indígenas.

Bibliografía

CEJA, *Reporte sobre el Estado de los Sistemas Judiciales en las Américas 2002-2003*, en www.cejamericas.org

Centro para el Desarrollo Indígena, “Pueblos y territorios”, en <http://www.cedinc.org/pueblos.htm>

Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA), *El Desafío de la Independencia*, VII Informe de las Procuradurías de los Derechos Humanos en Centroamérica, CODEHUCA, 2001.

Defensoría de los Habitantes de la República, *Informe Anual 1999-2000*, Defensoría de los Habitantes, 2000, San José.

-----, *Informe Anual 2001-2002*, Defensoría de los Habitantes, San José, 2002.

-----, *Informe Anual 2002-2003*, Defensoría de los Habitantes, San José, 2003.

-----, *Informe Anual 2003-2004*, Compact Disc, Defensoría de los Habitantes, 2004.

Dirección de Fiscalización Operativa y Evaluativo, “Informe Relativo a los Resultados de un Estudio sobre la Gestión de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas”, FOE-EC-7/2002, 11 de junio de 2002.

Echandi Meza, J. M., “La Defensoría de los Habitantes: La Experiencia Costarricense” en http://www.ombudsman.cl/foro_2002/echandi.htm

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Costa Rica Resoluciones sobre pueblos indígenas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Defensoría de los Habitantes, San José, 2002.

-----, Mapa de Progresos en Derechos Humanos, CD, s.f.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.

Mesa Nacional Indígena de Costa Rica con el apoyo del Foro Nacional de Pueblos Indígenas y Organizaciones Amigas, *Informe sobre la situación de los Pueblos Indígenas de Costa Rica. Elaborado para el 122º período ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Washington DC, 21 febrero a 11 de marzo de 2005 (inédito).

Proyecto de Ley, Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas Expediente N° 14.352.

Recurso de Amparo de José Manuel Echandi Meza, Defensor de los Habitantes de la República a favor de los Pueblos Indígenas de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 3 de abril de 2003.

Rojas, Donald, *Visión indígena sobre la implementación del Convenio 169 de la OIT en Costa Rica*, Mesa Nacional Indígena de Costa Rica, agosto 2003 (inédito).

Páginas web

<http://www.cedincr.org/pueblos.htm>

www.cejamericas.org

www.dhr.go.cr

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

http://www.ombudsman.cl/foro_2002/echandi.htm

<http://www.socwatch.org.uy/es/portada.htm>

Entrevistas

Jorge Leiva y Kathya Rodríguez, Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, San José, enero de 2005.

Donald Rojas, Mesa Nacional Indígena de Costa Rica, San José enero de 2005.

Comunicaciones

Chacón, Rubén, comunicación escrita de 23 de marzo de 2005.

Castañeda, Amilcar, comunicación escrita abril de 2005.

Leiva, Jorge, Defensoría de los Habitantes, comunicación escrita al autor, septiembre 2005.

4. ECUADOR

4.1. Antecedentes generales

No existe precisión respecto a la población indígena total existente en el Ecuador. Las estimaciones varían entre el 25 y el 40% de la población total de este país que alcanza a 12.1 millones. Barie cita analistas que la estiman en 4.2 millones, equivalente al 35% de la población total de Ecuador, población que se distribuye entre numerosos pueblos, también denominadas nacionalidades indígenas (Barie, 2003).

Nacionalidades indígenas del Ecuador por región¹³²		
REGION	NACIONALIDAD	Idioma
Amazonía	Shuar	Shuar
Amazonía	Achuar	Achuar
Amazonía	Cofán	A'ingae
Amazonía	Siona	Paicoca
Amazonía	Secoy	Secoya
Amazonía	Huaorani	Huaoterero
Amazonía	Záparo	Záparo
Amazonía	Shiwir	
Amazonía	Sarakuros	Kichwa shimi
Amazonía	Kichwas	Kichwa shimi
Costa	Tsachila	Tzafiki
Costa	Awa	Awapit
Costa	Epera	Epera
Costa	Chachi	Cha'pílaa

¹³² Nacionalidades indígenas oficialmente reconocidas y registradas tanto por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) como por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) (Coronel, 2005). A juicio de Luis Alberto Anrango, Director Nacional de Defensa de Derechos de los Pueblos Indígenas (DINAPIN), Defensoría del Pueblo, las nacionalidades indígenas en el Ecuador son 13 (Anrango, Luis Alberto agosto 2005, comunicación escrita al autor).

Costa	Manta-Huancavilca	
Sierra-Amazonía	Kichwas	Kichwa shimi
Sierra (Provincia Imbabura)	Kichwa-Pueblos de:	Kichwa shimi
	Otavalos	
	Karankis	
	Natabuelas	
	Kayampis	
Sierra (provincia Pichincha)	Kichwa-Pueblos de	Kichwa shimi
	Kitu-Karas	
	Kayampis	
Sierra (provincia Cotopaxi)	Kichwa-Pueblos de	
	Panzaleos	Kichwa shimi
Sierra (provincia Tungurahua)	Kichwa-Pueblos de	Kichwa shimi
	Chibuleos	
	Salasacas	
	Kisapinchas	
Sierra (provincia Bolívar)	Kichwa-Pueblos de	Kichwa shimi
	Warankas	
Sierra (provincia Chimborazo)	Kichwa-Pueblos de	Kichwa shimi
	Puruhâes	
Sierra (provincia Azuay y Cañar)	Kichwa-Pueblos de	Kichwa shimi
	Cañaris	
Sierra (provincia Loja)	Kichwa-Pueblos de	Kichwa shimi
	Sarakuros	

(Fuente: Coronel, 2005).

Al igual que en otros contextos de América, la conquista hispana y el posterior colonialismo desestructuró la organización sociopolítica indígena, las formas productivas, el sistema de intercambio, la religión y el conocimiento indígena, implantando un régimen de explotación y muerte. El sistema colonial se mantuvo mediante las instituciones de la encomienda, la mita y las reducciones, mediante las cuales se saqueó la riqueza y tierra de los pueblos indígenas. La conformación de la República no significó cambios importantes para los pueblos indígenas. Terratenientes y militares siguieron adelante con la expansión y ocupación de tierras indígenas, lo que dio lugar a numerosos levantamientos indígenas. En la Amazonía se promovió la labor misionera

como forma de consolidar la presencia del Estado y, al mismo tiempo, de evangelizar a los indígenas (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador [CONAIE]), sin fecha).

El siglo XX estuvo marcado por los conflictos de tierras, en particular en la sierra ecuatoriana. En la década del 30, el Estado ecuatoriano intentó responder a la demanda indígena otorgando competencias al Ministerio de Previsión Social para conocer particularmente de aquellas reivindicaciones laborales y sociales, que representaban el 56% de los conflictos sociales. En 1927, como consecuencia de la aplicación de la Ley de Patrimonio Territorial del Estado, se pusieron en marcha los procedimientos de delimitación de haciendas y comunidades, para lo cual se confeccionaron planos del territorio y fueron reglamentadas las comunidades. Esta normativa sirvió de antecedente a la Ley de Comunas de 1937 que aspiraba a proteger los intereses indígenas. Asimismo, el Código del Trabajo en 1938, reconoció en un capítulo la especificidad de las relaciones laborales que regían en las haciendas de la sierra y la costa, dando un espacio para la negociación de las relaciones de trabajo en los sectores rurales. En la década de los 50, los datos proporcionados por el primer censo agropecuario daban cuenta que la estructura agraria en la sierra había quedado conformada por una propiedad latifundista concentrada en una pocas explotaciones y una gran masa de minifundios que en 1954 representaban el 81,7% del total de explotaciones (Vega, en Debate N° 55).

Para hacer frente a esta situación se dictaron dos leyes de reforma agraria en los años 1964 y 1974, respectivamente. El proceso de reforma agraria estuvo a cargo del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización (IERAC) y pretendió poner término al latifundio, redistribuir las tierras agrícolas bajo criterios de equidad social y productividad acorde a los intereses generales del país y responder a la

demanda indígena que instaba por el reconocimiento de sus tierras ancestrales. Sin embargo, la tendencia al fraccionamiento de la pequeña propiedad subsiste y, a pesar de existir disponibilidad de tierras en las haciendas la reestructuración de la misma, no ha sido el mecanismo de acceso a la tierra del campesinado indígena (Guerrero, en Debate N° 62).

Las leyes de reforma agraria antes citadas no lograron tener efectos redistributivos favorables para los pequeños propietarios persistiendo la tendencia al incremento del minifundio, sobre todo en los territorios indígenas de la sierra –cantón Cotacachi y provincia de Chimborazo– producto de la presión demográfica y de la demanda del mercado de tierras. A partir de los años 80, los conflictos por la tierra se intensificaron, sumándose a ellos los conflictos por el agua y los hidrocarburos. La política de distribución de la tierra, según lo ha declarado el mismo Gobierno, está basada actualmente en los principios del mercado libre conforme al sistema económico neoliberal imperante en el Ecuador (Comisión Interamericana de Derechos Humanos IIDH, OEA, 1997).

Los pueblos indígenas del Ecuador, en los últimos decenios, han redefinido su relación con el Estado y también con el resto de la sociedad civil. Para ello han creado una red de organizaciones representativas, a nivel local, regional y nacional. Las organizaciones indígenas más representativas de los pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador son las siguientes: la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y sus filiales territoriales que corresponden a la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENIAE), la Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador (ECUARUNARI), en la Sierra, y la Confederación de Nacio-

nalidades Indígenas de la Costa Ecuatoriana (CONAICE). Otras organizaciones indígenas representativas son la Confederación Nacional de Organizaciones Indígenas y Negros (FENOCIN), la Federación Ecuatoriana de Indígenas Evangélicos (FEINE) y la Federación Ecuatoriana de Indígenas (FEI) (Coronel, 2005).

Uno de los objetivos estratégicos de CONAIE ha sido modificar la Constitución para los efectos de que se reconozca al Ecuador como Estado plurinacional. Así, el movimiento indígena logró introducir en las enmiendas constitucionales de 1995 una modificación a la definición del Estado a fin de que el Ecuador sea ahora reconocido como pluricultural y multiétnico, se reconozcan constitucionalmente a los diferentes pueblos y culturas indígenas del país y, asimismo, se reconozca el *kichwa* y otras lenguas indígenas dentro de sus respectivas áreas de uso, declarándose que forman parte de la cultura nacional (CIDH OEA, 1997).

Paralelamente, las organizaciones indígenas del Ecuador han promovido su participación en las estructuras de gobierno, haciendo uso de recientes reformas legales que permiten que candidatos independientes se postulen a cargos electivos. Las organizaciones indígenas empezaron por primera vez a participar en forma coordinada en la política local y nacional en las elecciones de 1996. Los pueblos, organizaciones indígenas y otras formas asociativas propias, incluyendo los sindicatos, se unieron para formar un movimiento político denominado *Pachakutik* que obtuvo un importante número de escaños parlamentarios a nivel local y nacional¹³³. La repre-

133 Según Anrango (agosto 2005), ya desde 1980 algunas organizaciones indígenas incursionan en la política con candidatos propios, fundamentalmente aliados a partidos de izquierda.

sentación de los candidatos de *Pachakutik* en el Congreso alcanzó a 82 miembros, y el Presidente del CONAIE, el abogado Luis Macas, fue elegido como uno de los doce diputados nacionales (CIDH-OEA, 1997).

Recientemente, el movimiento Pachakutik fue partícipe de una experiencia de co-gobierno con el renunciado presidente Lucio Gutiérrez. Si bien esta fue una experiencia frustrada, representó un caso relevante de participación política del movimiento indígena el que logró posicionar ministros, alcaldes, prefectos, en síntesis, más de 500 cuadros indígenas en puestos políticos de dirección. Además, permitió el acceso y control de ciertos espacios de la institucionalidad pública, por parte del movimiento indígena, como fueron: la Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB), el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) y la Dirección Nacional de Salud Indígena (Coronel, 2005).

4.2. Marco jurídico de los derechos humanos e indígenas

La actual Constitución del Ecuador se encuentra vigente desde 1978, y ha sido objeto de diversas enmiendas¹³⁴.

134 La Constitución ecuatoriana, vigente desde 1978, ha sufrido las siguientes reformas y codificaciones:

- 15 de enero de 1978, se expide la actual Constitución;
- La Codificación de las reformas introducidas al texto constitucional en los años 1980 y 1983, fue publicada en el R.O. 763, del 12 de junio de 1984;
- La Codificación de las reformas de 1992, fue publicada en el R.O. 183 de 5 de mayo de 1993.
- La Codificación de las reformas de 1995 y 1996, fue publicada en el R.O. 969, de 18 de junio de 1996;
- La Codificación de las reformas de mayo, junio, julio, septiembre y noviembre, de 1997; enero de 1998; las disposiciones transitorias de febrero de 1998; y, asimismo, las reformas de julio de 1998, fueron publicada en el R.O. N° 1, de 11 de agosto de 1998 (Coronel, 2005).

En lo que respecta a la protección constitucional de los derechos y libertades del Individuo, las reformas constitucionales adoptadas en los últimos años han profundizado y mejorado el régimen para su reconocimiento y protección. En las disposiciones constitucionales que tratan de los derechos y deberes del individuo, ha quedado establecido que “*el más alto deber del Estado*” es respetar y hacer respetar los derechos humanos garantizados en el texto constitucional. Se trata de un principio general que sustenta la democracia ecuatoriana y que ha quedado consignado en el artículo 16¹³⁵. A su vez los individuos tienen el deber de respetar los derechos de sus compatriotas, así como de fortalecer la unidad nacional y promover el bien común. Todas las garantías constitucionales tienen plena vigencia y pueden invocarse ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública. El Estado garantiza a todas las personas bajo su jurisdicción el pleno y libre ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que han sido establecidos por las declaraciones, convenciones y demás instrumentos internacionales vigentes.

Además de la función del poder judicial para la protección de los derechos, el Congreso Nacional tiene asignada también una tarea en la vigilancia de la situación de los derechos humanos en el país. Conjuntamente, las enmiendas constitucionales de 1996 establecieron la Oficina del Defensor del Pueblo para la promoción y defensa de los derechos humanos como se analizará posteriormente en detalle.

La protección de los derechos humanos se ha visto reforzada con la ratificación por Ecuador de las convenciones internacionales más importantes sobre la materia, tanto aque-

135 Codificación de 18 de junio de 1996.

llas del sistema de Naciones Unidas¹³⁶, como del sistema interamericano de derechos humanos¹³⁷. También Ecuador ratificó el Convenio 169 de la OIT, mediante resolución Legislativa sin número, publicada en Registro Oficial 304 de 24 de abril de 1998, ratificado el 30 de abril de 1998.

La Constitución Política reconoce al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico¹³⁸. Se compromete a fomentar la interculturalidad, así como a fortalecer la unidad nacional en la diversidad e igualdad cultural¹³⁹.

136 Entre los instrumentos internacionales de la ONU sobre derechos humanos ratificados por Ecuador a enero de 2004 figuraban la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951); y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) (Fuente: Instituto del Tercer Mundo, en <http://www.socwatch.org.uy/es/fichasPais/144.html>). A ellos se agregan los tratados internacionales mencionados en la Declaración del Milenio suscrita por los jefes de Estado de la ONU el 2000, incluyendo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998); la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (1997); el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales (1996); el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997, aún sin vigor); la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992); y la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África. (1994) (en <http://www.socwatch.org.uy/es/fichasPais/144.html>. 2).

137 Entre estas se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; el Protocolo de San Salvador 1988; la Convención Americana relativa a la Abolición de la Pena de Muerte 1990; la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura 1985; y la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, 1994 (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de progresos en derechos humanos*, CD, s.f.). Las convenciones de la OIT ratificadas por Ecuador incluyen las N°s 87, 98, 105, 100, 111, 138 y 182.

138 Artículo 1, Constitución Política Ecuador.

139 Artículo 62, Constitución Política Ecuador.

Las enmiendas constitucionales de 1996 y 1998 otorgan a los indígenas del Ecuador la categoría de pueblos. Dispone la Constitución que: “Los pueblos indígenas que se autodefinan como nacionalidades de raíces ancestrales..., forman parte del Estado ecuatoriano, único en indivisible”¹⁴⁰.

En su artículo 84 el mismo texto constitucional consagra un estatuto específico de derechos a favor de los pueblos indígenas que reconoce derechos territoriales, derechos culturales, derecho a la consulta, derecho a conservar sus formas tradicionales de organización y autoridades, derecho a mantener sus asentamientos ancestrales y a no ser desplazados y, finalmente derechos sociales y económicos.

Derechos indígenas en la Constitución Política de Ecuador

Artículo 84

El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos los siguientes derechos colectivos:

- 1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.*
- 2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar de utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.*
- 3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.*

¹⁴⁰ Artículo 83, Constitución Política Ecuador. Codificación de 18 de junio de 1996.

4. *Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*
5. *Ser consultados sobre planes y programas de prospección, y explotación de los recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.*
6. *Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.*
7. *Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de autoridad.*
8. *A no ser desplazados como pueblos, de sus tierras.*
9. *A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo, conforme a la ley.*
10. *Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.*
11. *Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.*
12. *A sus sistemas conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.*
13. *Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.*
14. *Participar mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.*
15. *Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.*

Para proscribir conductas racistas y xenofóbicas en la sociedad ecuatoriana se ha establecido una serie de normas que prohíben la discriminación y promueven el pluralismo, según se desprende de los artículos 4, 17, 23, 67 y 81 del texto constitucional. En materia de participación, y sin perjuicio de las normas específicas de consulta que se analizarán en los párrafos siguientes, la Ley Especial de Descentralización, establece lo que se ha denominado “Principio de Participación Social” que, según lo establecido en la norma correspondiente, exige que la participación social se sustente en los principios de democracia, equidad social y de género, pluralismo, respeto y reconocimiento a los valores de los pueblos indígenas, negros y más grupos étnicos¹⁴¹.

En materia de derechos sobre tierras y recursos naturales, la Constitución instaura un régimen de protección de las tierras comunales indígenas. El Estado reconoce y garantiza a los pueblos indígenas, el derecho a conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Las tierras comunitarias estarán exentas del pago del impuesto predial. El Estado se compromete en favor de los pueblos indígenas a mantenerlos en la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley¹⁴².

La Ley de Desarrollo Agrario de 1997 da protección a las tierras, que siendo propiedad del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA), sucesor del Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización (IERAC)¹⁴³, se destinen

141 Artículo 6, la Ley Número 27, Ley Especial de Descentralización del Estado R.O. 169, promulgada el 8 de octubre de 1997.

142 Artículo 8, numeral 3, Constitución Política Ecuador.

143 Instituto Nacional de Desarrollo Agrícola, reformado posteriormente y codificado el 2004.

al desarrollo de las poblaciones indígenas, legalizándolas mediante adjudicación gratuita a las comunidades o etnias que han estado en su posesión ancestral¹⁴⁴.

Los pueblos indígenas del Ecuador tienen, por mandato constitucional, el derecho a no ser desplazados como pueblos de sus tierras¹⁴⁵.

En materia de derechos sobre recursos naturales, la Ley Forestal de Conservación de Áreas Naturales y de la Vida Silvestre consagra un derecho preferente a favor de los asentamientos indígenas localizados en las áreas de bosques productores del Estado, disponiendo que los recursos forestales que allí existan sean aprovechados exclusivamente por dichos asentamiento indígenas, previas las autorizaciones legales¹⁴⁶.

Asimismo, se establece el derecho exclusivo de las comunidades aborígenes para el aprovechamiento de productos forestales –diferentes de la madera– y de la vida silvestre en las tierras de su dominio o posesión¹⁴⁷.

Respecto a los derechos indígenas sobre los recursos pesqueros, se autoriza la pesca de subsistencia con el uso de sistemas tradicionales para ese tipo de actividad por parte de etnias y comunidades indígenas¹⁴⁸.

La Constitución del Ecuador contempla además la consulta a los pueblos indígenas respecto de la prospección y explotación de recursos no renovables, que se hallen en sus

144 Artículo 38, Ley 55 de 1997.

145 Artículo 84, Constitución Política Ecuador.

146 Artículo 36, Ley 74 (1981).

147 Artículo 38, Ley 74 (1981).

148 Artículo 89, Ley 74 (1981).

tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente. Asimismo, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y a recibir indemnizaciones en caso de perjuicio¹⁴⁹.

El Decreto Ejecutivo No. 3401. R.O. 728, promulgado el 19 de Diciembre del 2002, reglamenta la consulta y participación de los pueblos indígenas para la realización de actividades hidrocarburíferas. El artículo 10 exige la consulta previa de ejecución a pueblos indígenas. El objeto de la consulta previa de ejecución a pueblos indígenas de contar previamente con los criterios, comentarios, opiniones y propuestas de las comunidades indígenas y afroecuatorianas que se encuentren en el área de influencia directa del proyecto, sobre los impactos socio-ambientales positivos y/o negativos específicos que pueda causar la realización de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, así como determinar las medidas socio-ambientales de prevención, mitigación, control, compensación y rehabilitación relacionadas con los impactos socio-ambientales negativos, así como de impulso a los impactos socio-ambientales positivos. De ser técnica y económicamente viables y legalmente procedentes, estos se incorporarán en el Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental, incluido el Plan de Relaciones Comunitarias.

4.3. Reconocimiento del derecho consuetudinario y el acceso de los indígenas a la justicia

Una mención especial cabe hacer en relación al reconocimiento en Ecuador del derecho consuetudinario indígena o del derecho indígena, así como en general al acceso

149 Artículo 84 Constitución Política de Ecuador.

de los pueblos indígenas a la justicia estatal en el ordenamiento jurídico de este país. Este derecho se encuentra reconocido en la Constitución Política de la República en los artículos 84 y 191, respectivamente. A través de estos preceptos, se reconoce el derecho colectivo de los pueblos indígenas a conservar y desarrollar sus formas de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad, con pleno respeto a la Constitución, las leyes, al orden público y a los derechos humanos¹⁵⁰. En este marco, se autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución, y las leyes. Dispone el texto constitucional, que La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional¹⁵¹.

El reconocimiento de la existencia de este derecho, así como el deber de la justicia estatal de considerarlo, se vio fortalecido con la ratificación en 1998 del Convenio 169, el que en los artículo 1, 8, 9 y 10 insta a los Estados a reconocer la plena vigencia del derecho consuetudinario o derecho indígena para la aplicación de la legislación nacional a los pueblos indígenas, para el juzgamiento de sus miembros y para la transmisión de sus derechos a la tierra.

Para garantizar el acceso de los indígenas a la justicia estatal, la legislación ecuatoriana contempla una serie de normas que, considerando la garantía constitucional al debido proceso, imponen a los órganos jurisdiccionales la obligación de proveer de una adecuada defensa jurídica a las comunidades indígenas y de la asistencia de un intérprete en

150 Artículo 84, Constitución Política del Ecuador.

151 Artículo 191, Constitución Política del Ecuador.

lengua vernácula cuando sea necesario para la adecuada comprensión de sus derechos. Este derecho está contemplado en el artículo 24 de la Constitución Política; en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por Decreto Supremo 1883, de Octubre 21 de 1977, ratificada el 27 de octubre de 1977; por el artículo 12 del Convenio 169; y, por el Código de Procedimiento Penal, artículo 13 y 121, Ley s/n R.O. 360 de 13 de enero del 2000.

El mismo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 68 N° 5, reconoce como sujeto de amparo penal a los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

No obstante estas garantías, los pueblos indígenas parecen desconfiar de la justicia estatal. Ello en razón de que las personas, familias y comunidades indígenas no tienen acceso a la justicia ordinaria con dignidad y respeto a su cultura. Ello se agrava si se tiene en consideración la situación de pobreza y la distancia desde sus comunidades a las ciudades donde se encuentran las autoridades. A juicio de Anrango (2005), los indígenas son objeto de engaño y discriminación por su condición de tales y de pobres. Por tanto, la mayoría de las bases comunitarias indígenas, no acuden a las autoridades a presentar o solicitar su intervención para solucionar sus múltiples problemas e injusticias. Muchos hechos de violación a sus derechos, han quedado en el silencio e impunidad. Los derechos de los pueblos indígenas no se cumplen¹⁵².

Un estudio efectuado por FLACSO en Ecuador da cuenta que los indígenas recurren alternativamente al sistema jurídico ancestral y al estatal para la solución de sus conflictos o problemas. Existe, no obstante, una creciente pérdida de

152 Anrango, Luis Alberto, DINAPIN, agosto 2005, comunicación escrita al autor.

confianza al sistema estatal que se funda en la corrupción de los funcionarios judiciales y abogados; el excesivo costo de los procedimientos judiciales; la falta de una justicia que mida a todos con la misma vara; la burocracia y lentitud de los trámites; la modalidad escrita de los procedimientos y el uso hegemónico del castellano; la lejanía de los tribunales para quienes viven en los territorios indígenas, alejados de los centros urbanos; el trato discriminatorio y racista y, sobre todo, se concluye, el desconocimiento de la vida y la realidad de los comuneros indígenas (García, en García ed. 2002).

Se constata, además, que la tendencia es a impulsar mecanismos de resolución interna de conflictos y, de esta forma, rescatar la identidad y costumbres propias de los pueblos indígenas. Es así como a través del estudio fueron identificados los casos de las comunidades indígenas de San Francisco de Chivuelo y La Compañía, las cuales a través de una reglamentación interna han prohibido e incluso sancionado a comuneros que recurren a la justicia estatal (Saltos, en García ed. 2002). A pesar de lo expresado, se advierte que es frecuente recurrir a la justicia estatal cuando la instancia comunitaria ha sido lenta o no ha dado solución satisfactoria a los conflictos o, asimismo, cuando el caso involucra a personas que no son de origen indígena, lo que obliga a los indígenas a someterse a la jurisdicción estatal.

Estas circunstancias denotan la vigencia alternativa de dos sistemas jurídicos, lo que impone un reto a la articulación de ambos en un contexto de pluralismo jurídico que permita, en caso necesario, la debida complementariedad entre la justicia estatal y la justicia indígena.

4.4. La Defensoría del Pueblo del Ecuador

4.4.1. Antecedentes de su creación

Fue sólo a fines de la década de los 90 que se instala el debate en torno al establecimiento de un *Ombudsman* o Defensor del Pueblo en la comunidad política ecuatoriana. Antes, según constata la Comisión Andina de Juristas, no existen mayores antecedentes de instituciones que en el plano interno haya formulado propuestas en torno a la institución del Defensor del Pueblo (Comisión Andina de Juristas, 1996).

No obstante, ha existido en la tradición jurídica del Ecuador una entidad denominada “Tribunal de Garantías Constitucionales”, instaurado por la Constitución Política en 1978 que, en el parecer de algunos, habría actuado como una especie de *Ombudsman* de composición colegiada (Comisión Andina de Juristas, 1996).

En 1978, el ejecutivo elaboró un proyecto de reforma constitucional que proponía el establecimiento del Defensor del Pueblo, cuyo objeto era proteger los derechos constitucionales y el derecho a una pronta y eficiente atención de la administración pública. El proyecto sustraía de la competencia de la Defensoría los casos que se tramitaban en la instancia judicial y que estaban pendiente de resolución y los reclamos que se formulaban en el tribunal electoral por actuaciones de los organismos de sufragios. Conforme a dicho proyecto correspondía a la Corte Suprema de Justicia elegir al Defensor de una terna que proponía el Ejecutivo. La nominación duraba 4 años pudiendo ser reelecto. Este proyecto fue rechazado por la ciudadanía en el proceso de consulta popular años más tarde en noviembre de 1995, oportunidad en que un proyecto de reforma constitucional fue rechazado en su totalidad (Comisión Andina de Juristas, 1996).

El Congreso por su parte también formuló iniciativas que precedieron el establecimiento del *Ombudsman* en Ecuador. En septiembre de 1994 el Diputado Marcelo Dotti presentó al Congreso un proyecto de reforma constitucional¹⁵³ que introducía la figura del *Ombudsman*, usando la nomenclatura del “*Procurador de Derechos Humanos*”. La función asignada al Procurador era la de proteger los derechos constitucionales y supervisar a la administración pública. El proyecto disponía que el Congreso elegiría al Procurador por un período de cuatro años, de una terna enviada por la Corte Suprema (Comisión Andina de Juristas, 1996).

Otro diputado, Fabián Alarcón Rivera, formuló una propuesta de Ley que innovaba respecto a la propuesta Dotti estableciendo que el titular sería elegido con el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso nacional entre los postulantes propuestos por los legisladores y por los diversos actores de la sociedad civil (Comisión Andina de Juristas, 1996).

Finalmente, el Congreso aprobó en 1996 un proyecto de reforma a la Constitución que en su artículo 7 consagraba los derechos y libertades fundamentales e introducía la figura de la “Defensoría del Pueblo”. Dicho proyecto disponía que el Defensor debería ser elegido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de sus miembros y que en el ámbito de su competencia está encargado de promover y patrocinar los recursos de hábeas corpus y amparo de las personas que lo requieran; defender la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; y ejercer las demás funciones que le asigne la ley (Comisión Andina de Juristas, 1996).

153 N° II-94-130.

Ese proyecto fue vetado por el Ejecutivo¹⁵⁴. A pesar de ello el texto fue aprobado por el Congreso en el segundo bloque de reformas constitucionales, publicadas en el Registro Oficial N° 863, el 16 de enero de 1996 (Comisión Andina de Juristas, 1996).

4.4.2. Naturaleza y competencia de la Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo fue creada mediante disposición del artículo 29 de la Constitución Política de la República que rigió hasta el 10 de agosto de 1998. En la actualidad se encuentra institucionalizada mediante disposición del artículo 96 de la Constitución Política del Ecuador y, conforme a esta normativa está facultada para promover o patrocinar el *Hábeas Corpus* y la acción de amparo de las personas que lo requieran. A petición de parte, puede patrocinar el *Hábeas Data*; defender y promover la observancia de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, fiscalizar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás atribuciones que le asigne la ley. De acuerdo a la Constitución, la nominación del Defensor del Pueblo corresponde al Congreso Nacional y es adoptada con el voto de dos tercios de sus miembros (artículo 3).

La Defensoría del Pueblo es una institución de derecho público que se administra con autonomía frente a los poderes legislativos, ejecutivo y judicial. Su regulación normativa fue realizada mediante la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, promulgada en R.O. N° 7, del 20 de febrero de 1997.

154 Oficio N° 95-6737-DAJ-T.1444- C. 2 de 10 de marzo de 1995.

Con el objeto de garantizar la independencia en el ejercicio de sus funciones, la Ley Orgánica declara la autonomía funcional, económica y administrativa de la Defensoría del Pueblo (artículo 1).

A la Defensoría del Pueblo corresponde, entre otras tareas, la de velar por la vigencia y cumplimiento de los derechos fundamentales individuales y colectivos, garantizados por la Constitución, leyes y tratados internacionales ratificados por Ecuador (artículo 2 [b]); velar por el debido proceso, en el caso de quejas sometidas a resolución judicial o administrativa (artículo 18); informar sobre ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos y velar por su cumplimiento (artículo 8 [m]); y proteger los derechos humanos de los ecuatorianos que están en el extranjero (artículo 8).

Para el cumplimiento de este mandato se le asignan a la Defensoría las siguientes funciones:

Función educativa: La Defensoría tiene un mandato expreso para promover capacitación, difusión y asesoramiento en derechos humanos, ambientales y de patrimonio cultural. Para efectos de llevar adelante esta tarea deberá utilizar los espacios de comunicación y difusión que le asigne el Estado (artículo 8 [h]).

Función investigativa: La Defensoría, de oficio o a petición de parte, podrá iniciar y proseguir investigaciones para esclarecer violaciones a derechos humanos (artículo 13). Para el efectivo cumplimiento de su función investigativa, la Defensoría podrá requerir de las autoridades públicas y privadas relacionadas con la investigación que le suministren toda la información que estime pertinente para el éxito de la investigación (artículo 21). Estas entidades investigadas, están

obligadas a proporcionar asistencia técnica el Defensor, durante sus visitas indagatorias, quien a la vez está facultado para citar a cualquier persona a rendir testimonio (artículo 22). El Defensor está facultado para efectuar visitas periódicas a los Centros de Rehabilitación Social, Recintos Policiales y Militares para comprobar respeto a los derechos humanos (artículo 8 [i]).

Función de procuraduría o legitimación activa: Comprobados los fundamentos de la queja, el Defensor promoverá los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución (artículos 16 y 20).

Función mediadora: Mediar en caso de conflictos entre personas jurídicas y organizaciones populares y la administración pública (artículo 8 [f]).

Función de iniciativa normativa: Presentar proyectos de ley, en representación de la iniciativa popular (artículo 8 [j]).

En cuanto a la modalidad de su actuación, la Defensoría del Pueblo actúa promoviendo recursos o acciones que impidan situaciones de daños y peligros graves, susceptibles de vulnerar derechos fundamentales. Estas decisiones del Defensor son vinculantes para las autoridades de la administración que deben conocer de estos recursos o pronunciarse sobre estas acciones (artículo 16 y 20).

Si el requerido se niega a entregar información o a colaborar con la gestión del Defensor incurre en desacato y, en caso de tratarse de un funcionario público, puede ser sancionado con multa de uno a diez salarios mínimos vitales hasta la destitución, previo sumario administrativo, lo que no

excluye acción penal y civil (artículo 23). Si son particulares y tienen responsabilidades civiles y penales, el Defensor interpondrá las acciones correspondientes (artículo 24).

En cuanto al procedimiento de reclamación, para presentar queja sólo se requiere interés legítimo (artículo 14). Se admite cualquier medio de prueba conforme a derecho (artículo 19). Se notifica a los presuntos responsables para que contesten en 8 días prorrogables por 8 más, si no contesta se asume como aceptada la queja (artículo 19). Si el Defensor encuentra fundamentada la queja, promoverá los recursos u acciones correspondientes (artículo 24).

La Defensoría del Pueblo cuenta con diversas Direcciones que apoyan la gestión del Defensor. Entre estas destacan la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de la Mujer, la Niñez y la Adolescencia; la Dirección Nacional de los Derechos de la Tercera Edad y los Discapacitados; la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario; la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Afroecuatorianos; y la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DINAPIN).

La Ley de la Defensoría dispone además que en cada provincia del Ecuador existirá una representación de la Defensoría a cargo de un comisionado (artículo 10, a través de las cuales se promueve la descentralización funcional del organismo).

4.4.3. Acciones de la Defensoría en materia de derechos indígenas en Ecuador

Una de las primeras acciones de la Defensoría en materia de derechos de los pueblos indígenas, fue la creación de la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos

Indígenas (DINAPIN). La DINAPIN se crea mediante Resolución No. 039 del 10 de Diciembre de 1998, expedida por el Defensor del Pueblo Dr. Milton Alava Ormaza y reformada mediante Resolución No. 023 del 20 de septiembre de 2000, por del Dr. Claudio Mueckay Arcos. La DINAPIN, inicia sus funciones como tal, a partir del 2 de enero de 2001.

La misión de la DINAPIN, de acuerdo a su Director Nacional Luis Alberto Anrango, sería: “promocionar y defender los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, a través de las acciones e interposición de los recursos contemplados en la Constitución Política de la República” (Anrango, 2005).

Esta Dirección nace como respuesta a la diversidad étnica y cultural del Ecuador y para que los pueblos indígenas tengan la posibilidad concreta de contar con una entidad que defienda sus derechos. Para el cumplimiento de su misión la Dirección se enmarca en las normas constitucionales, los convenios y los tratados internacionales y sobre todo en el respeto de las características propias de la administración de justicia indígena consuetudinaria.

En cuanto a su visión, la DINAPIN procura “el permanente respeto de los derechos humanos individuales y colectivos, tomando en cuenta la diversidad cultural y étnica, para que los pueblos indígenas estén libres de los abusos, maltratos, autoritarismo y convivan en una sociedad de equidad, igualdad, democracia e intercultural” (Anrango, 2005).

En el período inicial de existencia de la DINAPIN los esfuerzos se orientaron a la apertura de oficinas, el establecimiento de relaciones y contactos con las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador, así como con las demás

direcciones nacionales y comisiones provinciales y ONG's de derechos humanos. Dado que los indígenas no concurrieron inicialmente a presentar sus quejas y denuncias a la DINAPIN se optó por salir a provincias. De esa experiencia se concluyó que las comunidades no conocían de la existencia y misión de la DINAPIN, no conocían sus derechos, expresados, y que la distancia de las comunidades con las provincias y capital y el temor a las autoridades blanco-mestizos y a otra cultura les impedía acercarse ella.

Es por ello que la DINAPIN propone como alternativa la idea de que cada nacionalidad, pueblo u organización indígena, nombrase democráticamente a su defensor indígena. De allí se genera la propuesta "*Construyendo el Poder en las Bases Comunitarias para la Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Paz y el Desarrollo Sustentable*", la que es presentada a la Fundación Esquel, al Fondo Justicia y Sociedad y a USAID, quienes deciden apoyar esta iniciativa. La propuesta es presentada a los pueblos indígenas los que a través de sus dirigentes deciden participar en este proyecto de DINAPIN. En el marco de este proyecto, cuarenta jóvenes, entre hombres y mujeres son los elegidos, por cada una de las nacionalidades, pueblos y organizaciones indígenas capacitados por la DINAPIN (Anrango, 2005).

Estos cuarenta defensores y promotores de derechos indígenas han jugado hasta ahora un rol crucial en las tareas de DINAPIN. Junto con presentar informes mensuales a DINAPIN sobre sus actividades, desarrollan acciones especialmente en lo que es mediación de conflictos al interior de sus comunidades; vigilancia para el cumplimiento de los derechos individuales y colectivos; apoyo al fortalecimiento de sus comunidades, organizaciones y nacionalidades indígenas del Ecuador (Anrango, 2005).

El proyecto mencionado se firmó el 10 de diciembre del 2002, y tuvo un período de ejecución de un año, 4 de marzo del 2003 hasta el 4 de marzo de 2004. A partir de marzo del 2004 hasta la fecha, el proyecto ha continuado sus actividades, especialmente las relacionadas con el programa de formación y capacitación, diseñado por Jacqueline Coronel Simancas, Coordinadora Técnica Académica del Proyecto. En esta nueva etapa el proyecto ha sido financiado por la Fundación Konrad Adenauer de Ecuador. El apoyo de la Fundación Konrad Adenauer ha permitido concluir la primera etapa del programa de capacitación e iniciar la segunda, que se ejecutará a partir del mes de junio del 2005. El énfasis estará en la capacitación de técnicas de mediación, para lo cual se trabajará en base a las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación, como también de acuerdo a las normas consuetudinarias vigentes al interior de las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador. Además, el proyecto contará con la colaboración y aval académico de la Universidad San Francisco de Quito (Coronel, 2005).

Algunas de las actividades desarrolladas por la DINAPIN agrupadas por las principales funciones defensoriales son las siguientes:

i. Función de investigación

De acuerdo a informaciones proporcionadas por su Director Nacional, en el período 2001-2005, la DINAPIN ha atendido un promedio de 50 casos anuales, la mayor parte por denuncias o quejas (DINAPIN, Anrango, 2005).

Entre los casos más significativos para los derechos indígenas que parece relevante destacar aquí están los siguientes:

- El caso de la comunidad *kichwa* de Sarayacu

La comunidad *kichwa* de Sarayacu, forma parte de la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza, OPIP. Dicha

comunidad formuló queja ante la Defensoría, exponiendo la grave situación que la afecta por las acciones de la Compañía Petrolera C.G.C. que pretende ejecutar actividades de extracción de hidrocarburos en sus territorios comunales, a pesar de la negativa de la comunidad.

Según lo expresado por los recurrentes esta compañía intenta ingresar por la fuerza al territorio indígena, utilizando diferentes estrategias tendientes a dividir a la comunidad y a las familias indígenas.

La comunidad solicitó al Defensor del Pueblo constituir una comisión interinstitucional que verificara las irregularidades cometidas por la compañía en su territorio. Según lo informado por DINAPIN, la Defensoría tras verificar la situación acogió la queja y pronunció una declaración defensorial, mediante la cual declaró a esta comunidad bajo su protección de conformidad a las facultades que le otorga el Art. 96 de la Constitución Política de la República del Ecuador (Anrango, 2005).

Coincidiendo con la resolución de la Defensoría, con fecha 5 de mayo del 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó medidas cautelares a favor de la comunidad de Sarayacu (DINAPIN, Anrango, 2005)¹⁵⁵.

Las referidas medidas cautelares instan al Estado Ecuatoriano a:

Adoptar todas las medidas que considere necesarias para asegurar la vida y la integridad física, psíquica y moral de los miembros de la comunidad indígena de Sarayacu

¹⁵⁵ Dicha medida se sujeta al Reglamento de la Comisión Interamericana en su Art. 25, la misma que está vigente en el país conforme al Art. 18 de la Constitución Política del Ecuador.

y de las niñas y niños que podrían estar siendo objeto de amenazas o amedrentamientos por parte del Ejército o de civiles ajenos a la comunidad. Investigar los hechos ocurridos el 26 de enero de 2003 en el “Campo de Paz y Vida Tiutihualli” de la comunidad de Sarayacu y sus consecuencias; juzgar y sancionar a los responsables. Adoptar las medidas necesarias para proteger la especial situación de la Comunidad Sarayacu con su territorio (DINAPIN, Anrango, 2005).

Posteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también adoptó medidas provisionales a favor de la comunidad de Sarayacu.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, de cara a la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por solicitud de los dirigentes de la comunidad Sarayacu cumplió con su deber de exigir al Estado, el cumplimiento de estas medidas cautelares, cuya vigencia es de 6 meses (Anrango, 2005).

- **Caso *Jatun Ayllu***

La Defensoría acogió la queja formulada por la Unión de Organizaciones Indígenas *Jatun Ayllu* que agrupa a trabajadores indígenas inmigrantes y residentes en la ciudad de Quito. La queja tenía por el objeto solicitar la mediación de la Defensoría para que los comerciantes indígenas pudiesen desarrollar sus actividades en el marco del respeto a las normas instituidas y en coordinación con las autoridades municipales del Distrito Metropolitano de Quito.

Con la mediación de la Defensoría, el 3 de julio del 2002 se suscribió un Acuerdo entre el Municipio y la Organización *Jatun Ayllu* en el que se convino lo siguiente:

El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito a través del señor Alcalde, se compromete a suspender los desalojos y operativos que se viene efectuando en contra de los comerciantes indígenas en las áreas que se fijan de común acuerdo entre los comparecientes... además, el Municipio asume el compromiso de buscar sitios donde se construirán los futuros centros comerciales. Igualmente, en el numeral 12 del Protocolo de Ejecución firmado el 18 de septiembre del mismo año, el Municipio se compromete a ratificar su voluntad de respetar los Derechos Humanos de los miembros de esta Organización; como también a investigar y sancionar a los responsables de irregularidades e infracciones cometidas por los funcionarios y servidores municipales (Anrango, 2005).

Corresponde a la Defensoría del Pueblo hacer seguimiento y fiscalizar el cabal cumplimiento del acuerdo. Fue así como en agosto del año 2003, los dirigentes de Jatun Ayllu solicitaron al Defensor que instase al Sr. Alcalde a fin de que diera cumplimiento a los compromisos del Acuerdo, vulnerados por los señores policías y las Comisarías Municipales. El Defensor del Pueblo delegó al Director Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas para que hiciera seguimiento y vigilase el fiel cumplimiento del acuerdo alcanzado en este caso (Anrango, 2005).

- **Caso de la liberación del *shaman shuar* en Canadá**

Juan Uyunkar Tiutar, shamán de la nacionalidad *shuar*, procedente de la Amazonía ecuatoriana y su hijo Edgar Wenchatai Uyunkar, en calidad de auxiliar o ayudante de su padre, fueron detenidos en Canadá por las autoridades policiales mientras asistían a una ceremonia ritual indígena. Fueron acusados de ser los causantes de la muerte de la señora Jane Maiangowi, de 73 años de edad, quien supuestamente

bebió *ayahuasca* (bebida que utilizan los shamanes de la Amazonía) en una ceremonia cultural indígena, realizada el 19 de octubre del 2001, dentro del Programa de Intercambio del Saber Ancestral, organizada por los Pueblos de la Primeras Naciones de Canadá.

Los inculpados obtuvieron libertad provisional, previo pago de 10.000 dólares de fianza. Las gestiones para obtener la libertad provisional fueron realizadas por las mismas organizaciones indígenas de Canadá.

La Defensoría del Pueblo, por petición de la señora Rosa Pinchupá, esposa y madre, respectivamente, de los detenidos realizó gestiones para obtener la plena libertad de los inculpados. Las gestiones se realizaron a través de la DINAPIN, en coordinación con la Dirección General de Apoyo a los Ecuatorianos en el Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores. Efectivamente se alcanzó la plena libertad de los indígenas amazónicos, fundado en que actuaron haciendo uso de conocimientos y prácticas tradicionales de la medicina indígena, amparados en el Art. 84 Literal 12 de la Constitución Política del Ecuador (DINAPIN, Anrango, 2005).

- Caso de racismo contra presidente de la junta parroquial de San Pablo-Imbabura

El Dr. Alberto Morales Cotacachi, indígena *kichwa*, fue elegido por el Movimiento Político *Pachakutik*, como miembro de la Junta Parroquial de San Pablo del Lago, perteneciente al cantón Otavalo, provincia de Imbabura. A pesar de haber alcanzado la mayor votación, los partidos políticos de la mencionada parroquia, no le permitieron asumir sus funciones de Presidente de la Junta, por el hecho de ser indígena.

El señor Morales presentó su queja en la Defensoría del Pueblo, por lo que la DINAPIN intervino ante el Tribunal Electoral de Imbabura, pidiendo se cumpliera con la ley. Posteriormente, en enero de 2003 fue posesionado por parte del Tribunal Electoral de Imbabura como Presidente de la Junta Parroquial de San Pablo del Lago (DINAPIN, Anrango, 2005).

- **Protección de derechos indígenas en procesos de movilización política**

El Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) presentó el 2001 a la Defensoría del Pueblo (DDP) una denuncia en contra de los Ministros de Gobierno y de Defensa Nacional por impedir, a través de la fuerza pública, el ingreso de alimentos, vituallas e insumos en general al interior de la Universidad Politécnica Salesiana, donde se encontraban miles de indígenas, entre ellos mujeres, niños y ancianos. Se denunció que también fueron cortados los servicios de agua potable y teléfonos.

Este tipo de actividades de fuerza y violencia, sostuvo la institución denunciante, no se ha visto ni siquiera en países que están enfrentados a conflictos bélicos. Con estas acciones, añade, se castiga y se hace tabla rasa de principios y garantías básicas del convivir democrático como son la libertad de expresión y la libertad de asociación. En la denuncia se argumenta que la acción de la fuerza pública viola los principios fundamentales de los indígenas que están amparados en la Constitución de la República, en la Ley de Defensa del Consumidor, así como en convenios y Pactos internacionales debidamente suscritos y ratificados por el Ecuador.

El CDES solicitó a la Defensoría del Pueblo disponer que las autoridades indicadas –Ministro de Gobierno y Ministro de Defensa– autorizaran de inmediato el ingreso a la Universidad Salesiana de todo lo que necesitaran los indígenas para su sustento diario, bajo prevención de ser sujetos de las acciones legales establecidas en la Ley de Defensa del Consumidor.

El Defensor del Pueblo acogió la denuncia para someterla al trámite correspondiente; sin embargo, cursó de inmediato el oficio respectivo al Ministro de Gobierno para que se respetasen los derechos humanos, y dispuso que se trasladasen a la Universidad Salesiana el Director Nacional de los Pueblos Indígenas de la DDP, para que vigilara su cumplimiento (Defensoría del Pueblo, Quito, 1 de febrero del 2001. Boletín No 13).

ii. Función de promoción, información, educación y capacitación

- Justicia indígena y mediación

Se ha señalado el énfasis en que desde el inicio de sus actividades DINAPIN ha puesto en la conformación y capacitación de una red de cuarenta defensores de derechos indígenas, los que en el contexto del proyecto “Construyendo el Poder en las Bases Comunitarias para la Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Paz y el Desarrollo Sustentable“ han jugado un rol crucial en sus actividades en el mundo indígena. Ello, al desarrollar acciones especialmente en lo que es mediación de conflictos al interior de sus comunidades; vigilancia para el cumplimiento de los derechos individuales y colectivos; apoyo al fortalecimiento de sus comunidades, organizaciones y nacionalidades indígenas del Ecuador (Anrango, 2005).

En esta línea, la Defensoría ha apoyado el proyecto de mediadores indígenas que ejecuta la Unión de Organizaciones Campesinas Indígenas de Cotacachi (UNORCAC). Los mediadores indígenas han facilitado la aplicación de justicia en las comunidades, a través de la promoción de la justicia indígena y de mecanismos alternativos de solución de conflictos como la mediación. La UNORCAC ha desarrollado, con el apoyo de la Defensoría, labores de capacitación y difusión de la mediación en las comunidades indígenas del sector de Cotacachi. La capacitación y el conocimiento de las mismas comunidades indígenas sobre mediación son los ejes de acción del trabajo de la UNORCAC. A partir de dichos ejes se estructura un sistema de justicia más equitativo, fundado en las normas del derecho consuetudinario indígena (El Defensor, Enero-Febrero 2003).

Edwin Bustillos, Coordinador del Departamento Jurídico y de Mediación UNORCAC informa al Defensor que al proyecto de mediadores comunitarios están afiliadas 43 comunidades indígenas del cantón de Cotacachi, las que trabajan coordinadamente con el Departamento Jurídico y de Mediación de UNORCAC. El papel de los mediadores, señala, todavía no ha concluido respecto a su formación y capacitación. Nuestra preocupación es ampliar los conocimientos de los mediadores a través del intercambio de experiencias con otros sectores, saber qué se está haciendo respecto de la justicia indígena, para que puedan aplicar de forma más equitativa sus conocimientos, concluye. Entre las actividades de intercambio de experiencias propiciadas por la UNORCAC resalta la visita a la Dirección de Mediación de la Defensoría del Pueblo, en Quito, para observar la aplicación de la solución pacífica de conflictos, desde el punto de vista doctrinario, con base en la Ley de Mediación. Según Bustillos, los mediadores deben dialogar con la comunidad y las personas que aplican justicia indígena para que profundicen en sus conocimientos,

ya que es un derecho transmitido en forma oral, de generación en generación, para rescatar la aplicación de este tipo de justicia en forma más equitativa (El Defensor, Enero-Febrero 2003).

Otras acciones de promoción, difusión y capacitación

Junto a las anteriores destacan como actividades relevantes en este ámbito las siguientes:

- La realización en agosto de 2001, por iniciativa de la DINAPIN y con apoyo de la Representante del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en el Ecuador, del Primer Encuentro de Defensores Indígenas de la región Andina (Venezuela, Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador) y el acompañamiento de la Defensoría Indígena de Guatemala. Entre las conclusiones de este encuentro destacan:

- Los pueblos indígenas de la región andina, tienen una misma historia y geografía, los mismos que desde la llegada de los europeos y durante los diferentes periodos de los procesos políticos se han debatido en la pobreza, exclusión y discriminación, social, económico, político y cultural.
- En los Estados de la región, aun se mantiene esta situación de pobreza, exclusión y discriminación y sobre todo no se respetan ni se cumplen los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.
- Es necesario mantener la relación, coordinación y comunicación permanente, entre las diferentes instituciones que defienden los derechos de los pueblos indígenas, especialmente desde el interior de las Defensorías del Pueblo de cada país.

- Exigir a los Estados el respeto y cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas, para lo cual se realizará la debida promoción, difusión de los derechos en los diferentes medios de comunicación.
- Realizar el Segundo Encuentro Latinoamericano de Defensores Indígenas (Anrango, 2005).

- La organización, a petición de las nacionalidades y organizaciones indígenas, da cursos de capacitación sobre derechos individuales y colectivos, la labor institucional de la Defensoría y cuestiones relativas a la interculturalidad. Se han dictado cursos de capacitación al personal docente y a estudiantes de los Centros Artesanales y Ocupacionales de Imbabura en la ciudad de Ibarra; a la Unión de Comunidades Indígenas de Pedro Moncayo, UCCOPEN, Pichincha, en la ciudad de Tabacundo; a miembros de la Federación Nacional de organizaciones Campesinas Indígenas y Negras FENOCIN, comuneros de la Isla Puná, en la Costa ecuatoriana; miembros de las Comisiones de las Veedurías Sociales de los 5 cantones seleccionados, los mismos que se realizaron en Guamote, Chimborazo; Peguche, Imbabura; y Alausí, Chimborazo (Anrango, 2005).

- A ello se agrega la elaboración de material de difusión para pueblos indígenas. Es así como en el año 2002 se elaboraron calendarios con diseños propios y en lengua kichwa y, con apoyo de la Dirección Nacional de Comunicación, se elaboraron 1,500 trípticos institucionales de la DINAPIN sobre Pueblos Indígenas, en idioma kichwa (Anrango, 2005).

Finalmente, cabe señalar que de acuerdo a Anrango (2005), se firmará un convenio de cooperación entre la DINAPIN, la Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe DINEIB y el PNUD-ONU-Ecuador, para la difusión

de los derechos de los pueblos indígenas desde el currículum del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe. Este proyecto permitirá la capacitación y formación en el tema de los derechos individuales y colectivos a los supervisores y profesores de Educación Intercultural Bilingüe, dirigentes locales y la elaboración de manuales y materiales educativos¹⁵⁶.

iii. Función de mediación

Según lo informado por DINAPIN los casos más relevantes atendidos por la entidad en materia de mediación son los siguientes:

- **Los actos de violencia imputables a las “Juntas del campesinado”**

En las provincias de Cotopaxi, Chimborazo, Bolívar y Tungurahua existen unos grupos denominados las Juntas del Campesinado, quienes han sembrado terror en las poblaciones rurales y urbanas, por su forma de actuar o “hacer justicia”, mediante secuestros, torturas y desapariciones. Ante esta situación el Lic. Milton Olivares, Defensor Indígena y Promotor de los Derechos Humanos de la Asociación de Indígenas Evangélicos de Tungurahua AIET, luego de formular varias denuncias contra la acción de estas Juntas del Campesinado, logró que se reuniesen las autoridades provinciales de Tungurahua, convocadas por el Sr. Gobernador, para tratar este tema. La resolución adoptada en esta reunión fue que, las respectivas autoridades tomaran cartas en el asunto y arbitrasen medidas para detener el actuar ilícito de estas juntas y lograr su desaparición (Anrango, 2005).

¹⁵⁶ Anrango, Luis Alberto, comunicación escrita de agosto de 2005.

- **La intervención de territorios indígenas por parte de la Empresa Petrolera CGC**

La Empresa Petrolera CGC de Argentina, con autorización del Estado ecuatoriano y sin cumplir con la consulta previa a las comunidades involucradas, ingresó al Bloque 23 de la Amazonía, en la Provincia de Pastaza, donde habitan diversos pueblos indígenas como el caso de Sarayacu, Canelos y otros.

Frente a la oposición y rechazo de estos pueblos indígenas, la empresa reaccionó cometiendo muchas violaciones a los derechos colectivos e intentó realizar a la fuerza su exploración y explotación petrolera. Los afectados recurrieron al Sr. Defensor del Pueblo, quién emitió oportunamente una resolución destinada a proteger a la comunidad Sarayacu, lo que sirvió de base para que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos interviniese ante las autoridades ecuatorianas, exigiendo respeto y protección a Sarayacu (Anrango, 2005).

- **Acciones policiales arbitrarias contra vendedores ambulantes indígenas**

La Defensoría a través de DINAPIN atiende permanente a los vendedores ambulantes en la ciudad de Quito, ya que los policías metropolitanos, continuamente requisan sus productos o pertenencias.

Como se señaló precedentemente, existe un Convenio firmado entre el Sr. Alcalde de Quito y la Organización de Vendedores Ambulantes “*Jatun Ayllu*” en el que, el Municipio Metropolitano se comprometió a ubicar y construir espacios apropiados para sus ventas, lo que está en plena ejecución. La DINAPIN por mandato del Sr. Defensor del Pueblo, ha venido observando y vigilando el cumplimiento de estos Acuerdos (Anrango, 2005).

- **Asesinato de joven indígena en funciones de servicio**

El joven indígena *kichwa* Holger Guido Papa Aguinda, del cantón Loreto, provincia de Orellana, contratado por la compañía de Seguridad SEGUIN, fue asesinado por seis individuos desconocidos, mientras cumplía su trabajo en la Empresa Gaseosas Tropical, en la ciudad de Quito.

La DINAPIN acogió la queja formulada por los padres del joven e instó por un acuerdo indemnizatorio con la compañía SEGUIN y la Empresa Gaseosas Tropical. El acuerdo indemnizatorio consistió en una indemnización en dinero a los padres y el compromiso de la empresa Gaseosas Tropical de asegurar un trabajo permanente al padre en lugar del hijo.

- **Expulsión del empleo por discriminación racial**

El joven indígena del pueblo *sarakuro*, Angel Zozoranga Macas, quien laboraba en la Biblioteca Gonzalo Zuárez, del Fondo Quito del Centro Cultural Metropolitano, formuló queja ante la Defensoría argumentando que por discriminación racial fue ilegalmente suspendido de su trabajo.

La DINAPIN intervino en el caso, logrando que el quejoso recibiese la remuneración correspondiente a un mes de trabajo que se le adeudaba y que con ocasión del despido no había sido pagado.

- **Estafa a comunero indígena**

En la ciudad de Quito, en el mes de julio del 2004, comparecieron a la Defensoría del Pueblo, formulando queja en contra de la Empresa CONECA, un grupo aproximadamente de treinta indígenas provenientes de la provincia de

Cotopaxi, de la comunidad de Tigua, en la que manifestaron que el señor Julio Cayo fue engañado por un sujeto de la empresa Coneca, ofreciéndole vender una camioneta de la empresa, en el plazo máximo de un mes, a cambio de la entrega de un anticipo.

Según lo informado por los recurrentes el señor Cayo pagó un adelanto de \$5,000 dólares americanos. Transcurrido un mes el señor Cayo se acercó a la empresa antes mencionada, para retirar el vehículo, siendo informado que el vehículo le sería adjudicado en un sorteo que se realizaba a fin de mes y en el que participaban todas las personas que depositaron el adelanto. Con esta clase de engaños, lo mantuvieron durante cinco meses.

Sobre la actuación de DINAPIN, cabe señalar que luego de conocer la queja, procedió a entablar un diálogo con la Empresa, la que nunca dio la cara, a pesar de los constantes requerimientos que se le hicieron. Ante la falta de respuesta por parte de la empresa, alrededor de 80 indígenas, familiares y vecinos del afectado, procedieron a tomarse las instalaciones de la empresa. DINAPIN, por solicitud de los afectados, entabló una mediación entre las dos partes. Luego de varias horas de negociación se logró llegar a un acuerdo al que concurrieron las partes, los representantes de la Empresa, DINAPIN y a la Policía Nacional. En dicho acuerdo se estableció que la empresa se comprometía a realizar la devolución del dinero en 24 horas, con un descuento de \$230 treinta dólares, aduciendo que el descuento se realiza por concepto de su reglamento interno y a no realizar ninguna acción judicial ante los jueces competentes. Para constancia se firmó un acta de mutuo acuerdo entre las partes, firmando la DINAPIN como “testigo de honor” (Anrango, 2005).

iv. Informes temáticos: El informe de la situación entre las comunidades de la parroquia de Sarayacu y Canelos en la provincia de Pastaza

La DINAPIN tomó conocimiento de los hechos de violencia que tuvieron lugar en el mes de diciembre del año 2003 y que afectaron a miembros de las comunidades indígenas de la parroquia de Sarayacu y Canelos, en la provincia de Pastaza.

De acuerdo a lo informado por DINAPIN, los hechos son los siguientes:

Mediante oficio s/n de fecha 8 de diciembre del 2003, firmado entre otros por el Presidente de la Junta Parroquial de Canelos, provincia de Pastaza, se puso en conocimiento del Defensor del Pueblo la situación por la que atravesaban las comunidades *kichwa* de Canelos y de Sarayacu. Los *kichwa* de Canelos se quejaron de ser discriminados y postergados por las instituciones del Estado, organizaciones indígenas como la OPIP (Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza), la CONFENIAE, (Confederación de las Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana) y por la misma CONAIE, (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador), así como también por las ONG's.

La causa principal para el inicio de los problemas entre Canelos y Sarayacu habría sido la presencia de la Petrolera C.G.C. de Argentina en el bloque 23. Los *kichwas* de Canelos, según se concluye, habían venido colaborando y coordinando acciones de beneficio mutuo con esta empresa. En tanto que, la comunidad *kichwa* de Sarayacu se oponía terminantemente a que esta empresa C.G.C. se mantuviese en su territorio.

Con fecha 4 de diciembre del 2003, se habían producido enfrentamientos entre estas dos comunidades. Los comuneros armados con ramas de fibra, palos de la selva y lanzas de chonta se enfrentaron los unos con los otros. Incluso fueron secuestrados *kichwa* de Canelos por comuneros *kichwa* de Sarayacu. Se había prohibido el paso a los miembros de Sarayacu por territorio de la comunidad de Canelos. Los comuneros de Canelos no participaron en la marcha de la Paz y la Vida convocada por Sarayacu, según el Informe del Presidente de la Junta Parroquial de Canelos.

Analizados los antecedentes, la Defensoría concluyó en su Informe que a pesar de los enfrentamientos entre las dos comunidades, existía voluntad de los líderes de ambas comunidades (el Presidente de la Junta Parroquial de Canelos, señor Cléber Coquetón y el Presidente de la Junta Parroquial de Sarayacu, señor David Malaver), para dialogar y llegar a acuerdos, así como para así lograr la paz, el desarrollo y la unidad entre sus pobladores.

En su informe la DINAPIN, recomienda al Defensor del Pueblo la constitución de una mesa de dialogo, el involucramiento de las autoridades y una petición al gobierno central para que tomase en cuenta los derechos colectivos indígenas en este caso.

Así la recomendación señala:

Es importante, señor Defensor del Pueblo, conocer qué pasa al interior de las comunidades, para lograr una mediación entre las partes, porque existe voluntad de los dirigentes para sentarse a la mesa del diálogo y solucionar definitivamente sus conflictos internos. Creo también importante contactar e involucrar a las autoridades provinciales antes mencionadas, para conseguir la

paz entre las dos comunidades y pedir al Gobierno Central que tome en cuenta lo que expresan los derechos colectivos para la exploración y explotación del petróleo por parte de la empresa C.G.C. de Argentina (Anrango, 2005).

4.5. Análisis crítico y recomendaciones

El Ecuador posee una Constitución Política y una normativa de protección de los derechos humanos que adscribe a los máximos estándares de reconocimiento de los derechos humanos. En materia de reconocimiento de derechos indígenas se observa la misma tendencia. La práctica de los derechos humanos, sin embargo, no es coincidente con dichos estándares.

Los informes elaborados por organismos de derechos humanos y, en particular, los elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, demuestran que la vulneración de derechos indígenas en el Ecuador es sistemática, particularmente en lo que respecta al acceso a la tierra –minifundio y legalización de tierras comunales– y en forma creciente, a los derechos a los recursos naturales. También han sido documentados por los organismos de derechos humanos, los impactos que la empresa de hidrocarburos ha generado en los territorios indígenas. De acuerdo con los antecedentes recabados en el desarrollo de esta investigación, los esfuerzos realizados por la Defensoría del Pueblo en esta materia, aunque importantes, no han sido suficientes como para abordar los graves problemas que enfrentan los pueblos indígenas en Ecuador.

Así, en lo que se refiere al derecho a la tierra y a los recursos naturales, el único caso que, de acuerdo a los

antecedentes disponibles, ha sido asumido por la Defensoría es el de la comunidad *kichwa* de Sarayacu afectada por la Empresa Petrolera CGC de Argentina, la que pretende ejecutar proyectos de exploración y extracción de hidrocarburos en el Bloque 23 de la Amazonía, en la Provincia de Pastaza. Se trata de un caso que, como se ha señalado, ha sido paralelamente analizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

No ha sido posible obtener mayores antecedentes acerca de la percepción de las organizaciones no gubernamentales e indígenas respecto a la labor desarrollada por el Defensor del Pueblo en Ecuador. En el caso de los pueblos indígenas, los escasos antecedentes disponibles hacen suponer que esta entidad, a pesar de los esfuerzos desarrollados en este sentido, no ha llegado a las bases indígenas, las cuales desconocen el quehacer del Defensor y, por tanto, no hacen uso de sus potencialidades para la reclamación de sus derechos. Ello se ve agravado por el hecho de que parte importante de la población indígena en Ecuador no conoce sus derechos individuales o colectivos¹⁵⁷.

La misma Defensoría, a través de DINAPIN, ha informado que a pesar de su vigencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano desde el año 1998, hasta el año 2001, época de la constitución de DINAPIN, la institución era muy poco conocida por las comunidades indígenas y no se registraban casos relevantes que involucraran la defensa de los derechos indígenas.

Las comunidades de base, localizadas en zonas alejadas de los centros urbanos, desconocían sus derechos, así como la labor de protección y promoción que en la defensa de los mismos correspondía al Defensor.

¹⁵⁷ De acuerdo a Anrango, el 70% de la población indígena desconoce sus derechos. Anrango, Luis Alberto, comunicación escrita de agosto de 2005.

En febrero del 2000, Alberto Anrango, exhortó a las autoridades gubernamentales, a que se respetase el derecho de los indígenas a la vida, la salud y fundamentalmente que se atendiera con acciones efectivas la extrema pobreza en que viven las comunidades indígenas. Además, dio cuenta de que la falta de cumplimiento de los acuerdos por parte del Estado había generado el descontento y la desconfianza entre las organizaciones y comunidades indígenas. En dicha oportunidad, Anrango, demandó que los diálogos no se convirtieran en un monólogo, e hizo un llamado al gobierno, para que aceptara las demandas de los movimientos indígenas y campesinos del país. El encargado de DINAPIN pidió a las autoridades gubernamentales que no se repitiera lo ocurrido cuando luego de las mesas de diálogo, el gobierno de Mahuad no cumplió lo acordado, lo cual causó el descontento y la desconfianza en el movimiento indígena (Dirección Nacional de Comunicación, Quito, 2 de febrero de 2000. Reporte de prensa No 14).

La desconfianza se ha transformado en una constante en la relación entre las autoridades gubernamentales y los pueblos indígenas de Ecuador. Lamentablemente, la Defensoría parece haberse visto afectada por esta situación. Es así como la CONAIE ha realizado una impugnación en contra del Defensor del Pueblo Claudio Mueckay, argumentando que esta autoridad habría violado la Constitución y leyes conexas al no secundar con el correspondiente informe la demanda de inconstitucionalidad presentada por esta organización indígena al Tribunal Constitucional, con fecha 7 de septiembre del 2004¹⁵⁸.

158 El 9 de mayo del 2005, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) exigió al Congreso Nacional la destitución del Defensor del Pueblo Claudio Mueckay, argumentando que la autoridad habría violado la Constitución y leyes conexas al no secundar con el correspondiente informe la demanda de inconstitucionalidad presentada por la CONAIE al Tribunal Constitucional, con fecha 7 de septiembre del 2004, donde cuestiona la ilegal

Buenas prácticas

Entre las mejores prácticas de la Defensoría en materia de derechos indígenas cabe destacar:

i. En el ámbito de la investigación:

- La acción desarrollada por Defensoría en el caso de la comunidad *kichwa* de Sarayacu amenazada en sus derechos territoriales por la Compañía Petrolera CGC, en particular la resolución defensorial mediante la cual se declaró a esta comunidad bajo protección de acuerdo a las facultades que le otorga la Constitución, articulándose dicha resolución con la medida cautelar adoptada por la CIDH a favor de la misma comunidad el 2003 y, posteriormente, por medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

- la actuación de la Defensoría para atender asuntos que involucran las prácticas culturales indígenas, aun fuera de las fronteras del Estado ecuatoriano, como la asumida en el caso que involucró a un *shaman shuar* y a su hijo detenido por cuasidelito de homicidio en Canadá, que terminó con su liberación.

designación de Rómulo López Sabando, en calidad de candidato a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. El Defensor, al no presentar el informe requerido, señala la CONAIE, incumple un mandato constitucional y avala un nuevo acto de corrupción. Claudio Mueckay, concluye el comunicado, no cumplió con sus funciones encomendadas en los artículos constitucionales 96 y 97, literales 1, 13, 18 y otros. Además, del artículo 38 del Reglamento de Quejas de la Defensoría del Pueblo. Por estos motivos, a juicio de CONAIE, el Congreso debía destituirlo como Defensor del Pueblo, haciendo presente que éste actúa en funciones prorrogadas por más de seis años (<http://CONAIE.org/?q=node/71>).

ii. En el ámbito de la promoción, capacitación y difusión de derechos indígenas:

- La formación por la DINAPIN de cuarenta defensores y promotores indígenas y el apoyo a la labor que desarrollan en la mediación de conflictos al interior de sus comunidades, vigilancia para el cumplimiento de derechos, y apoyo al fortalecimiento de sus comunidades y nacionalidades;

- el apoyo al proyecto de mediadores indígenas que ejecuta la Unión de Organizaciones Campesinas Indígenas de Cotacachi (UNORCAC), mediadores indígenas han facilitado la aplicación de justicia en las comunidades, a través de la promoción de la justicia indígenas y de mecanismos alternativos de solución de conflictos como la mediación;

- y la realización en agosto de 2001, por iniciativa de la DINAPIN y con apoyo de la Representante del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en el Ecuador, del Primer Encuentro de Defensores Indígenas de la región Andina (Venezuela, Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador).

iii. En el ámbito de la mediación:

- La mediación desarrollada en el caso de los actos de violencia imputables a las Juntas del Campesinado involucrando a las autoridades provinciales de Tungurahua;

- la acción de mediación desarrollada ante el Municipio de Quito a favor de los vendedores ambulantes de la ciudad;

- y el informe temático sobre la situación de los conflictos entre la comunidad de Sarayacu y Canelos en la provincia de Pastaza, instando a la mediación entre las partes.

Vacíos y obstáculos

De acuerdo a la información recabada, no se observa que la Defensoría haga uso de todas las posibilidades que le otorga su función investigativa, posibilidades que quedaron en evidencia en el caso “Empresa Petrolera CGC de Argentina VS comunidades Sarayacu, Canelos y Otros” antes referido.

Tampoco ejerce sus atribuciones de procuraduría, que le dan competencia para accionar a favor de los derechos indígenas ante los tribunales de justicia, ejerciendo los recursos constitucionales que contempla el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En este mismo orden de cosas, se advierte que la promoción del derecho consuetudinario indígena ha estado focalizada a propiciar mecanismos de resolución de conflictos al interior de las comunidades, pero no se advierten acciones destinadas a promover el derecho indígena en las instancias jurisdiccionales estatales.

En relación a la función de mediación, se advierte un vacío en lo que respecta a las posibilidades de la Defensoría para erigirse en garante del pleno ejercicio del derecho de consulta que asiste a los pueblos indígenas y que le ha sido reconocido en la Constitución Política de la República, la Ley de Hidrocarburos, la ley de Medio Ambiente y el Convenio 169, entre otros cuerpos normativos. Ello en particular frente a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas.

En lo que respecta a la iniciativa normativa, tampoco existen antecedentes de que la Defensoría haya jugado un rol activo en la propuesta de reformas al ordenamiento jurídico con miras a posibilitar mayores niveles de reconocimiento de los derechos indígenas en Ecuador.

Finalmente, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, las actuaciones defensoriales frente a vulneraciones a los derechos indígenas graves, como aquellos relativos a la tierra y a los recursos naturales, han sido más bien limitadas.

Recomendaciones

A objeto de abordar los problemas antes señalados, y de potenciar la efectividad de la labor de la Defensoría en Ecuador para la defensa, protección y promoción de los derechos indígenas, es que se hacen las siguientes recomendaciones:

1. El fortalecimiento de la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DINAPIN) a través de la dotación recursos materiales y humanos, en especial de personal indígena, que le permita potenciar a través del Ecuador las iniciativas que lleva adelante en la defensa, promoción y mediación a favor de los derechos de los pueblos indígenas;
2. El desarrollo por esta unidad de una metodología de trabajo para la atención de quejas relativas a derechos indígenas, que le permita llevar una documentación específica sobre la materia, que sea de acceso público, y una sistematización de los resultados alcanzados a través de su acción defensorial;
3. El fortalecimiento de la labor investigativa tanto frente a quejas específicas sometidas a su conocimiento como frente a casos asumidos de oficio por la Defensoría, a objeto de que sus pronunciamientos puedan fundamentarse de manera adecuada y de que puedan tener peso ante los órganos del Estado, la sociedad ecuatoriana y los pueblos indígenas;

4. La formación y sensibilización del personal de la Defensoría en su conjunto de modo que esta puede incorporar la dimensión de los derechos indígenas en su quehacer global;
5. El fortalecimiento de la acción promocional hasta ahora impulsada por la Defensoría con miras a potenciar el desarrollo de los sistemas de mediación y resolución de conflictos propios de los indígenas en base a su derecho consuetudinario, y su ampliación hacia actividades orientadas a posibilitar una mayor reconocimiento y recepción del derecho consuetudinario indígena por las instancias jurisdiccionales de Ecuador y permitir un mayor acceso de los indígenas a la justicia estatal.
6. El desarrollo de la función de iniciativa normativa en aquellos ámbitos en que el ordenamiento jurídico de Ecuador sea deficitario para los derechos de los pueblos indígenas.
7. Y el ejercicio de las atribuciones de procuraduría accionando a favor de los derechos indígenas ante los tribunales de justicia, impulsando los recursos constitucionales que contempla el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como ante las instancias internacionales existentes para su protección, como las del sistema interamericano de derechos humanos.

**Recomendaciones de Luis Alberto Anrango,
Encargado de DINAPIN¹⁵⁹**

- *Que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, apoye con asesores, expositores y materiales educativos para el exitoso cumplimiento del Proyecto de difusión de los derechos de los pueblos indígenas desde el Pensum de Estudios del Sistema de Educación Intercultural Bilingüe, dentro del marco de Convenio a firmarse entre la DINAPIN, DINEIB Y PNUD en Ecuador y en sus respectivas lenguas indígenas.*
- *Apoyo a la comunicación e intercambio permanente de los miembros de la Red de Defensores Indígenas de la Comunidad Andina de naciones.*
- *Realización de eventos de capacitación y encuentros de propuestas y de evaluación de los avances en el tema de los derechos de los pueblos indígenas.*
- *Que la Defensoría del Pueblo en cada país, elijan representantes indígenas como responsables de la promoción, capacitación y defensa de los derechos de sus pueblos indígenas, porque conocen la realidad, cultura e idiomas propios.*
- *Que se de a conocer el funcionamiento del Sistema de Naciones Unidas, el Foro Permanente de los Pueblos Indígenas, como también a nivel Regional, la OEA y CAN.*

¹⁵⁹ Arango, Luis Alberto, comunicación escrita de agosto de 2005.

Bibliografía

Barie, Cletus, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano y otros, CD, 1993.

Comisión Andina de Juristas, *Defensoría del Pueblo. Análisis Comparado*. Comisión Andina de Juristas, Lima 1996.

Conejo, Myriam, *Población Indígena y reforma del sector salud. El caso de Ecuador*, Fondo Indígena para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, Washington DC, 1998, inédito.

Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Las Nacionalidades indígenas en Ecuador*, sin fecha en <http://edufuturo.com/imageBDE/EF/21352.Indigenas%20Ecuador.pdf>

Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Boletín No 13 Quito*, 1 de febrero del 2001.

Dirección Nacional de Comunicación, *Reporte de prensa N° 14*, Quito, 2 de febrero de 2000.

El Defensor-Grupos Vulnerables. Septiembre-Octubre 2003, en <http://www.dlh.lahora.com.ec/judicial/PAGINASDefP.252.html>

El Defensor, Enero-Febrero 2003, en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/DefP.227.html>

García, Fernando ed., *Formas Indígenas de Administración de Justicia. Estudio de Casos de la Nacionalidad Quichuas del Ecuador*. FLACSO, Sede Ecuador, 2002, <http://www.FLACSO.org.ec/docs/saformas.indigenas.pdf>

Guerrero, Fernando, “*El Mercado de Tierras en el Cantón Cotacachi de los años 9*”, en Debate N° 62, en <http://dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1196.htm>)

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de progresos en derechos indígenas*, CD, sin fecha.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.

Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Capítulo IX Asuntos de Derechos Humanos de especial relevancia para los Habitantes Indígenas del país*, OEA/Ser.L/V/II.96Doc. 10 rev.1, 24 abril 1997, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Ecuador-sp/Capítulo%209.htm>).

Vega, María Dolores, “*La pulverización de la tierra: el minifundio en Licto, Provincia de Chimborazo*”. En Debate N° 55 <http://dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate481.htm>)

Yáñez Nancy y otros, *Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas*. CONADI. Temuco, 2004, Chile. Inédito.

Páginas web:

<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%209.htm>).

<http://CONAIE.org/?q=node/71>)

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1298.htm>

<http://www.eurosur.org/FLACSO/mujeres/ecuador/demo-5.htm>)

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/>

<http://www.socwatch.org.uy/es/portada.htm>

Comunicaciones

Anrango Bonilla, Luis Alberto, Director Nacional de la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Defensoría del Pueblo, Ecuador, comunicación escrita al autor, febrero y agosto de 2005.

Castañeda, Amilcar (IIDH), comunicación escrita al autor, abril 2005.

Coronel, Jacqueline (2005), Observaciones y comentarios al presente informe.

5. GUATEMALA

5.1. Antecedentes generales

Guatemala es el país más poblado y étnicamente diverso de Centroamérica. Los datos del censo del 2002 cuantificaban su población en 11.237.196 habitantes, de los cuales, según un criterio de autoidentificación, 41% eran indígenas¹⁶⁰. No obstante los datos, otras fuentes no oficiales señalan que la población indígena es mayoritaria y que incluso se eleva por sobre el 65% de la población total¹⁶¹.

En el país coexisten cuatro grupos étnicos, tres de ellos indígenas, subdivididos en 25 comunidades lingüísticas: los ladinos, indistintamente blancos y mestizos de habla castellana; los *garífuna*, población afrocaribeña de lengua basal africana y aportes de idiomas caribes y europeos; los *xinca*, comunidad indígena muy reducida cuyo origen y lengua aparecen vinculadas con el México precolombino; y los *maya*, con un sustrato civilizatorio común, que se subdivide en 22 grupos lingüísticos: *achi*, *akateko*, *awakateko*, *chalchiteko*, *ch'orti*, *chuj*, *itza*, *ixil*, *popti*, *kaqchikel*, *k'iche*, *mam*, *mopan*, *poqoman*, *poqomchi*, *q'anjob'al*, *q'eqchi*, *sakapulteko*, *sipakapense*, *tektiteko*, *tz'utujil* y *uspanteko*. Entre ellos, los *k'iche*, los *q'eqchi*, los *mam* y los *kaqchikel*, con poblaciones con entre 500 mil y un millón de hablantes, constituyen los pueblos indígenas más numerosos (Richards, 2003).

160 El Instituto Nacional de Estadísticas, basándose en la Encuesta Nacional sobre Condiciones de Vida, estimaba en el año 2001 que el 40,5% de la población total era indígena. Ver: XI Censo Nacional de Población y VI de Habitación en <http://www.ine.gob.gt/content/index2.htm>

161 La Defensoría de Pueblos Indígenas de la Procuraduría de los Derechos Humanos asume que Guatemala cuenta con más de 65% de población indígena, desestimando los datos del Censo Nacional de Población del 2002 (Procurador de los Derechos Humanos, 2004).

Los grandes núcleos de población *maya* contemporánea se ubican en los departamentos del norte y del occidente del país. Corresponden a tierras montañosas de fertilidad reducida. Los *xinca* habitan una pequeña región en el departamento de Santa Rosa, cercano a la frontera con El Salvador, y los *garífuna* los bordes costeros del Atlántico en el Departamento de Izabal. Las tierras bajas y de alturas medias de la costa sur y del oriente del país, aquellas en donde se asientan los grandes ingenios azucareros y los cafetales, entre otros cultivos comerciales de exportación, son ocupadas por los ladinos.

En Guatemala existe una estrecha relación entre origen étnico y pobreza. Tal pobreza se concentra en los sectores rurales del país donde habita la población indígena. De acuerdo a antecedentes de MINUGUA citados en el Informe del Relator de la ONU para los Derechos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, sobre su misión a Guatemala (2003), cerca del 40% de los indígenas viven en la extrema pobreza y cerca del 80% son pobres (Encuesta Nacional de Condiciones de Vida 2000). La pobreza está presente en la región sudoccidental del país donde vive el 33% de la población indígena del país y se encuentra el 30% del total de hogares en situación de pobreza. Es en la región norte (Alta y Baja Verapaz) donde hay una mayor incidencia de la pobreza, el 77% de los hogares son pobres. También en la noroccidental se encuentra una alta incidencia, pues casi el 75% de los hogares son pobres. El 75% de los hogares ubicados en las regiones norte y noroccidental son indígenas. El 30% de la población indígena entre 15 y 24 años es analfabeta. En algunas comunidades, el analfabetismo de las mujeres alcanza el 90%. Los niños indígenas en el campo alcanzan en promedio una escolaridad de un poco más de dos años, y las niñas de poco más de un año. El 65% de la población indígena no tiene acceso a red de agua, más del 80% no tiene conexión a sistemas de alcantarillado y la mitad no está conectada a la red eléctrica (MINUGUA 2001, en Stavenhagen, 2003).

Las reformas liberales de 1871 pusieron fin al régimen conservador que había mantenido a grandes rasgos el orden colonial desde la independencia del país, en 1821, y que había permitido a la población indígena mantener sus tierras comunitarias y sus sistemas de autoridades en forma relativamente autónoma de los ladinos. El paso de un régimen conservador a uno liberal, fue también la mutación de un sistema económico en crisis, basado en la producción de colorantes para la industria textil europea, a otro basado en la producción cafetalera de exportación que requería grandes extensiones de tierra y mano de obra para su producción (García Laguardia, 1980).

El régimen liberal suprimió los derechos comunales y eclesiales sobre la tierra e instauró el trabajo forzado de los campesinos indígenas en las fincas cafetaleras¹⁶², muchas de las cuales se fundaron sobre las tierras expropiadas a las mismas comunidades. Numerosas rebeliones indígenas se sucedieron desde el fin del siglo XIX hasta comienzos del XX, pero fueron aplacadas por las milicias ladinas que cobraron sus triunfos con las tierras de los insurrectos.

Durante el siglo XX el Estado profundizó su carácter oligárquico, fomentando un sistema de relaciones económicas, sociales y culturales excluyentes, antagónicas y violentas, fundadas además sobre una ideología racista que justificó la expoliación y la explotación de la población indígena y de ladinos pobres (CEH: 1999). Los intentos por cambiar el orden

162 En 1877 se promulgó el Reglamento de Jornaleros y en 1878 la Ley contra la Vagancia. Esta última obligaba a los campesinos indígenas a trabajar de 100 a 150 días por año en las fincas cafetaleras (ODHAG, 1998). Por otra parte, y como una forma de contrarrestar las virtuales rebeliones indígenas en zonas donde la presencia del Estado era débil, el régimen liberal asignó a los finqueros la representación política del gobierno central, con lo cual fueron investidos de autoridad civil, policial e incluso militar. En esa calidad organizaban milicias que obedecían a sus mandos.

existente durante los gobiernos de Juan José Arévalo y Jacobo Arbenz, entre 1944 y 1954, fueron aplastados por el Movimiento de Liberación Nacional apoyado por la CIA (ODHAG, 1998), instaurándose desde entonces un “anticomunismo fundamentalista que anatemizó un movimiento social amplio y diverso, consolidando mediante las leyes el carácter restrictivo y excluyente del juego político” (CEH, 1999: 19).

La falta de cauces democráticos para exponer la disidencia y materializar proyectos alternativos de sociedad, impulsa en 1962 a grupos de diversas corrientes, que más tarde conformarán la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), a iniciar acciones de insurgencia que, reprimidas por el ejército y grupos paramilitares, dan inicio al conflicto armado interno en la capital y en el oriente, y que se expanden a mediados de los 70 y principios de los 80 al norte y occidente del país, afectando con particular crudeza a la población *maya*, mayoritaria en esas regiones.

El informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH)¹⁶³ presentado a la sociedad guatemalteca en 1999, registró un total de 42.275 víctimas entre hombres, mujeres y niños, de las cuales un 83% eran *maya* y el 17% ladinos. Los datos de la CEH, junto a otros proporcionados por estudios sobre la violencia, permiten estimar que la cifra de muertos y desaparecidos en los más de treinta años de conflicto, superó las doscientas mil personas. Respecto de los responsables, la CEH concluyó que el 93% de las violaciones, incluyendo el 92% de las ejecuciones arbitraria y el 91% de las desapari-

163 La Comisión de Esclarecimiento Histórico fue creada en virtud del “Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca”, suscrito por el Gobierno de Guatemala y la URNG el 23 de junio de 1994. Fue instalada en julio de 1997 y presentó su informe en febrero de 1999.

ciones forzadas, fueron responsabilidad de las fuerzas del Estado y de grupos paramilitares afines. De igual modo, basándose en el estudio de los hechos acontecidos en cuatro regiones de poblamiento maya, y teniendo presente el marco jurídico de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (ratificado por Guatemala en 1949), la CEH concluyó que en el marco de las acciones contrainsurgentes, los agentes del Estado cometieron actos de genocidio en contra de la población maya (CEH, 1999).

5.2. Los Acuerdos de Paz

Las negociaciones de paz comienzan en el gobierno de Vinicio Cerezo en 1986 y concluyen el 29 de diciembre de 1996, bajo la administración de Álvaro Arzú, con la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera. El largo período de negociaciones incluyó la firma de acuerdos operativos, tales como el Acuerdo sobre el definitivo cese al fuego (1996) o el Acuerdo base para la incorporación de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca a la legalidad (1996), y acuerdos sustantivos tales como el Acuerdo global sobre derechos humanos (1994), el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas (1995), el Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria (1996), el Acuerdo para el fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática (1996), y el Acuerdo sobre reformas constitucionales y régimen electoral (1996).

Dichos Acuerdos fueron fruto de una amplia discusión y consulta entre las partes, y entre éstas y diversos sectores organizados de la sociedad guatemalteca, con lo cual el proceso ganó un amplio respaldo ciudadano. Ellos sentaron las bases para transformar radicalmente al país, eliminando las causas que condujeron a Guatemala al enfrentamiento armado

interno. Sin embargo, los Acuerdos fueron compromisos políticos carentes de vinculación jurídica, lo que los debilitó frente a la voluntad de los gobiernos.

En lo que respecta a la deteriorada situación de los pueblos indígenas, el principal instrumento para transformar esta situación fue el Acuerdo sobre la Identidad y los Derechos de los Pueblos Indígenas, firmado en marzo de 1995, cuyos contenidos serán abordados más adelante en este trabajo. La firma del Acuerdo fue un punto de inflexión. Hasta entonces, el Estado de Guatemala nunca había reconocido tan abierta y completamente el alcance de la división racial, cultural y lingüística de la nación, ni se había comprometido de manera tan clara a superar estas diferencias (MINUGUA, 2004).

5.3. Marco jurídico de los derechos humanos e indígenas

5.3.1. Derechos humanos en la Constitución

La Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985, fue diseñada en un proceso de tránsito desde los gobiernos militares a los civiles, y poco tiempo después de haberse consumado los peores episodios del conflicto armado interno bajo los regímenes militares de Romeo Lucas García y Efraín Ríos Mont. De allí que, en palabras de García Laguardia, la Constitución manifieste una verdadera “obsesión” por establecer garantías para el disfrute de los derechos humanos. Esto se hace patente desde el propio Preámbulo, que indica que el texto se decreta dentro del espíritu constituyente y de “impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde

gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al derecho”. La primacía de los derechos humanos en el orden constitucional modifica la estructura general de la tradición constitucional del país y pone como contenido de sus dos primeros títulos, los de “La persona humana, fines y deberes del Estado” y los “Derechos Humanos”. Además incluye un título especial, el VI, sobre “Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional” (García Laguardia, 1992).

En sus *artículos 140 y 141* la Constitución caracteriza a Guatemala como “un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades”. El sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo; la soberanía radica en el pueblo, que delega su ejercicio a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

El Título I define los objetivos finales del Estado. El artículo 1 dispone que el Estado está organizado para proteger a la persona y la familia, con el objetivo principal de lograr el bien común. El artículo 2 dispone que es deber del Estado garantizar “la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral” a los ciudadanos de la República.

El Título II trata específicamente sobre derechos humanos. El Capítulo I (artículos 3 al 46) establece los derechos humanos considerados inherentes a la persona. Éstos incluyen los derechos a la vida, la seguridad personal, la libertad, la igualdad, el debido proceso y una serie de otros derechos básicos de orden civil y político. El Capítulo II (artículos 47 al 134) reconoce los derechos sociales e incluye secciones sobre la familia, la cultura, las comunidades indígenas, la educación, las universidades, los deportes, la salud, la asistencia y seguridad sociales, el trabajo y el régimen

económico y social. El Capítulo III (artículos 135 al 137) se refiere a deberes y derechos adicionales de orden civil y político que pertenecen exclusivamente a los ciudadanos guatemaltecos y se relacionan, entre otras cosas, con el deber de la persona de proteger y defender el país y la Constitución y de votar y participar en la vida política de la nación. Se debe hacer particular referencia a la jerarquía otorgada en la Constitución a las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos. El artículo 46 establece el principio general que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno (CIDH, 2001).

En cuanto a la defensa de los derechos y libertades individuales en relación al ejercicio del poder público, las principales medidas legales son los recursos previstos en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Como dispone el artículo 1, dicha ley “tiene por objeto desarrollar las garantías y defensas del orden constitucional”. Cualquier persona puede presentar un recurso de exhibición personal (*hábeas corpus*) sin formalidades, ante cualquier tribunal o juez, a través de un procedimiento simple (CIDH, 2001).

El *artículo 45* indica que la acción para enjuiciar a los infractores de los derechos humanos es pública y puede ejercerse mediante simple denuncia, sin caución ni formalidad alguna y que es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados.

La protección de los derechos humanos en Guatemala se ve reforzada por los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado. En efecto, a enero de 2004 Guatemala había ratificado la totalidad de los

principales tratados internacionales del sistema de las Naciones Unidas¹⁶⁴, y había ratificado 7 de los 10 tratados de la Declaración del Milenio de la misma entidad¹⁶⁵.

En el ámbito de la OEA, en tanto, Guatemala había ratificado entre otros la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988; la Convención Interamericana sobre Desaparición

164 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990. Fuente: Sitio Web de la Colección de Tratados de Naciones Unidas, Base de Datos “Estado de los Tratados Multilaterales Depositados con el Secretario General” (<http://untreaty.un.org/>).

165 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, Italia, 1998; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción. Oslo, Noruega, 1997; el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales. Ginebra, Suiza, 1996; el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Kyoto, Japón, 1997 (Aún sin vigor); la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, EEUU, 1989; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Nueva York, EEUU, 2000; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Nueva York, EEUU, 2000; la Convención sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro, Brasil, 1992; la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África. París, Francia, 1994; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Nueva York, EEUU, 1979 (Ibid.).

Forzosa de Personas, de Belem do Para de 1994; y la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura de Cartagena de Indias 1985¹⁶⁶.

A ello se suma la ratificación por Decreto Legislativo 9-96 de Marzo 5 de 1996 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Cabe señalar que la Constitución en su artículo 46 contiene el principio de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificados por Guatemala tienen preeminencias sobre el derecho interno¹⁶⁷.

5.3.2 Derechos indígenas

i. Los derechos indígenas en la Constitución

Los derechos de los pueblos indígenas están contemplados en la sección tercera: “Comunidades Indígenas”, del capítulo II de la Constitución. La conforman seis artículos, del 66 al 70, que garantizan la protección a los grupos étnicos, la protección de las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas, la ampliación de estas, la traslación de trabajadores y su protección y por último, la promulgación de una ley específica respecto de las materias anteriormente señaladas.

¹⁶⁶ En <http://www.oas.org/juridico/spanish/tmateria.html#D>

¹⁶⁷ Artículo 46. **Preeminencia del Derecho Internacional.** Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Respecto de la protección a los grupos étnicos, el *artículo 66* señala que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya, respecto de los cuales el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Enseguida, y refiriéndose a la protección de las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas, o cualquier otra forma de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, el artículo 67 señala que gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y técnica preferencial que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Agrega que las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.

Siempre en referencia a las tierras, el *artículo 68* señala que el Estado proveerá mediante programas especiales y legislación adecuada, tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

El *artículo 69* está referido a la protección de los trabajadores indígenas que por sus actividades laborales están obligados a salir fuera de sus comunidades. Se señala que éstos serán objeto de protección “y legislación” que aseguren las condiciones adecuadas de salud, seguridad y previsión social que impidan el pago de salarios no ajustados a la ley, la desintegración de las comunidades de origen y en general todo trato discriminatorio.

Finalmente, el *artículo 70*, señala que una ley regulará las materias contenidas en esta sección de la Constitución, y que hasta la fecha no se ha promulgado.

Fuera de esta sección dedicada exclusivamente a los derechos indígenas, otros artículos de la Constitución establecen garantías no menos importantes, en particular el *artículo 58*, sobre identidad cultural, en el cual “se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbre”.

En el *artículo 62*, respecto de la protección al arte, folklore y artesanías tradicionales, incluyendo las industrias autóctonas, se señala que deben ser objeto de protección especial del Estado, con el fin de preservar su autenticidad y para lo cual, el Estado propiciará la apertura de mercados nacionales e internacionales para libre comercialización de la obra de artistas y artesanos promoviendo su producción y tecnificación.

ii. Intento fallido de reforma constitucional

En los Acuerdos de Paz el gobierno se obligó a promover ante el Congreso de la República una reforma a la Constitución Política de Guatemala¹⁶⁸. En octubre de 1998 el Congreso de la República de Guatemala aprobó el proyecto de reformas constitucionales que tenía por objeto la reestructuración del Estado de Guatemala y el cumplimiento de los Acuerdos de Paz. Cincuenta reformas fueron sometidas a aprobación del pueblo mediante consulta popular celebrada el

¹⁶⁸ En la cláusula 12 del Acuerdo de Paz Firme y Duradero se acordó: “Las reformas constitucionales contenidas en los acuerdos de paz, constituyen la base sustantiva y fundamental para la conciliación de la sociedad guatemalteca en el marco de un Estado de Derecho, la convivencia democrática, la plena observancia y el estricto respeto de los derechos humanos”.

día 16 de mayo de 1999. En relación con los pueblos indígenas, el proyecto contemplaba reformar los artículos 1, 66, 70 y 143 del texto constitucional vigente, reconociendo que la nación guatemalteca es pluricultural, multiétnica y multilingüe. Contemplaba además un reconocimiento expreso a los pueblos *maya*, *xinca* y *garífuna*, estableciendo el respeto y protección de sus formas de vida, su organización social, costumbres y tradiciones, idiomas, dialectos, sus distintas formas de espiritualidad y el derecho de usar sus trajes tradicionales.

Además se establecía un reconocimiento expreso de las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas, y el respeto al acceso a sus lugares sagrados por los pueblos indígenas. El artículo 70 del proyecto de reforma establecía que cuando se previeran medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, se consultaría a dichos pueblos por los mecanismos que establecería una ley específica.

El referéndum respecto a las reformas se caracterizó por el alto porcentaje de abstención. Respecto de la pregunta Nación y Derechos Sociales, donde se incluían las reformas referentes a pueblos indígenas, 327.854 votos se pronunciaron a favor de la reforma y 366.591 en contra. Respecto de las demás preguntas, también obtuvo mayoría de votos la posición contraria a la reforma. Por tanto, dicha reforma ha quedado hasta la fecha, lamentablemente, sin efecto (CIDH, 2001).

El intento fallido por constitucionalizar algunos de sus compromisos en la consulta popular de 1999, particularmente el reconocimiento de los derechos indígenas, dio cuenta de la persistencia de un discurso conservador con altas dosis de racismo, opuesto a los cambios estructurales que el país

necesita y capaz aun de convencer a importantes sectores de la ciudadanía¹⁶⁹.

iii. Derechos indígenas en los Acuerdos de Paz

El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI) de 1995 prometía ser una iniciativa polifacética para luchar contra el racismo legal y de facto y para construir un Estado pluricultural, multiétnico y multilingüe. El Acuerdo hacía hincapié en las consultas entre el Estado y los pueblos indígenas, creando oportunidades sin precedentes para que la población indígena pudiera incidir en la elaboración de políticas públicas en su favor.

El AIDPI expresa que el reconocimiento de la identidad de los pueblos *maya, xinca y garífuna* es fundamental para la construcción de la unidad nacional basada en el respeto y ejercicio de los derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de todos los guatemaltecos y considera que los pueblos indígenas han sido particularmente sometidos a niveles de discriminación de hecho, explotación e injusticia por su origen, cultura y lengua, y que padecen de tratos y condiciones desiguales e injustas por su condición económica y social (CIDH, 2003).

A partir de este reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas, el Gobierno de Guatemala se obligó a realizar acciones específicas, entre ellas la lucha contra la discriminación, los derechos culturales, los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, incluyendo el derecho

¹⁶⁹ Raquel Yrigoyen en su artículo “El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala” (1999) pasa revista al contexto en que se dio la discusión sobre la propuesta de reformas constitucionales sometidas a consulta popular en 1999. De acuerdo a lo señalado por ella la opción NO, fue un duro revés para el proceso de paz y para la legitimidad de los Acuerdos.

consuetudinario indígena, los derechos relativos a la tierra y la regularización de la tenencia de la tierra de los pueblos indígenas. Durante la visita *in loco* realizada por la CIDH a Guatemala en el 2003, diversas organizaciones indígenas manifestaron que si bien el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas no representaba la totalidad de las demandas históricas y aspiraciones de los pueblos indígenas de Guatemala¹⁷⁰, el cumplimiento de los compromisos generados a partir de su firma era una materia pendiente. Según las organizaciones maya, la falta de implementación integral por parte del Estado de Guatemala “ha significado continuar con pautas de discriminación, explotación e injusticia por razones de origen, cultura y lengua a la cual han estado sometidos los pueblos indígenas y ha contribuido a un constante deterioro de las condiciones de vida de los pueblos indígenas” (CIDH, 2003).

Si bien las organizaciones indígenas no intervinieron directamente en la suscripción de los Acuerdos de Paz, incluyendo el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, sus aspiraciones respecto a sus principales problemáticas quedaron reflejadas en ellos. Junto con reconocerse en el un conjunto de derechos culturales, civiles, políticos, sociales y económicos de estos pueblos, y comprometerse el Gobierno de Guatemala a realizar gestiones para la agilización de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, se abordó en el la temática del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y la del acceso de los indígenas al sistema jurídico nacional.

170 Las organizaciones indígenas de Guatemala han señalado en múltiples ocasiones que el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas representa “un piso” y no “el techo” de sus aspiraciones.

**Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los
Pueblos Indígenas
México, D.F. a 31 de marzo de 1995**

E. Derecho consuetudinario.

1. *La normatividad tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y, por consiguiente, para el mantenimiento de su cohesión.*
2. *El Gobierno reconoce que tanto el desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas consuetudinarias que regulan la vida comunitaria indígena como la falta de acceso que los indígenas tienen a los recursos del sistema jurídico nacional han dado lugar a negación de derechos, discriminación y marginación.*
3. *Para fortalecer la seguridad jurídica de las comunidades indígenas, el Gobierno se compromete a promover ante el organismo legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas, el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.*
4. *En aquellos casos donde se requiera la intervención de los tribunales, y en particular en materia penal, las autoridades correspondientes deberán tener plenamente en cuenta las normas tradicionales que rigen en las comunidades. Para ello, el Gobierno se compromete a tomar las siguientes medidas:*

- a) Proponer, con la participación de representantes de las organizaciones indígenas, disposiciones legales para incluir el peritaje cultural y desarrollar mecanismos que otorguen atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad interna; e
 - b) Impulsar, en coordinación con las universidades de Guatemala, las asociaciones profesionales y las organizaciones indígenas, un programa permanente para jueces y agentes del Ministerio Público sobre la cultura y rasgos de identidad de los pueblos indígenas, en especial en el reconocimiento de sus normas y mecanismos que regulan su vida comunitaria.
5. Para asegurar el acceso de los indígenas a los recursos del sistema jurídico nacional, el Gobierno se compromete a impulsar servicios de asesoría jurídica gratuita para personas de bajos recursos económicos y reitera su obligación de poner gratuitamente a disposición de las comunidades indígenas intérpretes judiciales, asegurando que se aplique rigurosamente el principio que nadie puede ser juzgado sin haber contado con el auxilio de interpretación en su idioma.
 6. El Gobierno propiciará, en cooperación con las organizaciones indígenas, las universidades del país y las asociaciones profesionales correspondientes, el estudio sistemático y detenido de los valores y procedimientos de la normatividad tradicional.

iv. Los derechos indígenas en la legislación

Aun cuando no se ha contado con el respaldo constitucional, tras el triunfo del no a las reformas sometidas a consulta popular en 1999, sí se lograron importantes avances

para combatir la discriminación y obtener un mayor reflejo de la diversidad de Guatemala en el Estado. En el ámbito legislativo, uno de los cambios más significativos fue la aprobación, en el 2002, de las leyes de descentralización que garantizan la inclusión de representantes indígenas en los Consejos de Desarrollo, foros clave de participación en la elaboración y planificación de políticas de desarrollo a nivel local¹⁷¹.

Otros derechos han sido integrados en diversas leyes, entre las cuales destacan:

- El Acuerdo Gubernativo No.435-94 de Julio 20 de 1994 que crea con carácter de urgencia y necesidad nacional, el Fondo de Desarrollo Indígena Guatemalteco y su Unidad Ejecutora (modificado por los Acuerdos 500-95, 354-96 y 149-97 de Agosto 1 de 1994. Acuerdo Gubernativo 95-2003). Dicho Fondo es un organismo nacional de desarrollo del pueblo maya desconcentrado, con estructura bipartita: Gobierno y Organizaciones Mayas con cobertura geográfica en las regiones lingüística Mayas. Las organizaciones indígenas han formulado críticas permanentes a los distintos gobiernos por no otorgar el financiamiento adecuado para el cumplimiento de sus objetivos.
- El Acuerdo Gubernativo No.726-95 de Diciembre 21 de 1995 por el que se crea la Dirección General de Educación Bilingüe Intercultural. La filosofía de la Educación Bilingüe Intercultural se sustenta en la

171 En el 2002 se reformaron la Ley de Consejos de Desarrollo y el Código Municipal, y se promulgó la Ley de Descentralización. Las tres normativas legales propician la participación de las organizaciones y comunidades indígenas en la toma de decisiones sobre políticas públicas en los ámbitos departamentales y municipales.

coexistencia de varias culturas e idiomas en el país, orientado a fortalecer la unidad en la diversidad cultural de la nación guatemalteca.

- El Decreto No.78-96 de Septiembre 11 de 1996 (Código de la niñez y la juventud) en cuyo artículo 43 c) referido a la educación en Guatemala se señala que se fomentarán entre otros los valores culturales, artísticos, étnicos, lingüísticos, de género y aprendizaje, costumbres y tradiciones propios del contexto social, eliminando todas las formas de discriminación y exclusión por razones de género, etnia, religión o condición económica. Tal Decreto fue posteriormente derogado por el Decreto 27-03 de 2003, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.
- El Decreto No. 7-99 de Marzo 9 de 1999 (Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer) que en su artículo 1 señala que la ley se basa en el reconocimiento del carácter pluricultural y multilingüe de la Nación Guatemalteca, reconociendo, en su artículo 7 que la misma está integrada por diferentes pueblos con diversas formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social e idioma, que tienen su fundamento en la familia, por lo que el Estado protege y respeta a la familia, la identidad, la vitalidad, el desarrollo e historia de dichos pueblos y culturas que habitan en el territorio nacional. Entre otros aspectos, esta ley entiende como discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en su origen étnico.
- El Acuerdo Gubernativo No.525-99 de Julio 19 de 1999 que crea la Defensoría de la Mujer Indígena adscrita a la Comisión Presidencial, Coordinadora de la Política del

Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPRE-DEH), con capacidad de gestión administrativa técnica y financiera, con el fin de atender las particulares situaciones de vulnerabilidad, indefensión y discriminación de la mujer indígena para lo cual deberá promover las acciones de la defensa y pleno ejercicio de sus derechos.

- El Acuerdo Gubernativo No. 20-2002 de Enero 12 de 2004 (Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Educación) que define al Ministerio de Educación como una institución que incorpora y refleja el carácter multiétnico, multilingüe, pluricultural de Guatemala en su estructura, funciones y programas.
- El Acuerdo Gubernativo No.129-2002 que crea el Sistema Regional de Protección Especial del Patrimonio Cultural, con la atribución de proteger y conservar dentro de la reserva de la Biósfera *Maya*, las zonas y conjuntos arquitectónicos prehispánicos, como vestigios de la Civilización *Maya*.
- El Acuerdo Gubernativo No.390-2002 de Octubre 8 de 2002 que crea la Comisión Presidencial Contra la Discriminación y el Racismo contra los pueblos indígenas en Guatemala. Esta Comisión tiene a su cargo la formulación de políticas públicas que tiendan a erradicar la discriminación racial y se conforma, entre otros, por comisionados de los pueblos *maya*, *garífuna* y *xinca*.
- El Acuerdo Ministerial No.930 de Noviembre 24 de 2003 por el que se acuerda que en todos los establecimientos educativos oficiales y privados de la República, se debe promover y respetar el uso del traje indígena.

Otras importantes reformas legales aún están pendientes de ser aprobadas, como, por ejemplo, la penalización del acoso sexual y otras (MINUGUA, 2004).

No obstante la aprobación de la normativa antes señalada y la proliferación de instancias –comisiones, defensorías– para abordar los problemas de discriminación económica, social y cultural que afectan a los pueblos indígenas en Guatemala, ésta continúa siendo una realidad grave. Los factores estructurales de esta discriminación y la falta de implementación de los acuerdos de Paz, y en especial del AIDPI, resultan determinantes en que dicha realidad no pueda ser superada en Guatemala. Tal como señala el Relator Stavenhagen en el Informe de su Misión a Guatemala el 2002:

En la base de esta situación se encuentra la discriminación estructural contra los pueblos indígenas que descansa en los mecanismos históricos ya señalados, mediante los cuales los pueblos indígenas fueron excluidos de los recursos económicos, políticos e institucionales necesarios para convivir en condiciones de equidad con el resto de la población guatemalteca. Mientras no sea modificada la base misma de la concentración y apropiación de los principales recursos económicos, políticos y simbólicos del país por las elites gobernantes que han logrado excluir sistemáticamente a los indígenas de su proyecto de nación, éstos no podrán competir en calidad de ciudadanos libres e iguales. El AIDPI apunta hacia la modificación de esta estructura como el camino para garantizar la paz y asegurar los derechos humanos en el marco de la democracia, pero como ha subrayado la MINUGUA, el camino está lleno de escollos y la meta aún no se vislumbra (Stavenhagen, 2003, parág. 20).

v. Derecho a la tierra

Uno de los ámbitos del desarrollo legislativo en materia de derechos indígenas en la última década ha estado relacionado con el derecho a la tierra. Con el fin de responder a los compromisos asumidos en esta materia en los Acuerdos de Paz, el Gobierno de Guatemala impulsó, a través de acuerdos gubernativos y reformas legales, la creación de una nueva institucionalidad en materia agraria e indígena. Entre las principales instituciones y arreglos impulsados por el Gobierno hasta la fecha caben destacar, por su importancia, las siguientes:

- Acuerdo gubernativo No. 307-97 de abril de 1997, que crea la Comisión Institucional para el Desarrollo y Fortalecimiento de la Propiedad de la Tierra (PROTIERRA). Dicha entidad es concebida como una instancia coordinadora destinada a integrar los esfuerzos gubernamentales para formular políticas y estrategias que orienten programas y proyectos que den cumplimiento a los acuerdos de paz relacionados a la propiedad, tenencia y uso de la tierra. Entre las funciones que el acuerdo le asigna está el buscar la unidad de los esfuerzos nacionales para definir un marco jurídico sobre tenencia de la tierra. La visión de PROTIERRA es que “Guatemala llegue a ser un país con seguridad y certeza jurídica sobre la propiedad, tenencia y uso de la tierra que propicie la inversión y la armonía social” (PROTIERRA, 1997 en Deere y León, 1999; 39). La presidencia de PROTIERRA es ejercida por el Ministerio de Agricultura. Participan de esta entidad además el Ministro de Finanzas y la Secretaría de la Paz. Como órgano ejecutivo de esta entidad se estructuró la Unidad Técnico Jurídica (UTJ) que coordina la estrategia integral del problema agrario, incluyendo la coordinación del

registro y catastro, el fondo de tierras, la comisión para la resolución de conflictos, el programa de inversiones rurales, el sistema de información geográfica, la administración del impuesto único sobre inmuebles y las inversiones productivas agropecuarias (Carrera, 1999, en Aylwin, 2002);

- El Acuerdo gubernativo No. 515-97 de junio de 1997 que crea la Comisión Paritaria sobre los Derechos Relativos a la Tierra de los Pueblos Indígenas. Dicha Comisión tiene un carácter bipartito y paritario, con participación indígena y gubernamental. Funciona como órgano consultivo y asesor con el objeto de definir e impulsar una nueva política de transformación agraria y desarrollo rural sostenibles y sustentables, que permita el acceso a tierras productivas y el aprovechamiento y administración de recursos naturales, así como establecer mecanismos que permitan el cumplimiento de los acuerdos de paz en esta materia (Sandoval, 2000; 16). Una de las principales tareas asumidas por esta Comisión fue la elaboración de un anteproyecto de ley para la creación del Fondo de Tierras establecido en el ASES. Con posterioridad esta Comisión se ha abocado a la preparación y análisis de un anteproyecto de ley de catastro;

- El Acuerdo gubernativo No. 392-97 de mayo de 1997 que crea el Fideicomiso Fondo de Tierra. Este viene a suceder al Fondo de Tierras (FONATIERRA), entidad dependiente del Instituto Nacional de Transformación Agraria (INTA) creado en 1992 mediante acuerdo gubernativo 751-92 del 14 de agosto de 1992. El Fideicomiso tiene por misión “facilitar a campesinos y campesinas mayores de edad, de nacionalidad guatemalteca, individuales o aglutinados en organizaciones, sin

tierra o con tierra insuficiente, a través de mecanismos financieros adecuados: a) el acceso a la tierra con vocación agropecuaria y forestal, en propiedad; b) proyectos productivos sostenibles económica y ambientalmente; c) servicios de asistencia técnica integral...”. (Fondo de Tierras, 2000, p. 3). En base al anteproyecto preparado por la Comisión Paritaria, y en virtud de ley aprobada por el Congreso de la República que entró en vigencia en el mes de junio de 1999 (Decreto No 24-99), se creó el Fondo de Tierras FONTIERRA. Dicha entidad, concebida como institución autónoma, descentralizada y con personalidad jurídica orientada a facilitar el acceso a la tierra y generar condiciones para el desarrollo rural integral y sostenible a través de proyectos productivos, agropecuarios, forestales e hidrobiológicos, además de asumir las funciones del Fideicomiso, se hizo cargo de las funciones y obligaciones de lo que fuera el Instituto Nacional de Transformación Agraria, INTA;

- El Acuerdo gubernativo No. 452-97 de junio de 1997, que crea la Dependencia Presidencial de Asistencia Legal y Resolución de Conflictos sobre la Tierra (CONTIERRA). CONTIERRA es un órgano adscrito a la Presidencia de la República cuya función legal es la de facilitar y apoyar, a petición de parte, la solución conciliatoria o jurídica de aquellas situaciones en donde uno o varios interesados reclamen simultáneamente derecho de posesión o propiedad de la tierra (artículo 1). Entre sus objetivos fundamentales se encuentra el contribuir al dialogo constructivo entre las partes involucradas en conflictos de tierra, llevar a cabo mediación activa que ayude a la conciliación en la resolución de dichos conflictos, orientar en forma gratuita a las partes que no puedan pagar asesoría jurídica, y sugerir formulas de compensación o restitución a campesinos, comuni-

dades, al Estado o a las municipalidades, en caso de que hayan resultado desposeídos de tierras por causa no imputable a ellos (artículo 2).

- Y, el Decreto No. 57-97 del Congreso de la República del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola (BANDESA) en el Banco de Desarrollo Rural (BANRURAL), que transformó BANRURAL, entidad que comenzó sus actividades en enero de 1998, concibiéndola como una institución con carácter multisectorial orientada a permitir el acceso al crédito por parte de los pequeños y medianos propietarios del área rural. Entre las actividades susceptibles de ser financiadas por BANRURAL se contemplan proyectos vinculados al agro, al ecoturismo, industrias y pequeñas hidroeléctricas y artesanía (Sandoval, 2000, en Aylwin, 2002).

Según MINUGUA, en materia de derecho a la tierra también existen reformas pendientes, entre ellas el establecimiento de una oficina de catastro, la redacción de un código legal agrario y ambiental, y el reconocimiento de la propiedad de tierras comunales. A ello se agrega la falta de una política de estímulo del desarrollo rural que afecta principalmente a la población indígena (MINUGUA, 2004).

No puede, sin embargo, dejar de subrayarse las limitaciones de dicha legislación y las políticas hasta ahora impulsadas para hacer frente a los problemas relacionados con la tenencia de la tierra que afectan al mundo indígena en Guatemala. La insuficiencia de los recursos hasta ahora dotados por el Gobierno a las entidades y programas creados con miras fomentar el acceso a la tierra de aquellos sectores que carecen de ella, o para resolver los conflictos de tierra y/o regularizar la situación de su tenencia y propiedad en áreas rurales, la falta de consideración que ha existido hasta la fecha

de la variable indígena como una variable específica para su ejecución, la desconsideración que ha existido en ellos del derecho consuetudinario indígena, la discriminación de la que en muchas ocasiones han sido víctima las mujeres, entre ellas las mujeres indígenas, la lentitud con que se ha avanzado en la puesta en marcha de iniciativas, como el catastro y el Registro de la Propiedad, que resultan fundamentales para garantizar la certeza jurídica de los indígenas sobre sus tierras, son algunos de los problemas más graves a destacar. Por ello, a pesar de los esfuerzos desarrollados por el gobierno y la cooperación internacional en los últimos años con miras a abordar la compleja realidad de las tierras indígenas en Guatemala, los antecedentes disponibles permiten constatar que los patrones históricos de discriminación y exclusión indígena de la tierra que han sido característicos de la historia de este país, siguen vigentes (Aylwin, 2002).

Como lo señala el Relator Stavenhagen en su informe sobre derechos indígenas en Guatemala al tratar el punto:

Los mecanismos desarrollados hasta ahora para implementar los compromisos mencionados en el párrafo 20 del AIDPI, como son el Fondo de Tierras y los programas de reasentamiento de población desplazada y retornada, se han revelado insuficientes para modificar la situación estructural y, en la medida en que se han aplicado, no han sido capaces de cubrir el retraso acumulado, atender nuevas necesidades de tierras, solucionar los conflictos y corregir las desigualdades en la distribución de tierras. En años recientes nuevos hechos agravan esta situación: el establecimiento de áreas protegidas o reservas forestales, y la concesión de derechos de explotación minera y forestal. Estas medidas en general excluyen del aprovechamiento de los recursos a las poblaciones indígenas asentadas dentro o en el entorno de las mismas,

no toman en cuenta el impacto sobre las necesidades de las comunidades, no incluyen soluciones a tales impactos y no han sido consultadas con los interesados (Stavenhagen, 2003: parág. 27).

vi. Reconocimiento del derecho consuetudinario indígena y acceso de los indígenas a la justicia

El marco jurídico relativo al reconocimiento del derecho consuetudinario y al acceso de los pueblos indígenas a la justicia está determinado por la Constitución Política de 1985, el Decreto 9-96 mediante el cual se incorpora al Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Ello además de la legislación ordinaria aprobada con posterioridad a los Acuerdos de Paz, Acuerdos en que, como se diera cuenta anteriormente, el gobierno adquiere compromisos concretos a “...promover ante el organismo legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas, el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias...” (AIDPI, letra E N° 3); a proponer disposiciones legales para incluir el peritaje cultural y dotar de atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad interna (AIDPI, letra E N° 4); y a impulsar servicios de asesoría jurídica gratuita para asegurar el acceso de los indígenas a la justicia (AIDPI, letra E N° 5).

En el marco de estos compromisos se han aprobado las siguientes reformas legales relativas a esta temática:

- El Decreto 79-97 mediante el cual se reformó el Código Procesal Penal creándose los Juzgados de Paz Comunitarios en nueve municipios de la República con pobla-

ción predominantemente indígena, integrados por personas de reconocida honorabilidad y arraigo propuestas por las comunidades. Para la designación de los jueces comunitarios, la Corte Suprema de Justicia realizaría consultas con las diferentes autoridades comunitarias.

- El Decreto Número 57-2002, Reforma al Código Penal, que adicionó el artículo 202 bis al Código en mención, instituyendo el delito de discriminación por primera vez en la normativa guatemalteca.

- El Decreto No. 19-2003 de Mayo 7 de 2003 (Ley de Idiomas Nacionales) que busca facilitar el acceso a los servicios de salud, educación, justicia, seguridad, como sectores prioritarios, para los cuales la población deberá ser informada y atendida en el idioma propio de cada comunidad lingüística, sin menoscabo de la incorporación gradual de los demás servicios, a los términos de esta disposición. Sin embargo, el Decreto no resolvió el estatus jurídico de las lenguas indígenas, a pesar de las garantías que la normativa otorga para la promoción, utilización y desarrollo de estas. En su artículo 1, la ley reitera el carácter exclusivo del español como idioma oficial.

No obstante esta legislación, toda la información disponible (Minugua, 2004; Stavenhagen, 2003) da cuenta de las dificultades que encuentra la población indígena para ejercer el derecho a la justicia, tanto en términos del acceso a la justicia estatal, como en relación a la consideración por ésta del derecho indígena y de la justicia indígena. A pesar de la creación en los últimos años de los juzgados de paz comunitarios que ejercen competencia en materia penal en los departamentos con mayor población indígena, de la creación de una Comisión de Asuntos Indígenas en la Corte Suprema de

Justicia, de la creación y del trabajo desarrollado por la Defensoría de Pueblos Indígenas de la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala –del que se dará cuenta a continuación– y de otras medidas adoptadas para permitir un mayor acceso de los indígenas a la justicia en Guatemala, éste sigue siendo un tema crítico.

Como señala el relator Stavenhagen en su reciente Informe sobre derechos indígenas en este país, subsisten serios obstáculos que impiden el adecuado ejercicio de este derecho por la población indígena, entre ellos; la distancia de los juzgados de las comunidades; los operadores de la justicia –jueces, fiscales y miembros del ministerio público, etc.– no han cambiado sus criterios respecto a los indígenas, y por lo mismo, son concebidos por estos últimos como contrarios a sus intereses; el hecho que estos funcionarios no sean hablantes de lenguas indígenas; el que no se haya respetado la independencia comunitaria en el nombramiento de los jueces de paz comunitarios, y que estos jueces carezcan de los recursos para su buen funcionamiento; el incumplimiento de las normas sobre utilización de interpretes en los juicios en que los indígenas son parte; y la falta de defensores públicos capacitados para asumir la defensa de indígenas (Stavenhagen, 2003). Tal opinión es coincidente con la de Otto Peralta, quien en su estudio sobre el Acceso a la Justicia de las Personas y los Pueblos Indígenas y Procuraduría de los Derechos Humanos (2005) concluye sobre esta materia: “Los diferentes aspectos examinados y la documentación revisada, nos permiten concluir en que en Guatemala, existen serias limitantes para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y para el acceso a la justicia por parte de los mismos, producto de un sistema político y jurídico que los excluye, no reconoce sus normativas propias y deliberadamente es ineficaz para prevenir y sancionar actos de discriminación y racismo” (Peralta, 2005: 18).

5.4. El Procurador de Derechos Humanos de Guatemala y su trayectoria en la protección de los derechos humanos e indígenas

5.4.1. Antecedentes de su establecimiento

Guatemala, fue el primer país de América Latina que estableció, con carácter constitucional, la figura del Procurador de los Derechos Humanos. Esta figura, tuvo su inspiración en el *Ombudsman* sueco creado en 1809, y en el Defensor del Pueblo de España establecido en 1978.

La creación de esta institución en Guatemala estuvo marcada por el contexto político que vivía el país. Debe recordarse que lo largo de la historia republicana de Guatemala se han producido numerosos golpes de Estado y fraudes electorales, y que los gobiernos dictatoriales que han prevalecido, han violado sistemáticamente los derechos humanos de la población.

Aunque la violación sistemática a los derechos humanos individuales es la más notoria, en Guatemala también hay reiteradas violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, las que provocan una angustia colectiva relacionada con la incapacidad de la población de satisfacer sus necesidades básicas. La época de más represión en el país, fue a finales de la década de los 70 y principios de la década de los 80, cuando los gobiernos militares de Romeo Lucas García y Efraín Ríos Montt iniciaron acciones de contrainsurgencia que condujeron a una guerra sucia en la que, como se señalara, la población indígena fue la más afectada.

El quiebre constitucional de marzo de 1982 abrió algunas posibilidades de iniciar cambios hacia la democracia. Dos años más tarde, en mayo de 1984, a sólo un mes de las elec-

ciones para la Asamblea Nacional Constituyente, el Colegio de Abogados realizó las llamadas “Jornadas Constitucionales”, en las que se discutieron las bases de una nueva Constitución de la República. De esta jornada surge la idea de crear instituciones como la Corte de Constitucionalidad, el Tribunal Supremo Electoral y la Procuraduría de los Derechos Humanos.

La Asamblea Nacional Constituyente, electa un mes después, fue la responsable de redactar una Constitución Política (1985) de carácter humanista, con más de la mitad de su articulado dedicado a los derechos humanos. Fue la responsable además de incorporar en su articulado la figura del Procurador de los Derechos Humanos y de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República. Esta Comisión, según lo establece la carta fundamental en su artículo 273¹⁷², es designada por el Congreso de la República y está integrada por un diputado de cada partido político representando en el correspondiente período.

El concepto de Procurador de los Derechos Humanos es establecido en el artículo 274 constitucional¹⁷³. En el se refleja la influencia del artículo constitucional español al crear

172 Artículo 273. **Comisión de Derechos Humanos y Procurador de la Comisión.** “El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente período. Esta Comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un Procurador, que deberá reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este artículo”.

173 Artículo 274. **Procurador de los Derechos Humanos.** “El Procurador de los Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración; ejercerá su cargo por un período de cinco años, y rendirá informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos”.

al Defensor del Pueblo, pero adaptado a la idiosincrasia guatemalteca y a las consecuencias del enfrentamiento armado. Se llamó Procurador porque su actuación sería en nombre del pueblo y porque su gestión se encaminaría a mantener a los habitantes en el pleno goce de las garantías que la misma Constitución establece.

La figura del Procurador nace entonces del poder constituyente originario, no de gobierno alguno, y con la característica fundamental de no estar supeditado a organismo, institución o funcionario alguno; con absoluta independencia en situaciones, como un magistrado de conciencia, no coercitivo, investido de fuerza moral, y en cierto sentido político, sin partidismo alguno con el propósito de hacer valer sus denuncias, resoluciones, señalamientos y censuras. (<http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/pdh/fucion.html>)

5.4.2. Bases constitucionales y legales del Procurador

La Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, Decreto Ley 54-86 reformado por el Decreto Ley 32-87, establece en su artículo 8º que el Procurador es un comisionado del Congreso de la República “para la Defensa de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados y Convenciones Internacionales aceptados y ratificados por Guatemala”.

La persona que sea elegida como Procurador de los Derechos Humanos debe reunir las mismas calidades que se requieren para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia y gozará de las mismas prerrogativas e inmunidades de los diputados. Entre esas calidades están el ser guatemalteco de

origen, de reconocida honorabilidad, estar en el goce de sus derechos ciudadanos y ser abogado colegiado. Además, ser mayor de 40 años y haber desempeñado un período completo como magistrado de la Corte de Apelaciones o de los Tribunales Colegiados que tengan la misma calidad o haber ejercido la profesión de abogado por más de diez años.

El Procurador de los Derechos Humanos es electo por el pleno del Congreso de la República por un período improrrogable de cinco años. Para ser electo debe obtener como mínimo dos tercios del total de votos en una sesión especialmente convocada para el efecto dentro de una terna de candidatos propuesta por la Comisión de Derechos Humanos. El artículo 275 de la Constitución asigna al Procurador la facultad de supervisar la administración, mediante las siguientes atribuciones:

1) Promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de derechos humanos; 2) investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas; 3) investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona sobre violaciones a los derechos humanos; 4) recomendar privada ó públicamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado; 5) emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos institucionales; 6) y promover acciones o recursos judiciales o administrativos en los casos que sea procedente y las otras funciones y atribuciones que le asigne la ley. Además, la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República y el Procurador de los Derechos Humanos le fija otras atribuciones relacionadas con programas de promoción y enseñanza de derechos humanos, con especial énfasis en investigaciones, campañas de divulgación y publicaciones; relación con instituciones orientadas a la mis-

ma actividad; participación en eventos internacionales; divulgación del informe anual; elaboración del presupuesto; y funciones administrativas internas.

Para el cumplimiento de su mandato constitucional en todo el país, el Procurador de los Derechos Humanos cuenta con el Departamento de Procuración, las Auxiliaturas Departamentales, Municipales, Regionales y Móviles, que atienden todas las denuncias planteadas en sus respectivas áreas geográficas. Sus funciones son:

- Establecer, desarrollar y mantener control administrativo, fiscalización e incidencia en políticas públicas, inversión social y la administración pública con la participación de la Sociedad Civil, Organizaciones No Gubernamentales (ONG) e Instituciones Estatales Nacionales.
- Generar incidencia en las políticas públicas en inversión a nivel local, regional y nacional.
- Desarrollar procesos de seguimiento para establecer la observancia y defensa, respeto y cumplimiento a los Derechos Humanos por parte del sector público.
- Establecer la coherencia entre la inversión social y las necesidades atendidas de la población.
- Promover la gobernabilidad democrática, de conformidad con el marco legal que promueve el proceso de descentralización estatal.
- Cohesionar el tejido social en los niveles local, regional y nacional.
- Y promover y fortalecer la participación ciudadana en la búsqueda de un compromiso compartido en materia de Derechos Humanos y otros temas identificados como prioritarios, a nivel regional y urbano (<http://www.pdh.org.gt/>).

Junto a ellas, existen las Defensorías, las que son unidades especializadas en el abordaje de la situación de derechos humanos de grupos específicos de la sociedad. De acuerdo al artículo 21 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Procuraduría (Acuerdo N° SG 15-98), las Defensorías Específicas “son unidades que tutelan derechos específicos de la población en situación de riesgo y vulnerabilidad, que por diversas situaciones de carácter social, económico, político e histórico adquieren especial atención en sus derechos como ciudadanos del Estado”.

Entre los objetivos de las Defensorías destacan los siguientes:

- Defender y promover los derechos de solidaridad (específicos) de grupos desprotegidos, vulnerables y/o en situación de riesgo de la población guatemalteca.
- Coordinar con el Procurador la asesoría y emisión de dictámenes técnicos sobre temas específicos que sirvan de base para la protección inmediata de la víctima y de las resoluciones de violación a los Derechos Humanos.
- Coordinar con las Auxiliaturas del Procurador acciones conjuntas en temas específicos relacionados en texto-contexto de la región donde se encuentre ubicada la Auxiliatura.
- Promover la vigencia, defensa, respeto y observancia de los derechos de solidaridad
- Y ejecutar acciones dentro del marco de trabajo de la Coordinación de Defensorías de la Sede Central (<http://www.pdh.org.gt/>).

5.4.3. Procedimientos y resoluciones frente a denuncias de violación de derechos humanos

La actuación de la Procuraduría se inicia con la denuncia, la cual es calificada para efectos de la conformación del expediente respectivo. De acuerdo al Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Procuraduría (Acuerdo SG-15-98) “toda persona individual, agrupada o jurídica, puede presentar solicitud de investigación o denuncia incluyendo los menores de edad”. La Procuraduría también podrá iniciar de oficio una investigación frente a la violación de un derecho humano.

Como consecuencia de la denuncia se abre un expediente y se inicia un procedimiento el que se clasifica de acuerdo a la unidad o dependencia en que se desarrollen (sede central; auxiliaturas departamentales y Defensorías Específicas).

La investigación se inicia, conforme el artículo 27 de la Ley que da vida a la Procuraduría de Derechos Humanos, inmediatamente después que se reciba la solicitud, debiendo el Procurador ordenar la apertura del expediente y la realización de las acciones que considere necesarias.

El artículo 29 de la misma Ley dispone que dentro del término de ocho días contados de la fecha en que se presentó la solicitud de investigación o denuncia de violación, el Procurador dictará resolución haciendo constar cualquiera de las siguientes situaciones: “a) Que no existen razones suficientes para presumir la violación de los Derechos Humanos, en cuyo caso ordenará el archivo del expediente; b) Que existen razones suficientes para presumir la violación de los Derechos Humanos, señalando un plazo que no exceda de 30

días para continuar y finalizar su investigación o las acciones correctivas o preventivas que estime convenientes; c) Que ha comprobado la violación de los Derechos Humanos y por lo tanto procederá de conformidad con lo estipulado por la Ley”.

En el último caso, la Ley faculta al Procurador a ordenar la inmediata cesación de la violación y la restitución de los derechos humanos conculcados. Según la gravedad de la violación promoverá el procedimiento disciplinario, inclusive la destitución del funcionario o empleado respectivo y cualquier otro procedimiento punitivo. Si de la investigación se establece que existe la comisión de delito o falta, formulará de inmediato la denuncia o querrela ante el órgano jurisdiccional competente. En caso de que la violación de los derechos humanos provenga de un particular, este quedará sujeto a las sanciones que para el efecto correspondan (Artículo 30).

En cuanto a la naturaleza de las resoluciones del Procurador, cabe señalar que éstas, al igual que la de los Ombudsman en general, se caracterizan por cuanto no deben considerarse como réplicas de los procesos de orden jurisdiccional; no están sujetas a formalidades especiales; no tienen carácter jurídico vinculante; su fuerza deriva de su autoridad moral, y no están sujetas a recursos judiciales (Peralta, 2005).

5.5. Defensoría de Pueblos Indígenas

5.5.1. Establecimiento y objetivos

La Defensoría de Pueblos Indígenas (en adelante Defensoría Indígena) fue creada por el Procurador de los

Derechos Humanos mediante acuerdo SG 15-98 del 15 de julio de 1998. De conformidad con su documento constitutivo está definida como:

...una unidad permanente de la Procuraduría de los Derechos Humanos, que tutela derechos específicos de los pueblos indígenas y constituye un enlace entre la Procuraduría y las organizaciones, instituciones y comunidades indígenas, con irrestricto respeto a su propia cultura, formas de vida, procedimientos y características propias. Cuenta con una dinámica propia e independencia de criterio, en el marco de un trabajo unificado y armónico con el sistema de la institución del Procurador de los Derechos Humanos (Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, Informe Circunstan-
ciado 2002).

Esta unidad surge por la particular vulnerabilidad e indefensión de los pueblos indígenas y la constante violación a sus derechos colectivos y específicos, los cuales han conllevado a trato inhumano, injusticia y racismo.

Su misión es la de definir las políticas y estrategias generales de la Procuraduría de los Derechos Humanos para contrarrestar la violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y sus derechos específicos; significa estar al tanto y con el debido conocimiento de la legislación nacional, regional e internacional que le afecta directa e indirectamente, de las tendencias y propuestas que se discuten en el ámbito nacional, regional e internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas indígenas.

En cuanto a su visión, cabe señalar que con la existencia de sistemas propios y la legislación nacional, conjuga mecanismos que permitan velar por los derechos humanos y los derechos específicos de los pueblos indígenas, permitiendo

una vida digna, libre y con igualdad de condiciones; ser una unidad eficaz, permanente en la tutela, promoción y vigilancia de los derechos específicos de los pueblos indígenas.

Entre los objetivos generales de la Defensoría Indígena destacan la defensa integral de los derechos humanos del pueblo de Guatemala tomando en cuenta sus características sociales y culturales, defender y promocionar los derechos específicos y colectivos de los pueblos indígenas e incorporar de manera permanente el elemento étnico nacional a la institución del Procurador de los Derechos Humanos. Entre sus objetivos específicos destacan educar, procurar y defender los derechos específicos de los pueblos indígenas; atender y orientar a las personas indígenas afectadas en sus derechos; dotar a las auxiliaturas departamentales, en particular en áreas indígenas, de oficiales para la procuración de los estos derechos; incorporar a la institución personal indígena para que provea de la visión étnica a todos los programas de la Procuraduría; reforzar el trabajo de difusión relativo al Convenio 169 y otros tratados internacionales relativos a pueblos indígenas, así como del contenido del Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas; fortalecer el conocimiento del personal de la Procuraduría sobre derechos indígenas, y vigilar en forma permanente estos derechos (Procuraduría de Derechos Humanos Guatemala, Informe Circunstanciado 2002).

En el 2003, la Defensoría contaba con un equipo de 13 personas que hacían posible su presencia y trabajo en 16 departamentos de Guatemala. A la misma fecha se contaba con sólo seis defensores regionales, los que debían cubrir más de un departamento cada uno (Procuraduría de Derechos Humanos Guatemala, Informe Circunstanciado 2003)¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Los defensores regionales, tienen sedes permanentes en Quetzaltenango, Retalhuleu, Quiché, Chimaltenango y Alta Verapaz.

Su creciente importancia dentro de la Procuraduría determinó su inclusión en el plan marco 2002-2007 de esta entidad, plan que incluye entre sus lineamientos de trabajo futuro en esta materia el fortalecimiento a la procuración, vigilancia y la promoción de los derechos de los pueblos indígenas en dirección a la interculturalidad y del pluralismo jurídico. De igual manera, hace énfasis en la intervención de la Defensoría en el tema étnico nacional y la discriminación racial, medio ambiente, tierra y derecho consuetudinario, planteándose la necesidad de realizar investigación científica en estas materias (Procuraduría de Derechos Humanos Guatemala, Informe Circunstanciado 2003).

5.5.2 Principales acciones desarrolladas por la Defensoría Indígena

De acuerdo a las definiciones de la Procuraduría, las líneas principales de acción de la Defensoría Indígena incluyen el apoyo a los procesos educativos en materia indígena; el apoyo a los procesos de procuración de casos relacionados con derechos indígenas; la mediación, la orientación y verificación, prevención y acompañamiento de casos relacionados con pueblos indígenas y hechos cometidos por personas e instituciones particulares; y la comunicación permanente con las organizaciones de pueblos indígenas (Procuraduría de Derechos Humanos Guatemala, Informe Circunstanciado 2002).

Las actividades más relevantes por ésta, desarrollada a favor de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala incluyen:

i. Procuración, acompañamiento y mediación en derechos indígenas¹⁷⁵

La atención de denuncias y reclamos de violaciones a los derechos indígenas ha sido una de las principales labores de la Defensoría Indígena desde su creación. La procuración y defensa incluyen, según la Defensoría Indígena, la orientación, la prevención, la mediación, el acompañamiento, la verificación y/o visita, y el seguimiento de casos concretos frente a autoridades públicas o dependencias privadas que vulneran o afectan los derechos indígenas (Procuraduría de Derechos Humanos Guatemala, Informe Circunstanciado 2001).

Los antecedentes de su acción en este ámbito datan de 2002 en adelante. De acuerdo al Informe del Procurador de ese año las principales acciones de procuración desarrolladas ese año alcanzaron a 85. De éstas, 28 fueron orientaciones, 2 preventiones, 28 mediaciones, 18 acciones de acompañamiento y 9 verificaciones y visitas. Dichas acciones trataron mayoritariamente problemas de racismo y discriminación en el acceso a servicios, conflictos de tierras, abusos policiales, agresión en contra de mujeres indígenas, seguridad de bien colectivo indígena, etc. Los actores contra quienes se reclamó el respeto de derechos indígenas fueron principalmente entidades privadas (39 intervenciones) seguidas por entidades públicas (32 intervenciones). De acuerdo a dicho Informe se notaba un sentimiento de temor al presentar quejas en contra de funcionarios de dependencias públicas y privadas. Algunas personas prefieren no iniciar investigaciones por los actos cometidos en su contra ya que correrían riesgo de ser amenazados y de ser privados de sus derechos (Procuraduría de Derechos Humanos Guatemala, Informe Circunstanciado 2001).

¹⁷⁵ Terminología utilizada por la Procuraduría para denominar actividades que corresponden a la función de investigación que generalmente desarrollan los *Ombudsman*.

En el transcurso del 2002, la Defensoría Indígena dio acompañamiento a 71 casos sobre violaciones a derechos de los pueblos indígenas, de los cuales 20 se refirieron al goce de los plenos derechos y libertades y 10 al derecho a no ser discriminado por motivo de raza u origen étnico. De acuerdo con el informe, fueron tramitados el 89% de los casos presentados y se solicitó la apertura de 16 expedientes, algunos de los cuales fueron remitidos a las asesorías departamentales debido a la jurisdicción territorial y otros se enviaron directamente al Departamento de Procuración. Chimaltenango y Guatemala fueron los departamentos en donde más casos se registraron, con 19 y 14 denuncias respectivamente. Entre los aspectos que causaron un impacto público considerable se menciona el referente al derecho a la diferencia, identidad cultural y de pertenencia étnica, identificándose el caso de una niña indígena en Quetzaltenango y otro de varias enfermeras indígenas del Centro de Salud San Miguel Chicaj (Baja Verapaz) que fueron discriminadas por la utilización de trajes típicos.

En cuanto al derecho de profesar y practicar la religión propia, se destaca la denuncia en contra de propaganda televisiva de la Cerveza Gallo, en la cual se relacionó la bebida alcohólica con una ceremonia maya, lo que fue considerado como irrespeto y denigración hacia las prácticas religiosas indígenas.

El caso referente a racismo y discriminación que tuvo mayor notoriedad por su amplia difusión en los medios de comunicación, fue el de la licenciada Irma Alicia Velásquez Nimatuj, a quien se le vedó la entrada al Restaurante Tarro Dorado de la ciudad capital, con el argumento de que no se permitía el ingreso a personas vestidas con traje indígena (Procurador de los Derechos Humanos, Informe 2002).

Con respecto al año 2003, el informe de la Procuraduría señala que la Defensoría Indígena tuvo intervención en 136 casos, entre los cuales los derechos más vulnerados fueron a plenos derechos y libertades, con 38 casos (27,94%) y el derecho a la propiedad y posesión de la tierra, con 24 casos (17,65%). En un tercer lugar se ubicaron los casos relacionados al derecho a no ser discriminado por motivos de raza u origen étnico, con 14 casos (10,29%), y en un cuarto lugar el derecho de protección contra el etnocidio, con 13 casos (9,56%). Estos últimos incluían las exhumaciones, amenazas a líderes indígenas y muerte violenta de sacerdotes *maya*. Los casos relacionados al derecho a no ser discriminado por motivos de raza u origen étnico, a pesar de ubicarse en un tercer lugar, no implican necesariamente una tendencia a la eliminación paulatina de estos hechos, atribuyendo el descenso en las denuncias más bien a que las víctimas no presentan sus casos por temor o desconfianza (Procurador de los Derechos Humanos, Informe 2003).

Siempre en el plano de la discriminación, y en relación a la aplicación de la normativa penal que la sanciona (D 57-2002), se conocieron durante el 2003 solamente tres casos, uno de ellos en la ciudad de Quetzaltenango y dos en la ciudad capital. Respecto del caso de Quetzaltenango y que afectó a una mujer indígena *mam*, a la cual le fue vedado el ingreso a una discoteca local por vestir su traje indígena, el Procurador de los Derechos Humanos dictó resolución en la cual se comprobaba la violación al derecho a igualdad por discriminación en el uso del traje indígena en contra de la señora María Olimpia López López. El caso pasó al Ministerio Público conforme al expediente número 300-2003 (Procurador de los Derechos Humanos, Informe 2003).

En su informe correspondiente a noviembre del 2004, la Defensoría Indígena tuvo intervención en 775 casos. De ellos

en primer lugar de vulnerabilidad se encuentran los derechos *a plenos derechos y libertades de las personas de ascendencia indígena* con 414 casos; en segundo lugar de vulnerabilidad se encuentra el derecho de *no ser discriminado por motivo de raza u origen étnico* con 80 casos; en tercer lugar el derecho a *decidir su desarrollo* con 36 casos, al igual que el *derecho de propiedad y posesión de las tierras tanto comunales como privadas* con el mismo número de casos; en un cuarto lugar de vulnerabilidad el derecho a *instituciones propias* con 28 casos y en un quinto lugar el *derecho de protección del patrimonio ancestral y natural* con 25 casos (Procurador de los Derechos Humanos, Informe 2004¹⁷⁶).

176 El informe de la Defensoría de Pueblos Indígenas del 2004, señala que el Procurador de los Derechos Humanos censuró y condenó, por ser constitutivos de discriminación racial y a su vez atentar contra el derecho a la igualdad e identidad de los pueblos indígenas, los siguientes casos:

- El caso del señor Victor Vicente Lem Masc, indígena *maya poqomchi'*, a quien se le negó ingresar al negocio denominado Café Cocktel el Zaguán en la Ciudad de Quetzaltenango, con el argumento de ir mal vestido, cuando vestía indumentaria indígena, caso que fue censurado por el Procurador de los Derechos Humanos como acto violatorio a la igualdad y a la identidad;
- El caso de la licenciada Carmen Yolanda Magzul López igualmente censurado como violatorio al derecho humano a la igualdad e identidad a quien se negó ingreso al negocio denominado Disco Bar mi Guajira, de la zona 10 Ciudad Guatemala el 2003 indicándole como excusa que necesitaba membresía, pero la razón era por vestir traje indígena y ser de ascendencia *maya kaqchikel* (Expediente Ord. Gua.Gua. 539-2003/DE);
- el caso de discriminación planteado por la señora María Cleofas Tuyuc Velásquez, a quien el 09 de julio del 2004, se le negó su ingreso en el negocio denominado La Biblioteca en la avenida Reforma y Plaza Obelisco zona 10 de la Ciudad de Guatemala, por ser indígena y vestir traje indígena (expediente Ref. Exp. ORD. GUA.644-2004/DE);
- el caso de un grupo de estudiantes indígenas de un diplomado que impulsa la Organización de Estados Americanos en Guatemala por un hecho de discriminación que ocurrió en el Hotel Conquistador Ramada, en la ciudad capital, el 11 de junio del 2004;
- y el caso dos personas indígenas a las que el 20 de junio de 2004 se les indicó que se les dejaba entrar al Restaurante Señor Tortuga de la zona 10 capitalina pero con traje formal y estos llevaban traje indígena (Procuraduría de Derechos Humanos, Informe Circunstanciado 2004).

Las estadísticas antes señaladas referidas a los casos de actuación de la Defensoría Indígena en este ámbito de su accionar son demostrativas de una creciente vinculación de la población indígena con esta instancia, y de un compromiso cada vez mayor de la misma para con los problemas que afectan la plena vigencia de sus derechos.

Dictámenes, resoluciones emanadas o intervenciones del Procurador en relación con los derechos indígenas

Sobre los casos antes reseñados recaen dictámenes, resolución o intervenciones del Procurador de Derechos Humanos por medio de los cuales se pretende otorgar protección a la población que los presenta.

Los casos conocidos por la Defensoría Indígena de la Procuraduría durante estos años son numerosos, y por lo mismo sería imposible referirse a todos ellos. Es de interés dar a conocer aquí solamente algunos, así como las resoluciones dictadas en relación a los mismos por el Procurador. Se trata de casos que han sido recientemente sistematizados por la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala y la Defensoría de los Pueblos Indígenas (2004) en el informe titulado *Resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos, en protección y defensa de los pueblos indígenas*.

**Resoluciones dictadas por el Procurador
de Derechos Humanos en relación con los derechos
de los pueblos indígenas**

Racismo

El caso de la denuncia por discriminación presentada el 18 de septiembre de 2001 a MINUGUA por la madre de la niña Flor de María de Racancoj Escobar, quien estudiaba en la

Escuela para Niñas Antonia de Marure de Quetzaltenango, al no haber utilizado uniforme por vestir traje típico, cuestión que había sido acordada con la escuela desde el inicio de las clases. Sin embargo la madre de la niña denuncia que esta venía sufriendo marginación en actividades de la escuela, donde era aislada por no tener uniforme, dejándola sola en un aula cuando tuvieron un acto cívico en el parque, ocasión en que no desfiló y la retiraron del cuadro de honor. Luego de diversas gestiones realizadas por el Procurador, éste resolvió con fecha 28 de febrero de 2002 que el comportamiento administrativo había sido lesivo del derecho a la identidad cultural de la niña, al no permitírsele participar en actividades cívico-culturales con su traje indígena; que la responsable de este comportamiento era la directora de la escuela en cuestión y la profesora de quinto grado de la sección A de la misma escuela, ya que impuso una disposición administrativa que restringió el derecho a la identidad cultural de la niña; y recomendó al Director Departamental de Educación de Quetzaltenango dar instrucciones en los establecimientos educativos a que se actúe sin lesionar los derechos humanos de los educandos (REF. EXP. ORD. QUET.53_01/DE).

Organización social

El caso trata del desalojo de la Alcaldía Indígena del edificio municipal de Sacapulas, municipio de El Quiché, ocurrido con fecha 25 de junio de 2000 por orden del Alcalde, profesor Pedro Pú Tojin. Antes de que los integrantes de la Alcaldía Indígena lograran consultar con los cantones que representaban, el 26 de junio de ese año el Alcalde Municipal cerró la sede instalando en el lugar una biblioteca. En el interior quedaron los enseres y las insignias de las autoridades indígenas. Solicitaron la intervención del Procurador de Derechos Humanos, por considerarse ofendidos y discriminados con el desalojo. Luego de practicarse diversas diligencias, el 4 de febrero del 2002 el Procurador Dr. Julio Eduardo Arango dispuso

que se había violado en este caso el derecho humano a la libre asociación, a la libertad, a la intimidad, a la dignidad y a las costumbres tradicionales indígenas; que el responsable era el alcalde municipal de Sacapulas el quiché Pedro Pú Tojin y su corporación; recomienda al Alcalde y a dicho municipio respetar la organización tradicional indígena así como sus costumbres y tradiciones y restituir el derecho conculcado; solicita al Ministro de Cultura y Deportes que se realicen campañas de concientización de las autoridades y de la población en general sobre culturas indígenas y sobre derechos humanos involucrados en dichas culturas; solicita al Alcalde Pú colocar una copia de la resolución en un lugar visible para conocimiento popular, y a las autoridades indicadas informen en 30 días de las medidas adoptadas al respecto; se da seguimiento al presente caso para verificar el cumplimiento de las recomendaciones (REF. EXP. QUI. ORD.007-00/DESP.).

Participación política

Caso de denuncia presentada el 7 de noviembre de 1999 por Maximiliano de León Argueta y otro Fiscal del Partido Político Acción Reconciliadora Democrática, en contra del Comité Cívico Xelju en razón de sindicarlo responsable de hechos de propaganda política en día de elecciones; compra de votos en diversas sedes y casas el mismo día con motivo de dicha elección, incitación a linchamiento del Observador del Tribunal Supremo Electoral y de los denunciantes, e incitación a personas que se trasportaban en bus urbano a que lanzaran piedras en contra de las personas antes identificadas. El Procurador de Derechos Humanos con fecha 29 de noviembre de 1999 declara la violación del derecho humano de seguridad de la junta Electoral Departamental de Quetzaltenango, al actuar con abuso de autoridad contra los miembros del Comité Cívico Xelju; señala como responsables a la junta Electoral Departamental de Quetzaltenango y a sus integrantes;

recomienda al Tribunal Supremo Electoral ser cuidadoso en cuanto al nombramiento de sus miembros (REF. EXP. ORD-QUET-20-99/DCP).

Fuente: Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala (Defensoría de los Pueblos Indígenas, *Resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos, en protección y defensa de los pueblos indígenas*, 2004).

Investigaciones en profundidad

Siempre en el ámbito de la investigación, frente a las violaciones de derechos indígenas, es de gran relevancia, por su calidad y contenidos, el *Informe del Procurador de Derechos Humanos de Guatemala al Relator Especial de Naciones Unidas sobre Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia*, elaborado en julio de 2004. Aun cuando no se trata de un documento suscrito por la Defensoría Indígena, da cuenta de los ejes de este fenómeno en materia de educación, acceso a la justicia, tierra y territorio, trabajo, pobreza en Guatemala. Se trata de fenómenos que en este país se refieren fundamentalmente a la población indígena. En el documento se constatan las múltiples formas de discriminación racismo e intolerancia que estas sufren subrayándose los factores históricos y actuales detrás de ellos y la responsabilidad del Estado guatemalteco (Procuraduría de Derechos Humanos, Informe Circunstanciado 2004).

**Síntesis de Principales Conclusiones de Informe
del Procurador de Derechos Humanos
de Guatemala al Relator Especial de Naciones Unidas
sobre Formas Contemporáneas de Racismo,
Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas
de Intolerancia 2004**

2. “El Estado guatemalteco no ha sido capaz de generar procesos que reviertan las dinámicas históricas de racismo, intolerancia y discriminación”.
3. “En términos del derecho a la educación, el Estado ha dado importantes pasos al haber modificado, al menos en la letra, el carácter monolingüe y asimilacionista del sistema educativo. La aprobación de la ley de idiomas nacionales y del decreto 22-2004 que generaliza la educación bilingüe, multi e intercultural, son parte fundamental de ese proceso. Aunque, lo reciente de su aprobación hace aún difícil evaluar dichas medidas en términos de impacto”.
6. “El derecho a la identidad y pertenencia étnica de niñas y niños indígenas se encuentra seriamente cuestionado por el sistema educativo al restringírseles el uso de su traje típico, a pesar de la existencia del Acuerdo 483 del Ministerio de Educación que prohíbe esa práctica. No se ha observado mejoría en el trato a estudiantes indígenas en cuanto al uso del traje y no existe mecanismo de supervisión estatal para establecer el cumplimiento de dicho Acuerdo”.
9. “En cuanto al acceso a la justicia, el sistema está aún lejos de responder a los principios básicos de celeridad y gratuidad y el Estado sigue sin poder garantizar el acceso igualitario de todos los ciudadanos a la justicia”.
10. “Entre los grandes problemas que enfrenta hoy la justicia en Guatemala, pueden mencionarse: la limitada presencia estatal en el territorio, la insuficiente infraestructura y capacitación de los miembros del Organismo Judicial, así como la insuficiencia de

traductores y miembros de las instituciones de administración y procuración de justicia que conozcan el idioma y la cultura indígenas”.

11. “El Estado aún no ha cumplido con su obligación de instaurar y aplicar un sistema de justicia que prevea y proteja la diversidad cultural, así como mecanismos que permitan reconocer el manejo de los asuntos internos por parte de las comunidades indígenas conforme a sus normas tradicionales, tomando como referente las normas internacionales sobre derechos humanos”.
14. “Los avances que se han producido en el reconocimiento del derecho indígena son iniciales y la mayoría se ha limitado al ámbito académico sin que hasta la fecha se compruebe la voluntad política de analizar y reconocer el derecho que en la práctica vienen ejerciendo por siglos los pueblos indígenas de Guatemala”.
15. “Guatemala sigue siendo uno de los países del mundo de mayor inequidad en la distribución de las tierras: 3.2% de las fincas ocupan 65.4% de la superficie de las tierras agrícolas; mientras 45.2% de las fincas ocupan 3.2% de la superficie”.
17. “El análisis de la estructura de la propiedad de la tierra refleja que existe una concentración de la propiedad de grandes fincas (multifamiliares) en manos de varones no indígenas (81.3%) en contraposición a una proporción mucho menor en manos de indígenas (13.6%) y de mujeres (5.1%)”.
19. “El Estado guatemalteco no ha dado cumplimiento a lo establecido en la mayor parte del articulado sobre tierras contenido en el Convenio 169 de la OIT, fundamentalmente en lo relativo a la inexistencia de mecanismos legales para que las poblaciones indígenas tengan certeza jurídica sobre sus propiedades, ya que no existe un registro catastral efectivo que garantice dicha posesión”.

21. “El Estado ha sido incapaz de generar una política de empleo coherente con un proyecto de desarrollo que posibilite fuentes de empleo e igualdad de oportunidades en el área urbana y rural y para la población ladina e indígena”.
24. “En Guatemala la pobreza se encuentra fundamentalmente determinada por factores históricos, entre los que cabe señalar la exclusión y discriminación étnica y de género, la alta concentración en el uso y tenencia de la tierra, así como la falta de acceso al trabajo y a la educación”.
25. “El 56% de los habitantes del país, o sea, cerca de 6.4 millones de personas viven en condiciones de pobreza y cerca del 16% en condiciones de extrema pobreza (2000). La pobreza es predominantemente rural y más alta entre la población indígena”.
26. “Al igual que el rechazo, la marginación y discriminación por el uso del traje indígena, es patente la intolerancia al ejercicio y practica de la espiritualidad vinculada a la cosmovisión indígena, así como su absoluta desprotección”.
29. “En cuanto al derecho al uso del propio idioma, la población indígena debe comunicarse forzosamente en el idioma español, a pesar de que el Congreso de la República promulgó el Dto. 19-2003 que entre otras cosas prioriza el uso de los idiomas en los servicios de salud, justicia y educación”.

Fuente: Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, Informe del Procurador de Derechos Humanos de Guatemala al Relator Especial de Naciones Unidas sobre Formas Contemporáneas de Racismo, *Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia*, 2004, 34-37.

ii. Función de educación y promoción de derechos indígenas

También en este ámbito ha sido posible obtener información de la actuación de la Defensoría a partir del 2001. En el Informe de la Procuraduría correspondiente a ese año se da cuenta de un total de 9 conferencias y capacitaciones impartidas sobre diferentes temas, entre ellos, cosmovisión *maya*, movimiento *maya*, pueblos indígenas constitucionalidad y derechos indígenas, derecho *maya*, avances y retrocesos en la implementación de los Acuerdos de Paz. También se elaboraron una serie de documentos de trabajo sobre temáticas similares y se grabó un programa radial sobre derechos indígenas. Ello además del acompañamiento a organizaciones indígenas en gestiones ante las instancias gubernativas, comisiones relativas a sus derechos y en marchas a favor de sus derechos (Procuraduría de Derechos Humanos, Informe Circunstanciado 2001)

Dentro de las actividades promocionales reportadas por la Defensoría de Pueblos Indígenas en su informe del 2002, se encuentran el apoyo a las organizaciones indígenas para mejorar la presentación de iniciativas y peticiones a los órganos públicos y la defensa en casos de violaciones de derechos humanos de los indígenas (Procuraduría de Derechos Humanos, Informe Circunstanciado 2002).

Durante el 2003, la Defensoría apoyó a las organizaciones indígenas para mejorar la forma de presentar diferentes iniciativas y peticiones a los órganos públicos y se acompañó a algunas comunidades que afrontan diferentes problemas de violación a sus derechos humanos. Así se intervino en la Comisión Nacional contra los Linchamientos, en redes de mujeres en el Departamento de Alta Verapaz, en redes de organizaciones indígenas en el Departamento de El Quiché y en la Comisión Interinstitucional Gubernamental para la Aten-

ción de Pueblos Indígenas. Se participó además en la discusión de la conformación de la Fiscalía Indígena en el Ministerio Público y en los procesos que conllevó la discusión de la institucionalización del Día de la Mujer en el calendario maya. Por otra parte, se dio seguimiento al trabajo del Tribunal de Conciencia contra el Racismo, y a los temas identificados en la Subcomisión de Seguridad y Justicia de la Comisión para el Seguimiento del Fortalecimiento de la Justicia (Procuraduría de Derechos Humanos, Informe Circunstanciado 2003).

Finalmente, en el informe del 2004 se da cuenta de cómo la institución del Procurador sirvió de fuente de información a gran número de estudiantes. Se destacó de manera particular la Defensoría de Pueblos Indígenas sede central, la que atendió a setenta y tres grupos de estudiantes, quienes requirieron información sobre diversos temas, entre ellos derechos contenidos en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el peritaje cultural, el calendario *maya*, identidad, racismo y discriminación.

Por otra parte la Defensoría de Pueblos Indígenas desarrolló un conjunto de eventos de capacitación, charlas, conferencias etc., en las cuales atendió 3,032 personas, las que recibieron información sobre derechos de los pueblos indígenas, racismo, interculturalidad, multiculturalidad, desarrollo de los pueblos indígenas, entre otros. También desarrolló actividades de capacitación interna que tuvieron como objetivo el personal en servicio de la institución del Procurador de los Derechos Humanos, atendiendo a 289 personas, las que fueron capacitadas en diversos temas sobre cultura y derechos de los pueblos indígenas.

En junio del 2004, se impulsó conjuntamente con el Departamento de Educación, un curso de idioma *k'iche'*, con un total de 45 alumnos de la institución, pero por diversas razones éste no concluyó.

De igual manera se produjeron 16 afiches con información sobre derechos indígenas, en los idiomas *k'iche'*, *mam*, *kaqchikel*, *q'eqchi'* y español, y se produjeron 2 spots radiales que fueron transmitidos en 81 radios en el interior de país.

Por otra parte, se adquirieron 914 libros con diversos temas indígenas para apoyar la entrega de información de 27 bibliotecas e igual número de Auxiliaturas de los 22 departamentos del país. Así mismo se proporcionó un juego de libros para la Biblioteca Central. Con esto se pretende dar respuesta a las diversas inquietudes de estudiantes que buscan información en la institución del Procurador de los Derechos Humanos sobre los pueblos indígenas (Procuraduría de Derechos Humanos, Informe Circunstanciado 2004).

Como parte del trabajo de promoción en derechos indígenas, en su Informe 2004 la Procuraduría da cuenta que la Defensoría de Pueblos Indígenas realizó cuatro estudios que fueron publicados o están en proceso de serlo. El primero, en materia legal, derivó en el documento denominado *Breve Catálogo de Derechos Colectivos y Específicos de los Pueblos Indígenas de Guatemala Tutelados Legal y Legítimamente*, del cual se publicaron mil ejemplares, y que recoge un conjunto de temas legales seleccionados por apartados que facilitan su aplicación. El segundo, es una compilación de resoluciones que se denominó *Resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos, en Protección y Defensa de los Pueblos Indígenas*; del cual se publicaron tres mil ejemplares. Este material, al que antes nos refiriéramos, recoge once

resoluciones del Procurador, seleccionadas y ubicadas en los cinco apartados siguientes: racismo, espiritualidad y pueblos indígenas, uso de la vestimenta indígena, organización social y participación política. El tercer documento, aun sin publicar, es el denominado *El Papel de los Intérpretes en los Centros de Administración de Justicia de Alta Verapaz*, el estudio recoge los principales factores que inciden en la función de los intérpretes. El cuarto documento se denominó *Manual de Procuración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, versión preliminar, del cual se publicaron cien ejemplares; el material busca apoyar los procesos de defensa de los derechos humanos, proporcionando información jurídica y técnica para los defensores, auxiliares y oficiales (Procuraduría de Derechos Humanos, Informe Circunstanziado 2004).

iii. Función de iniciativa normativa

Dentro de las actividades reportadas por la Defensoría Indígena en su informe del 2002 se encuentran la participación activa en el estudio de anteproyectos legales, acompañamiento en la formación de entidades legales, con relación a la discriminación y delitos raciales (Procuraduría, Informe 2002). En el informe 2003 se hace referencia a su involucramiento en las propuestas para la aprobación de la Ley de Acoso Sexual (2003). En la casi totalidad de los Informes de la Procuraduría se manifiesta la preocupación de esta entidad y de su Defensoría Indígena por la implementación de los Acuerdos de Paz, los que como se señalara, incluyen la introducción de reformas legislativas sobre derechos indígenas.

En el informe del año 2003 se hace un extenso análisis del estado de cumplimiento de los 33 compromisos relativos a pueblos indígenas contenidos en el AIDPI recalendarizados para el período 2000-2004. Varios de estos compromisos im-

plican la introducción de reformas legales. En el Informe 2004 se plantea como parte de las propuestas de trabajo del 2005 el “incidir en la formulación de proyectos de leyes que den atención a las demandas de los pueblos indígenas de Guatemala” (Procuraduría de Derechos Humanos, Informe Circunstanciado 2004: 13).

Por ello podemos afirmar que la Procuraduría, a través de la Defensoría Indígena, ha asumido como una de sus tareas la de coadyuvar y participar junto a otros actores en la elaboración de propuestas con miras a hacer posible las transformaciones jurídicas que se requieren para lograr un mayor reconocimiento derechos indígenas en Guatemala.

5.6 Análisis crítico y recomendaciones

Desde su creación en la Constitución de 1985 y su puesta en marcha tras la promulgación de la ley que regula sus funciones en 1987, la institución de la Procuraduría de los Derechos Humanos ha concitado un alto nivel de expectativas entre la población guatemalteca. Su inserción en un contexto histórico de transición desde los gobiernos autoritarios y las dictaduras militares a los gobiernos civiles, tanto como en el proceso de paz que puso término al conflicto armado interno, le ha exigido un rol preponderante no sólo en la promoción y defensa de los derechos humanos, sino que también en la consolidación de un Estado de derecho que aún es frágil.

Es difícil precisar si las expectativas de la población se han visto satisfechas con la labor del Procurador, pero la institución se ha consolidado paulatinamente y es innegable que goza de gran legitimidad y reconocimiento nacional e internacional. Ello se ha debido a su trabajo independiente y respetuoso, no subordinado. La credibilidad es algo que se ganó incluso desde antes de comenzar a funcionar y que quie-

nes se han desempeñado como Procuradores han sabido mantener, no obstante haberse enfrentado, prácticamente todos, a la falta de comprensión de algunas de las autoridades de gobierno.

Es por ello que tanto las autoridades como la población en general reconocen que la Procuraduría de los Derechos Humanos se ha ganado en sus años de existencia, la distinción de ser considerada un punto de referencia sobre el comportamiento del país en general y del proceso de democratización que lleva Guatemala¹⁷⁷.

El trabajo de la Defensoría Indígena del que aquí se ha dado cuenta, que es desarrollado en un contexto en que, como señala el Relator Stavenhagen en su informe sobre Guatemala (2003), subsisten serios obstáculos para el ejercicio de los derechos indígenas, también debe ser valorado. Las acciones que esta instancia ha impulsado en las áreas de procuración y defensa de derechos indígenas, en materia de mediación, en investigación y de iniciativa legislativa, han constituido un aporte sumamente relevante para hacer visible y enfrentar la problemática de una parte importante de la población de Guatemala, que en el pasado y aun en el presente, ha sido objeto de discriminación y racismo, y como consecuencia de ello, son víctimas de la violación de sus derechos individuales como personas y colectivos como pueblos.

Buenas prácticas

Entre las experiencias que deben ser destacadas como mejores prácticas en el trabajo de esta Defensoría a favor de los derechos indígenas cabe destacar las siguientes:

177 Antecedentes extraídos de <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/pdh/marco.html> y de entrevista a Pedro Marimán, voluntario de MINUGUA, 1997-2003, Temuco, Chile, febrero 2005.

- En materia de investigación, la actuación desarrollada en el caso referente a racismo y discriminación que afectó a la licenciada Irma Alicia Velásquez Nimatuj, a quien se le vedó la entrada al Restaurante Tarro Dorado, de la ciudad capital, con el argumento de que no se permitía el ingreso a personas vestidas con traje indígena (Procurador de los Derechos Humanos, Informe 2002). A juicio de Peralta, la importancia de este caso, –en que se constata la violación del derecho humano a la dignidad e identidad de los pueblos indígenas, se señala como responsable a los propietarios del local señalado y se recomienda al Congreso promover iniciativas de ley para sancionar la discriminación y el racismo– radica en que se logró corregir un acto de discriminación y se abrió la posibilidad de que otros casos fueran denunciados, como los que reporta el Procurador en el Informe Anual 2004 relacionados con Víctor Vicente Lem en Quetzaltenango y Maria Tuyuc Velásquez en la Ciudad de Guatemala, quienes sufrieron la misma discriminación (Peralta, 2005). De gran relevancia también es el estudio en profundidad que se tradujo en el Informe del Procurador de Derechos Humanos de Guatemala al Relator Especial de Naciones Unidas sobre Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia, elaborado en julio de 2004.

- En materia de mediación, el caso del desalojo de la Alcaldía Indígena del edificio municipal de Sacapulas, municipio de El Quiché, ocurrido con fecha 25 de junio de 2000 por orden del Alcalde, profesor Pedro Pú Tojin, antes referido. En este caso –en que el Procurador estableció que se había violado el derecho humano a la libre asociación, a la libertad, a la intimidad, a la dignidad y a las costumbres tradicionales indígenas, en que el responsable era el Alcalde Municipal de Sacapulas, y en

que recomendó al Alcalde y a dicho municipio respetar la organización tradicional indígena así como sus costumbres y tradiciones y restituir el derecho conculcado—, se desarrolló una importante mediación por parte de la Defensoría Indígena, en atención a que se trataba de una Alcaldía municipal indígena. En este proceso se escuchó a las autoridades municipales, se verificaron los hechos, y se planteó la necesidad de buscar soluciones sobre la base del diálogo (Peralta, 2005).

- En materia de educación y promoción destacan las actividades de capacitación en derechos indígenas para personas indígenas y público en general, y el trabajo de apoyo a organizaciones indígenas para la presentación de sus iniciativas y peticiones frente a los órganos públicos. También destacan la elaboración y difusión de los trabajos identificados en el Informe Circunstanciado 2004 (“Breve Catálogo de Derechos Colectivos y Específicos de los Pueblos Indígenas de Guatemala Tutelados Legal y Legítimamente, Resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos, en Protección y Defensa de los Pueblos Indígenas, el Papel de los Intérpretes en los Centros de Administración de Justicia de Alta Verapaz, Manual de Procuración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas”), en especial los dos últimos documentos que abordan en forma directa la problemática del acceso de los indígenas a la justicia.

- Finalmente, en materia de iniciativa normativa destacan la incidencia que la Defensoría ha tenido en la aprobación de las últimas legislaciones relativas a pueblos indígenas, en particular la ley que establece el delito de discriminación racial (Decreto 57-2002), y la ley sobre idiomas nacionales (Decreto 19-2003). También debe valorarse la insistencia de la Procuraduría y de la Defen-

soría Indígena en la implementación de compromisos de los Acuerdos de Paz en materia indígena, los que como se ha señalado, incluyen importantes reformas legislativas hasta ahora no materializadas en Guatemala.

No es coincidencia entonces que los pueblos indígenas y los organismos que trabajan con ellos tengan en general una percepción positiva del trabajo de la Procuraduría y de su Defensoría Indígena. Así se desprende de los antecedentes recabados por Peralta (2005) en el marco de su estudio sobre la Procuraduría y los derechos indígenas. Según dicho estudio los líderes indígenas entrevistados reconocen las oportunidades que ofrece la Procuraduría para apoyar y acompañar en casos graves de violaciones a los derechos humanos. Lo mismo se percibe en entidades no gubernamentales que defienden los derechos indígenas, las que además de tener interés y confianza en el trabajo de esta organización, consideran que la Procuraduría es una institución importante en la defensa de estos derechos (Peralta, 2005).

Vacíos y obstáculos

Debe señalarse, sin embargo, que los dirigentes indígenas también cuestionan la labor de la Procuraduría y su Defensoría. De acuerdo a esta visión existen dificultades para que esta institución llegue a las comunidades, hace falta mayor difusión de su trabajo, así como capacitación y orientación específica en la temática de los derechos indígenas. De acuerdo a Peralta, los dirigentes indígenas:

Coinciden en que la Institución tiene dificultades para llegar a las comunidades y para atender una mayor cantidad de casos. Saben que existen innumerables comunidades y líderes comunitarios que desconocen el trabajo que realiza y que quienes han tenido la oportu-

nidad de conocerlo, consideran que el alcance de su actuación no contribuye de la manera que quisieran en la solución de sus problemas. Sin embargo, se reconoce que las limitaciones y obstáculos de la Procuraduría tienen un carácter estructural, histórico y político muy fuertes por lo que no se puede esperar que en poco tiempo o con el tratamiento de algunos casos, la entidad resuelva los problemas de las comunidades (Peralta, 2005:60).

No cabe duda que la institución tiene serias limitantes en su actuar a favor de los derechos indígenas. Varias de estas limitantes son más bien propias de la Procuraduría en su conjunto. Entre éstas se encuentran aquellas de carácter político, las que están determinadas por la forma de nombramiento del Procurador (por el pleno del Congreso en terna propuesta por la Comisión de Derechos Humanos), procedimiento que supone acuerdos entre los partidos políticos representados en el Congreso, y por su actuación como funcionario, la que tiene limitantes según sea la tendencia política de la mayoría que lo eligió.

Por otro lado están aquellas de carácter jurídico, que se refieren a la escasa fuerza legal que tienen sus resoluciones para enfrentar las situaciones de violación de derechos humanos que deben conocer (Peralta, 2005).

También están aquellas que son propias de la Defensoría Indígena, como la carencia de recursos para asumir sus funciones a lo largo del territorio de Guatemala (para el 2005 se proyecta ampliar su cobertura a siete departamentos donde predomina la población indígena donde hasta hoy no hay presencia de esta entidad), la falta de idoneidad del personal, y la necesidad de dar una mayor difusión de su trabajo al mundo indígena.

Recomendaciones

De los antecedentes recabados y antes expuestos, y de las opiniones señaladas se desprende un conjunto de recomendaciones y sugerencias a ser tomadas en consideración por las autoridades pertinentes para una potenciación de la labor de la Procuraduría y de su Defensoría Indígena en materia de derechos indígenas. Entre ellas cabe destacar:

1. La ampliación del personal y de la cobertura geográfica de la Defensoría Indígena para dar atención a siete departamentos donde la población indígena es dominante y que actualmente no son atendidos; la capacitación a los funcionarios de la Defensoría y de la Procuraduría en general de modo de posibilitar una perspectiva intercultural en su accionar;
2. La utilización de los recursos y acciones judiciales disponibles en los casos en que sea necesario para garantizar la efectividad de la investigación emprendida en torno a violaciones de derechos indígenas;
3. La profundización de las acciones hasta ahora desarrolladas en materia de educación y promoción tanto hacia sectores del Estado y de la sociedad guatemalteca, como hacia la población indígena;
4. La profundización de la labor de investigativa con miras a dar respuesta a las denuncias de los indígenas en casos de violación de sus derechos así como a hacer visibles en la sociedad y el Estado guatemalteco las distintas situaciones que afectan su vigencia para las personas y comunidades indígenas;

5. Y la profundización de las acciones tendientes a permitir mayores niveles de reconocimiento y respeto del derecho consuetudinario indígena y de acceso de los indígenas a la justicia estatal.

Dada la profundidad del trabajo realizado por Otto Peralta (2005) sobre la Procuraduría y su rol en la protección de los derechos indígenas, parece relevante incluir aquí las recomendaciones que este autor hace a esta entidad para maximizar su actuación en este ámbito. Las recomendaciones principales que Peralta realiza en esta materia son:

En el ámbito de la comunicación social se sugiere que haya una divulgación permanente en las comunidades y en los idiomas indígenas sobre el papel, el mandato y el trabajo de la Institución. En una de las entrevistas se manifestó que los miembros de la Procuraduría deben comunicar qué acciones realizan, se utilizó la frase siguiente: “Que digan qué hacen y para quienes trabajan”.

Con respecto a la atención pronta y oportuna, se recomienda que haya más personal y con mejor disposición de servicio del mismo.

Sobre la ampliación de su cobertura se recomienda que se instale oficinas por microregiones, municipios y comunidades de ser posible, con la finalidad de prevenir más violaciones a los derechos indígenas. Se sugiere que se atiendan más casos de violaciones a los derechos indígenas, debido a que la mayoría no se denuncian y quedan en absoluta impunidad.

En el ámbito del fortalecimiento de la confianza en la Institución, se considera necesario que haya una atención amable, atenta y muy abierta hacia los indígenas. Se

sugieren aspectos como: “organizar delegados comunales”, “que se den a conocer”, “que tengan visitas a las comunidades”, “que hablen con los indígenas” y “tratar la manera de ya no defender a los ladrones que tanto daño han hecho al país”. La variedad de opiniones es amplia y en las mismas, otra vez aparece la impresión equivocada con respecto a los delincuentes, la cual se ha determinado que es en muchos casos, inducida por sectores interesados en destruir la imagen de la Procuraduría. Por otra parte, también hay más opiniones que pueden resultar valiosas para ser tomadas en cuenta por la Institución, como es el caso de la siguiente: “Que salgan de su oficina y que se vayan en las comunidades y que caminen un poco”, esta frase está relacionada con la manera como los funcionarios de la PDH, MINUGUA y otros, llegan a las comunidades.

Con relación al fortalecimiento institucional existen interesantes sugerencias que a continuación citamos literalmente: “descentralizar las funciones”, “conformar un consejo de representantes de los pueblos indígena”, “capacitar de mejor manera al personal”. Se recomienda además, que las puertas de la Institución deben estar abiertas en forma permanente, para que las personas puedan acudir a ella a cualquier hora, pero también su personal debe estar dispuesto a recibir sugerencias y apoyo solidario de las organizaciones.

En el tema de la idoneidad del personal, se obtuvo opiniones en dirección a que los procedimientos de contratación deben ser en base a perfiles técnicos y calidades éticas y morales de alguna manera ya demostradas. Se considera que hay personal que no cumple con sus funciones y que no atiende adecuadamente a los usuarios.

Finalmente, con respecto a la ampliación del mandato, se obtuvo opiniones en el sentido de que deben plantearse una reforma a la Ley, especialmente con la finalidad de que las resoluciones del Procurador tengan mayor fuerza jurídica y que sus expedientes, puedan convertirse en pruebas o principio de prueba para juicios en contra de los violadores a los derechos humanos. Además, se considera que se debe asignar un porcentaje mínimo y determinado por ley del presupuesto nacional, para atender las necesidades de la Procuraduría y evitar que cada año se tenga que hacer cabildeo y negociación política para conseguir recursos financieros adecuados (Peralta, 2005: 69-70).

Bibliografía

- Arce Gordillo, Juan Pablo, *Análisis comparativo entre los criterios del defensor del pueblo (España) y del procurador de los derechos humanos (Guatemala) en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 33, México, D.F., 2000, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=104>
- Aylwin, José, *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos*. Volumen I y II, CEPAL, Serie Desarrollo Productivo, Santiago. 2002.
- Barié, Cletus, *Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama*. 2da. Edición. CD, 2003.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*. OEA/Ser. L/V/II.118, Doc. 5 rev. 1, 29 diciembre 2003, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/indice.htm>

----- . *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*. OEA/Ser. L/V/II.111, Doc. 21 rev. Abril 2001, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala01sp/indice.htm>

Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH), *Guatemala memoria del silencio. Conclusiones y recomendaciones del Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico*, Guatemala, 1999.

García Laguardia, Jorge Mario, *La reforma liberal en Guatemala. Vida política y orden constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B: Estudios Comparativos, d) Derecho Latinoamericano, Núm. 18, México D.F., 1980, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=370>

----- . *La Constitución guatemalteca de 1985*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 2. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala. México, 1992, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=222>

----- . *El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala. Primer ombudsman de América Latina. Primera década*. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 29. Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala. México, 1998, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=129>

Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. *Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala*. Ius et

Praxis. [online]. 2003, vol.9, no.1 [citado 25 Marzo 2005], p.117-156, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100008&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de progresos en derechos indígenas*, CD. Sin fecha.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.

Instituto Nacional de Estadísticas, *XI Censo Nacional de Población y VI de Habitación* en <http://www.ine.gob.gt/content/index2.htm>

Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), *Compendio general sobre el proceso de paz de Guatemala*, Tomo I, “Proceso de Negociación de la Paz en Guatemala”, Guatemala, 2000.

-----, *Informe del Secretario General (Noveno Informe sobre la aplicación de los Acuerdos de Paz en Guatemala)*. A/59/307, 30 de agosto de 2004

-----, *Los pueblos indígenas de Guatemala: la superación de la discriminación en el marco de los Acuerdos de Paz*, septiembre de 2001.

Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG), *Guatemala Nunca Más*, Tomo III: “*El Entorno Histórico*”, Guatemala, 1998.

Peralta, Otto, *Estudio sobre el Acceso a la Justicia de las Personas y los Pueblos Indígenas y Procuraduría de los Derechos Humanos*, Guatemala, 2005, inédito.

Procurador de los Derechos Humanos, *Informe Anual Circunstanciado 2001*, Guatemala, enero 2002.

-----, *Informe Anual Circunstanciado 2002*, Guatemala, enero 2003.

-----, *Informe Anual Circunstanciado 2003*, Guatemala, enero de 2004.

-----, *Informe del Procurador de Derechos Humanos de Guatemala al Relator Especial de Naciones Unidas sobre Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia*, 2004.

----- (Defensoría de los Pueblos Indígenas), *Breve catálogo de derechos colectivos y específicos de los pueblos indígenas de Guatemala tutelados legítimamente*, Guatemala, 2004.

-----, (Defensoría de Pueblos Indígenas), *Informe Anual 2004*, Guatemala, noviembre 2004.

-----, (Defensoría de Pueblos Indígenas), *Resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos, en protección y defensa de los pueblos indígenas*, Guatemala, marzo del 2004.

Richards, Michael, *Atlas Lingüístico de Guatemala*, Instituto de Lingüística y Educación, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2003.

Stavenhagen, Rodolfo (Relator Especial de la ONU para los Derechos Indígenas), *Misión a Guatemala*, Consejo Económico Social ONU, E/CN.4/2003/90/Add.2 10 de febrero de 2003.

Yrigoyen, Raquel, “*El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala*”, en *América Indígena*, vol. LVIII, Núm. 1-2, ene.-jun. 1998. México: Instituto Nacional Indigenista-INI e Instituto Indigenista Interamericano-III OEA, 1999, en <http://aler.tanet.org/ryf-americaindigena.htm>

Páginas web

<http://alertanet.org/ryf-americaindigena.htm>

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/>

<http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/pdh/funcion.html>

<http://www.pdh.org.gt/>

<http://www.socwatch.org.uy/es/portada.htm>

Entrevista

Pedro Marimán, Voluntario de Naciones Unidas en MINUGUA 1997-2003, Temuco, Chile, febrero 2005.

Comunicaciones

Castañeda, Amilcar, comunicación escrita al autor, abril 2005.

Ceballos, María Elena, comunicación escrita al autor, mayo 2005.

6. MÉXICO

6.1. Antecedentes generales

De acuerdo a estimaciones actuales, la población indígena en México alcanza a casi trece millones, lo que representa alrededor de 12% de la población total. Según criterios etnolingüísticos dicha población se clasifica en 62 pueblos o grupos étnicos. Su distribución en el territorio nacional es desigual, concentrándose principalmente en los estados del sur y del sureste. A pesar de ser mayoritariamente rural, su presencia en zonas urbanas ha aumentado considerablemente. En numerosos municipios del país, sobre todo en Oaxaca, Guerrero y Chiapas, los indígenas son hoy mayoría.

Al igual que en los demás Estados de la región, la población indígena de México es pobre. La mayor parte de la población indígena se encuentra en los municipios y estados que tienen los índices menores de desarrollo humano y social, donde la mayoría de los indígenas son campesinos minifundistas y jornaleros. En el 2002, México ocupó el lugar 54 de 173 países con un Índice de Desarrollo Humano de 0.796. Los tres estados de la región Sur con mayor población indígena (Chiapas, Guerrero, Oaxaca), presentaban el IDH, la tasa de alfabetización, el índice de esperanza de vida al nacer y el PIB más bajos del país.

Históricamente la tierra ha estado al centro de las preocupaciones de los pueblos indígenas en México. Ello explica la participación indígena en la revolución agraria de 1910. La constitución de 1917 inició un proceso de reforma agraria que benefició a cerca de tres millones de campesinos, mayoritariamente indígenas, bajo distintas formas de tenencia de la tierra (comunidades agrarias, ejidos y pequeñas propiedades). Durante el siglo XX el Estado mexicano, bajo el con-

tol del Partido Revolucionario Institucional (PRI), basó su política indigenista en la educación, la reforma agraria y la infraestructura de carreteras y comunicaciones, con el objeto de “integrar a los indios a la nación”. A pesar de ello, las comunidades indígenas sobrevivieron a este proceso de aculturación y mantienen, hasta hoy, su identidad cultural como pueblos indígenas.

En 1992 fue reformada la Constitución abriendo el camino a la privatización de las tierras comunales indígenas, en el marco de un proceso de desarrollo económico integrado a la globalización, incluyendo al Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, que ha traído grandes cambios al mundo rural en el que vive la mayoría de los indígenas.

El debate nacional en torno a los derechos indígenas en México adquirió relevancia con el levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en 1994, el posterior diálogo que condujo en 1996 a la firma de los Acuerdos de San Andrés sobre identidad y cultura indígena entre el gobierno y el EZLN, y la reforma constitucional de 2001, que ha sido fuertemente impugnada desde las organizaciones indígenas y los organismos de derechos humanos (Stavenhagen, 2003).

6.2. Marco jurídico de los derechos humanos

Las bases jurídicas de los derechos humanos en México se encuentran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPM), y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por este país.

La CPM define a los Estados Unidos Mexicanos como “una República representativa democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental” (artículo 40).

Las disposiciones más relevantes de la carta fundamental en materia de derechos humanos son:

- En materia de derecho a la vida, el artículo 14 que dispone que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos; y el artículo 22 que prohíbe la pena de muerte por delitos políticos y establece que esta sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía y premeditación o ventaja, al plagiario al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.
- En cuanto a la libertad personal, el artículo 1 de la CPM señala que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. En el mismo ámbito, el artículo 18 constitucional establece que sólo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. En este sentido, sólo podrá privarse a un individuo de su libertad personal, cuando se le impute alguno de los delitos que merezcan pena corporal.
- En cuanto al derecho a la integridad personal, los artículos 20 y 22 prohíben toda “incomunicación, intimidación o tortura” y las “penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie... y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales”.
- En cuanto a las garantías judiciales, el artículo 13 prevé que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. El artículo 14 establece la garantía de audiencia ante tribunales previamente establecidos donde se sigan las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad,

prohibiendo que en juicios del orden penal se impongan penas que no estén establecidas por leyes exactamente aplicables al delito que se trate. El artículo 16 establece el derecho de toda persona a no ser detenida sino por orden de aprehensión librada por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, o en caso de delito flagrante. El derecho a acudir ante tribunales competentes, independientes e imparciales está reconocido por el artículo 17 constitucional. El artículo 19 establece que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido, y hagan presumible su responsabilidad. Por último, el artículo 20 establece las garantías judiciales a la libertad provisional bajo caución, a la falta de obligatoriedad de declarar, a no ser incomunicado, intimidado o torturado, a conocer dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a presentar los testigos y demás pruebas que ofrezca, a ser juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, a facilitarle todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, a ser juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa, y a ser informado desde el inicio del proceso de sus derechos.

- Finalmente, en relación a los derechos y deberes políticos en el derecho mexicano, el artículo 35 establece que son prerrogativas del ciudadano: votar en las elecciones

populares; poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos del país. Asimismo, el artículo 36 establece que son obligaciones del ciudadano: "...votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley; desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos, y desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado" (CIDH OEA, 1998).

La otra fuente principal en el reconocimiento y protección de los derechos humanos en México son los tratados internacionales. México se ha incorporado al sistema internacional de protección de los derechos humanos mediante la firma y ratificación de diversos pactos y convenios. En el ámbito de la ONU ha ratificado las nueve principales convenciones de derechos humanos¹⁷⁸. Junto a ello ha ratificado la mayoría de los tratados mencionados en la Declaración del Milenio¹⁷⁹.

178 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990. Fuente: Sitio Web de la Colección de Tratados de Naciones Unidas, Base de Datos "Estado de los Tratados Multilaterales Depositados con el Secretario General" (<http://untreaty.un.org/>).

179 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, Italia, 1998; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción. Oslo, Noruega, 1997; el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996,

En el ámbito americano las principales convenciones ratificadas por México incluyen la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, OEA (en 1982); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará” (en 1998); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (en 1996); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Relativos a la Abolición de la Pena de Muerte (en 1994); y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (2002) (IIDH, s.f.).

También México ha ratificado el Convenio (No. 169) sobre Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT (publicado en Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1991 y entró en vigor el 5 de septiembre de 1991).

Sin embargo, en varios casos la ratificación de tratados internacionales ha sido hecha con reservas y declaraciones interpretativas, las cuales representan limitaciones a los derechos reconocidos en los instrumentos ratificados. Por otro

que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales. Ginebra, Suiza, 1996; el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Kyoto, Japón, 1997 (aún sin vigor); la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, EEUU, 1989; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Nueva York, EEUU, 2000; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Nueva York, EEUU, 2000; la Convención sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro, Brasil, 1992; la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África. París, Francia, 1994; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Nueva York, EEUU, 1979. *Ibid.*

lado, México también ha aceptado la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las ratificaciones pendientes, e incluso la ausencia de la firma en algunas convenciones, representan también obstáculos para el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales (OACDH, 2003).

Los tratados internacionales son observados por México de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 133, 89 fracción X y 78 de la Constitución Nacional. No obstante lo anterior, en los últimos años se ha debatido en México la relación entre el orden jurídico interno y los tratados internacionales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) modificó en 1999 su interpretación sobre la materia que equiparaba a los tratados internacionales con las leyes federales, estableciendo:

(...) los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y com-prometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República al suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades¹⁸⁰.

180 “Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal”. Novena Época. Instancia Plena. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis; P. LXXVII/99 p. 46, materia constitucional. Tesis aislada. Citado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, 2003.

En abril del 2004, sin embargo, la Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Olga Sánchez Cordero, señaló que la iniciativa de reforma constitucional a favor de los derechos humanos enviada ese mes a la Cámara de Diputados por el presidente Vicente Fox, no era precisa en señalar la jerarquía normativa de los acuerdos internacionales y se mostró partidaria de una reforma del artículo 133 constitucional para que se clarificara la jerarquía de los acuerdos internacionales. Advirtió que ante la falta de precisión en la Constitución, se había dejado a la libre interpretación de los jueces la aplicación del derecho internacional en cada caso particular. Respecto de las posturas asumidas por la SCJN respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, expuso que en distintos momentos ha establecido que los acuerdos eran superiores a las leyes federales, pero también que se encuentran en igualdad de jerarquía¹⁸¹.

6.3. Derechos indígenas

A comienzos de los noventa se introducen en México importantes reformas jurídicas relacionadas con el régimen de tenencia de la tierra, por un lado, y con los derechos indígenas por el otro. En el primer ámbito, el gobierno de Salinas de Gortari propuso la reforma del artículo 27 constitucional con miras a modificar la estructura de la propiedad de la tierra resultante de sesenta años de reforma agraria y de promover la capitalización de la pequeña propiedad rural, el ejido y la comunidad, en el contexto previo a la incorporación de México al NAFTA.

181 “Vaga la jerarquía de acuerdos internacionales en Constitución: SCJN”. Nota de prensa. CIMAC. México DF, 29 de abril de 2004. Ver: <http://www.cimacnoticias.com/noticias/04abr/04042914.html>

Dicha iniciativa fue aprobada por el Congreso en enero de 1992¹⁸². La reforma constitucional fue seguida por la promulgación de la Ley Agraria y la Ley Orgánica de Tribunales Agrarios (Diario Oficial, 26 febrero de 1992). Las referencias que la Ley Agraria hace sobre los indígenas y sus tierras son limitadas¹⁸³. La ley regula, sin embargo, la situación de los ejidos y comunidades, modalidades bajo las cuales se encuentran las tierras indígenas en la actualidad. Junto con reconocerse su personalidad jurídica y patrimonio, se establecieron mecanismos para hacer efectivos los derechos propietarios sobre sus tierras. Para estos efectos se creó el Programa de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares (PROCEDE), entidad a la que corresponde otorgar certificados parcelarios, certificados de derechos y títulos de solares urbanos a los ejidatarios de aquellos núcleos agrarios que voluntariamente acepten participar en el programa. El PROCEDE podrá autorizar a los ejidatarios para adoptar el dominio pleno cuando la asamblea así lo decide. A partir de la expedición del título respectivo, y de su inscripción en el registro público de la propiedad, las tierras ejidales dejan de ser tales y quedan sujetas a las disposiciones del derecho común (arts. 9 a 97 Ley Agraria). Respecto a la propiedad comunitaria, en los artículos 98 al 107 se especifican los alcances de la forma de vida de las comunidades. Se establece

182 Fracción VII del artículo 27: “Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas. La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas. La ley, considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores”.

183 En su artículo 106 dispone que las tierras de los grupos indígenas deben ser protegidas en los términos del artículo cuarto y del segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional; y en su artículo 164 dispone que en los juicios que involucren a tierras de los grupos indígenas, los tribunales deberán considerar sus usos y costumbres mientras no contravengan los dispuesto en la ley ni se afecten derechos de terceros.

también que a estos núcleos agrarios es factible aplicar todas las disposiciones que prevé la Ley Agraria para los ejidos, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto expresamente en ella para las comunidades.

La reforma del artículo 27 constitucional y la nueva Ley Agraria fueron acompañadas de reformas relativas a los derechos sobre recursos naturales y el medio ambiente. De particular importancia son la Ley Forestal (mayo de 1997), la que intenta proteger los derechos de los núcleos ejidales y comunales, así como de los pueblos indígenas sobre los recursos forestales existentes en sus tierras¹⁸⁴ y la modificación (1996) de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de enero de 1988. En esta última ley se promueve la participación indígena en la administración y manejo de áreas protegidas (art. 47), se valora el conocimiento biológico tradicional, y se establece la participación de las comunidades así como los pueblos indígenas en la elaboración de programas de biodiversidad de las áreas en que habitan (art. 79).

La normativa constitucional y legal reformada fue objeto de múltiples críticas. Sectores campesinos e indígenas cuestionaron, el término del reparto agrario que venía siendo impulsado desde la época de la revolución mexicana, argumentando que no era efectivo que no existieran más tierras para ser distribuidas entre quienes carecían de ellas. Se cuestionó además la intencionalidad del gobierno al promover

184 Esta ley fue más tarde reformada por Ley de Desarrollo Forestal Sustentable de 2003 en que se establece como objetivos en relación a los pueblos o comunidades indígenas el respetar el derecho al uso y disfrute preferente de los recursos forestales de los lugares que ocupan y habitan; contribuir a su desarrollo socioeconómico y garantizar su participación en la aplicación, evaluación y seguimiento de la política forestal e impulsar entre ellos el desarrollo de la empresa social forestal y comunal.

la reforma señalando que esta era una exigencia del Tratado de Libre Comercio más que a una necesidad real del agro mexicano. Las negativas consecuencias que la Ley Agraria tendría para los núcleos de población ejidal y comunal, y para los indígenas, fueron subrayadas (FIDH, 2002)¹⁸⁵.

En materia de reconocimiento de derechos indígenas, en 1991 la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, convirtiendo a México en el segundo Estado, luego de Noruega, en hacer suyo dicho Convenio. Un año más tarde, en 1992, se reformó el artículo 4 de la Constitución Política de México reconociéndose la composición pluricultural de la “Nación mexicana” y derechos de los pueblos indígenas¹⁸⁶. Las insuficiencias y vaguedades de esta reforma, contrastaron con la claridad de los contenidos de la reforma del artículo 27 constitucional que puso fin al reparto de tierras e intentó promover la privatización de las tierras ejidales e indígenas. Ello, junto a la inexistencia de una ley que regla-

185 Entre las críticas destacaban el término del régimen ejidal y la asignación de tierras en dominio pleno; la autorización otorgada al ejidatario para transferir sus derechos de uso o usufructo sobre su parcela prácticamente sin limitaciones; la facultad que otorga a los ejidatarios para transmitir el dominio de las tierras de uso común, —generalmente bosques, selvas, terrenos de agostadero— a sociedades mercantiles o civiles en las que participen el ejido o los ejidatarios; la insuficiente protección que otorga a las tierras de los asentamientos humanos, incluyendo los terrenos en que se emplaza la zona de urbanización del ejido y su fundo legal, así como a los solares en zonas de urbanización; la facilitación de los contratos o convenios de cesión de tierras de uso común a terceros; y la asimilación de las tierras de las comunidades (comunales) a las de las tierras de uso común de los ejidos, las que como dispone la ley, pueden aportarse a una sociedad o cederse su uso y disfrute (en FIDH, 2002).

186 Artículo 4 párrafo 1. “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”.

mentara este artículo (cuarto constitucional) e hiciera aplicables los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en las distintas entidades federativas, provocaron la crítica y el desencanto de las organizaciones indígenas de México.

La manifestación más evidente del descontento indígena fue el levantamiento armado protagonizado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), integrado en gran parte por indígenas, en el estado de Chiapas en 1994, el día mismo en que México pasaba a integrar el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica NAFTA. Producto de la presión ejercida en esa época por el movimiento indígena por reformas profundas en la relación de los pueblos indígenas con el Estado, basadas en el reconocimiento de su derecho a la libre determinación y a la autonomía, y en la necesidad de establecer la paz entre las partes en conflicto armado, es que el gobierno federal presidido por Ernesto Zedillo y el EZLN suscribieron en febrero de 1996 los llamados Acuerdos de San Andrés. Entre los múltiples acuerdos adoptados entre ambas partes en esa oportunidad se encontraba el reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución mexicana así como de su derecho a la libre determinación¹⁸⁷.

A fin de materializar los compromisos asumidos en San Andrés, el Congreso de la Unión creó una comisión plural llamada Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), la que en noviembre de 1996 entregó a las partes firmantes del Acuerdo una propuesta de reforma constitucional. Dicha propuesta suponía una reforma a varios artículos de la Consti-

187 En el punto 3 de los compromisos contenidos en dichos Acuerdos se señalaba: “El derecho a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía asegurando la unidad nacional. Podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente. El marco constitucional de la autonomía permitirá alcanzar la efectividad de los derechos sociales, económicos, culturales y políticos con respeto a su identidad”.

tución listando una serie de derechos para un nuevo sujeto jurídico, los pueblos indígenas, siendo el principal de estos derechos la autonomía¹⁸⁸. La propuesta de COCOPA fue aceptada por el EZLN, pero rechazada por el gobierno federal, el que elaboró una propuesta alternativa de reforma que envió al Congreso para su aprobación en 1998. Dicha propuesta, a juicio de diversas organizaciones indígenas y analistas, restringía seriamente no sólo la propuesta de COCOPA, sino también los Acuerdos de San Andrés, sin dar cumplimiento a los compromisos allí adquiridos. Como consecuencia de este impasse, no hubo bajo la administración de Zedillo reforma constitucional relativa a los derechos de los pueblos indígenas.

En diciembre de 2000, el Presidente Vicente Fox repuso la iniciativa de COCOPA enviándola al Congreso de la Unión para su tramitación. No obstante el apoyo presidencial y la masiva movilización indígena en defensa de esta iniciativa, y sin que mediara una consulta a los pueblos indígenas sobre las modificaciones adoptadas por el legislativo, el Congreso Federal dio aprobación el 27 de abril de 2001 a una reforma constitucional que difiere significativamente de los Acuerdos de San Andrés y de la Propuesta de la COCOPA, y que a juicio de diversos analistas, es inconsistente con los lineamientos del Convenio 169 ratificado por México en 1991, y por tanto, parte integrante del ordenamiento jurídico, desde entonces.

188 De acuerdo a una síntesis de Magdalena Gómez, estos derechos eran: desarrollar sus formas específicas de organización social, cultural, política y económica; el reconocimiento de sus sistemas normativos internos en tanto no sean contrarios a las garantías individuales y a los derechos humanos, en particular los de las mujeres; acceder de mejor manera a la jurisdicción del estado; acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales; promover el desarrollo de los diversos componentes de su identidad y patrimonio cultural; interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno y de administración de justicia; concertar con otras comunidades la unión de esfuerzos y coordinación de acciones para optimizar sus recursos, el impulso a proyectos de desarrollo regional y la defensa de sus intereses; designar libremente sus representantes tanto comunitarios como en los órganos de gobierno municipal de conformidad con sus tradiciones; y promover y desarrollar sus lenguas y culturas, así como sus costumbres y tradiciones políticas, sociales, económicas, religiosas y culturales (Gómez, 2001)

**Derechos Indígenas en la Constitución Política
de los Estados Unidos Mexicanos
(texto reformado el 2001)**

Artículo 2

“La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución,

respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

- III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.*
- IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.*
- V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.*
- VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.*
- VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.*

Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

- II. *Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.*
- III. *Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.*
- IV. *Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.*
- V. *Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.*
- VI. *Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.*

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquellos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley”.

Las reformas fueron rechazadas por el movimiento indígena. Los estados de México con mayor población indígena no la ratificaron. Más de 300 municipios indígenas presentaron controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia para solicitar la nulidad del procedimiento, pero ésta las declaró improcedentes. Las críticas planteadas eran tanto de forma como de fondo. En la forma se cuestionó el hecho de que éstas no fueran consultadas en forma amplia con los pueblos indígenas. En el fondo, se consideró que dichas reformas eran contradictorias con los Acuerdos de San Andrés y la propuesta de la COCOPA y no satisfacían las demandas indígenas en entre otros aspectos; eliminan el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de derecho público al definir las como entidades de interés público; eliminan el reconocimiento del derecho de los pueblos a sus tierras y territorios al reducirlos a “los lugares que habitan y ocupan las comunidades”; se acotan los derechos indígenas al ámbito de lo comunitario y lo municipal limitando gravemente su derecho a la libre determinación (FIDH, 2002).

A juicio del Relator de la ONU para los derechos indígenas, Rodolfo Stavenhagen: “Los pueblos indígenas se sintieron traicionados y descartados por estas maniobras. El hecho de que el Congreso no haya procedido a una amplia consulta sobre la reforma constitucional, como lo debería haber hecho de acuerdo a los compromisos adquiridos por México al ratificar el Convenio 169 de la OIT, motivó también quejas ante ese organismo” (Stavenhagen, 2003: parág. 52).

6.4. Derecho consuetudinario y acceso de los pueblos indígenas a la justicia

Con posterioridad a la reforma constitucional de 2001 que en su artículo 2 letra A reconoció como expresión del derecho de libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas el derecho de estos a “II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres”, y dispuso que “la ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”, se han venido introduciendo a nivel federal reformas legislativas en las que gradualmente se ha ido acogiendo el derecho consuetudinario e idiomas indígenas en la justicia estatal en materia procesal, penal y civil.

Así el Código de Procedimientos Civiles (2004) dispone en relación a la competencia en los juicios en los que el demandado sea indígena, que esta recaerá en el juez del lugar en el que aquél tenga su domicilio, y si ambas partes son indígenas, lo será el juez que ejerza jurisdicción en el domicilio del demandante. En cuanto a la acreditación de la calidad de indígena, bastará la manifestación de quien así se considere (artículo 274 bis). Cuando el juez tenga duda de ella o fuere cuestionada en juicio, se solicitará a las autoridades comunitarias la expedición de la constancia que acredite la pertenencia del individuo a un determinado pueblo o comunidad.

Otro derecho incorporado en el Código es el del intérprete, tanto para las partes como para los testigos, el cual

se encuentra contemplado en sus artículos 107 y 180. Vinculado a este derecho el artículo 271 reconoce el derecho de traducción de las actuaciones a la lengua de las partes que en ellas intervienen. Por último, el Código se refiere a los usos y costumbres de los pueblos indígenas. El artículo 222 bis, sobre este aspecto, expresa que “a fin de garantizarle a los indígenas, el acceso pleno a la jurisdicción del Estado en los procedimientos en que sean parte, el juez deberá considerar, al momento de dictar la resolución, sus usos, costumbres y especificidades culturales”.

En materia penal, el Código de Procedimientos Penales (2004) contempla normas similares al Código de Procedimientos Civiles en lo relativo al establecimiento de las competencias cuando el conflicto involucre como partes a indígenas y no indígenas (artículo 6), y a la forma de acreditar que se es indígena (artículo 220 bis). El derecho al traductor está contenido en la fracción IV del artículo 128, la cual prevé que cuando el detenido perteneciere a un pueblo o comunidad indígena que no hable o no entienda suficientemente el español, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Tratándose de indígenas, el traductor y el defensor que deberán asistirle, deberán tener además conocimiento de su lengua y cultura.

Con respecto al intérprete, el artículo 15 expresa que “cuando intervengan en las actuaciones personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, deberán ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, debiendo asentarse tal circunstancia en el acta respectiva”. El artículo 18 agrega que “cuando se trate de personas integrantes de pueblos o comunidades indígenas, el intérprete, además de tener conocimiento de su lengua, deberá conocer sus usos y costumbres”. El artículo 124 determina que “tratándose de personas pertenecientes a los

pueblos o comunidades indígenas, tanto el defensor como el intérprete correspondiente deberán tener pleno conocimiento de su lengua y cultura”.

Finalmente el Código Penal Federal (2002) hace referencia a los usos y costumbres. Así su artículo 51 expresa que “dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan”. La fracción V del artículo 52 agrega que al dictar sentencia el juez tome en cuenta “la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, y cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres”. A juicio de López Barcenas, aquí se incurre en el mismo error que en materia civil pues se usa la vaga expresión usos y costumbres, cuando pudo hablarse de compatibilizar, y cuando la propia constitución se refiere a sistemas normativos indígenas (López Barcena; 2005).

6. 5. La Comisión Nacional de Derechos Humanos México (CNDH)

6.5.1. Antecedentes de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Los antecedentes más lejanos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) datan del siglo XIX, con la promulgación de la Ley de Procuraduría de Pobres de 1847

que promovió Ponciano Arriaga en el estado de San Luis Potosí. Pero es hasta la segunda mitad del siglo XX, y como consecuencia de una demanda social en el ámbito nacional y de las transformaciones en la esfera internacional, que comienzan a surgir diversos órganos públicos que tienen como finalidad proteger los derechos de los gobernados frente al poder público.

Así, en 1975 se creó la Procuraduría Federal del Consumidor, teniendo como finalidad la defensa de los derechos de los individuos, pero no necesariamente frente al poder público. El 3 de enero de 1979 se instituyó la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en el estado de Nuevo León, por instrucciones de su entonces Gobernador, Pedro G. Zorrilla. Posteriormente, en 1983, el ayuntamiento de la ciudad de Colima fundó la Procuraduría de Vecinos, que dio pauta al establecimiento de dicha figura en la Ley Orgánica Municipal de Colima del 8 de diciembre de 1984, siendo optativa su creación para los municipios de dicha entidad.

En mayo de 1985, la Universidad Nacional Autónoma de México estableció la Defensoría de los Derechos Universitarios, y en 1986 y 1987 se fundaron la Procuraduría para la Defensa del Indígena en el estado de Oaxaca y la Procuraduría Social de la Montaña en el estado de Guerrero, respectivamente. Más adelante, el 14 de agosto de 1988, se creó la Procuraduría de Protección Ciudadana del estado de Aguascalientes, figura prevista dentro de la Ley de Responsabilidades para Servidores Públicos. Meses después, el 22 de diciembre, se configuró la Defensoría de los Derechos de los Vecinos en el Municipio de Querétaro. Además, en la capital de la República el entonces Departamento del Distrito Federal estableció la Procuraduría Social el 25 de enero de 1989.

Los antecedentes más directos de la CNDH datan del 13 de febrero de 1989, fecha en que se crea la Dirección General de Derechos Humanos en la Secretaría de Gobernación. Un año más tarde, el 6 de junio de 1990 nació por decreto presidencial la Comisión Nacional de Derechos Humanos, constituyéndose como un organismo desconcentrado de dicha Secretaría. Posteriormente, mediante una reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 28 de enero de 1992, se adicionó el apartado B del artículo 102, elevando a la CNDH a rango constitucional y bajo la naturaleza jurídica de un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, dándose de esta forma el surgimiento del llamado Sistema Nacional No Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos.

Finalmente, por medio de una reforma constitucional, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 13 de septiembre de 1999, dicho organismo se constituyó como una institución con plena autonomía de gestión y presupuestaria, modificándose la denominación de Comisión Nacional de Derechos Humanos por la de Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Esta reforma constituye un gran avance en la función del *Ombudsman* en México, ya que le permite cumplir con su función de proteger y defender los Derechos Humanos de todos los mexicanos. Su actual titular es el doctor José Luis Soberanes Fernández (CNDH, *Antecedentes de la CNDH*, s.f.).

La protección y defensa de los derechos humanos en México fue elevada a rango constitucional el 28 de enero de 1992, con la publicación del Decreto que adicionó el apartado B al artículo 102 de la CPM. Esta disposición facultó al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecieran organismos especializados para atender las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa viola-

torios de derechos humanos, por parte de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, así como para formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades correspondientes.

Con fecha 13 de septiembre de 1999 se reformó el artículo 102, apartado B constitucional, en el cual se señala que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios. El objetivo esencial de este organismo es la protección, observación, promoción, estudio y divulgación de los Derechos Humanos previstos por el orden jurídico mexicano (CNDH, Antecedentes de la CNDH, s.f.).

Artículo 102 B CPM

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por 10 consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo período.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

La CNDH es regulada por ley de 23 de junio de 1992. Dicha ley dispone en su artículo 3 que esta entidad tendrá competencia en todo el territorio nacional para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación. El mismo artículo establece que cuando en un mismo hecho estuvieren involu-

crados tanto autoridades o servidores públicos de la Federación, como de las Entidades Federativas o Municipios, la competencia será de la Comisión Nacional. Tratándose en cambio de presuntas violaciones a los Derechos Humanos en que los hechos se imputen exclusivamente a autoridades o servidores públicos de las Entidades Federativas o Municipios, en principio conocerán los organismos de protección de los Derechos Humanos de la Entidad de que se trate. Asimismo, corresponderá a la CNDH conocer de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las Entidades Federativas, a que se refiere el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por la no aceptación de sus recomendaciones por parte de las autoridades, o por el deficiente cumplimiento de las mismas.

De acuerdo al artículo 4 de la misma ley, los procedimientos que se sigan ante la CNDH deberán ser breves y sencillos, y estarán sujetos sólo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes respectivos. Se seguirán además, de acuerdo con los principios de inmediatez, concentración y rapidez, procurando el contacto directo con quejosos, denunciantes y autoridades. El personal de la CNDH deberá manejar de manera confidencial la información o documentación relativa a los asuntos de su competencia.

La Ley entrega a la CNDH una amplia gama de facultades, incluyendo aquellas de defensa, protección e investigación, de mediación y de incidencia normativa.

Principales atribuciones de la CNDH (artículo 6 ley de 23 de junio de 1992

- I. Recibir quejas de presuntas violaciones a Derechos Humanos;*
- II. Conocer e investigar, a petición de parte o de oficio, presuntas violaciones de Derechos Humanos en los siguientes casos: a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal; b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas;*
- III. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*
- IV. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de Derechos Humanos de las Entidades Federativas a que se refiere el citado artículo 102, apartado B, de la Constitución Política;*
- V. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades por omisiones en que incurran los organismos de derechos humanos a que se refiere la fracción anterior, y por insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones de éstos por parte de las autoridades locales, en los términos señalados por esta ley;*
- VI. Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita;*

- VII. Impulsar la observancia de los Derechos Humanos en el país;*
- VIII. Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que, a juicio de la Comisión Nacional, redunden en una mejor protección de los Derechos Humanos;*
- IX. Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los Derechos Humanos en el ámbito nacional e internacional;*
- X. Expedir su Reglamento Interno;*
- XI. Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de Derechos Humanos;*
- XII. Supervisar el respeto a los Derechos Humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país;*
- XIII. Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de Derechos Humanos;*
- XIV. Proponer al Ejecutivo Federal, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos;*
- XV. Las demás que le otorguen la presente ley y otros ordenamientos legales.*

Su Presidente durará en su cargo cinco años, y podrá ser reelecto por una sola vez (artículo 11) (<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>)

Cabe señalar que las quejas y denuncias, las resoluciones y recomendaciones formuladas por la CNDH no afectan el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan corresponder a los afectados conforme a las leyes. Por lo mismo, no suspenden ni interrumpen sus plazos preclusivos (http://www.cndh.org.mx/Principal/document/la_cndh/funcion/framatri.htm).

6.5.2. Actuación de la CNDH en materia de derechos indígenas

Con el objeto de atender de manera especializada el estudio, defensa y promoción de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el país, y en respuesta a las demandas que presenta este sector de la población, en febrero de 1998 comenzó a operar la Cuarta Visitaduría General de la CNDH. Dicha Visitaduría tuvo como antecedente la Coordinación de Asuntos Indígenas creada en 1992.

Dadas las características de la realidad de la población indígena (condiciones de marginación, aislamiento, pobreza, distinta visión cultural, lenguaje y situación geográfica) y las dificultades para tomar conocimiento y documentar las situaciones violatorias de sus derechos humanos –lo que se manifiesta en el desvanecimiento de evidencias, la imposibilidad de localizar a los agraviados o testigos, etc.–, esta Visitaduría dio impulso al trabajo de campo, implementando brigadas de trabajo integradas por visitadores adjuntos, para asistir directamente a las comunidades indígenas en las que se presentan los casos a atender, y conocer de manera directa los factores que inciden en la problemática respectiva (www.chdh.org.mx).

De acuerdo al Informe de las Visitadurías Generales de la CNDH para el período 1999-2004, el énfasis de la acción de la CNDH en materia de asuntos indígenas durante en esta etapa

estuvo puesto en su acercamiento a las comunidades indígenas a objeto de promover y difundir sus derechos humanos y de recibir las quejas que ellas presentasen; en el fortalecimiento de su vinculación con los poderes legislativos federal y estatales, y el diseño de acciones interinstitucionales de capacitación, promoción y difusión de los derechos humanos de los pueblos indígenas reconocidos en la legislación nacional e internacional y promover la interculturalidad, la tolerancia y la no discriminación.

En cuanto a los resultados alcanzados, el mismo informe destaca que en materia de investigación de los derechos humanos el Programa de Asuntos Indígenas a cargo de la Cuarta Visitaduría emitió 8 recomendaciones derivadas del programa de quejas y 14 recomendaciones del programa de inconformidades, y se formalizaron 34 casos en conciliación.

Dentro del programa de quejas destacan:

- La recomendación 20/2000, dirigida a la Secretaría de la Defensa Nacional por los acontecimientos suscitados en la Comunidad Mixteca (El Charco), Municipio de Ayutla de los Libres, Guerrero, en donde una balacera con el ejército murieron 11 integrantes del autodeterminado Ejército Popular Revolucionario (EPR), resultando heridas 5 personas y se detuvieron a otras 21, quedando el área sitiada.
- La recomendación 14/2001 al Gobernador del Estado de San Luis Potosí, relacionada con la preservación del sitio sagrado denominado Wirikuta, ubicado en esa entidad federativa, en donde los *huicholes* realizan ceremonias mágico religiosas.

- La recomendación 008/2002 relacionada con la restricción de las actividades tradicionales de pesca a los habitantes de la comunidad indígena Cucapá, en el estado de Baja California dirigida a los secretarios del Medio Ambiente y Recursos Naturales y al de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación.
- La recomendación 31/2002, relacionada con un indígena *maya* de Hopelchén, Campeche dirigida al director general del Instituto Nacional de Antropología e Historia.
- La recomendación 46/2002 que atendió el asunto a una Chinanteca de Oaxaca, la que, 2 años después de haber asistido a un estudio de Papanicolau en una Unidad Médica Rural del IMSS, se enteró de que tenía puesto un dispositivo intrauterino.
- La recomendación 62/2004, relacionada con el caso de los indígenas huicholes, miembros de la congregación “Estanque de Siloé” perteneciente a la feligresía evangélica de Pedernales de Santa Catarina, Municipio de Mezquitic, Jalisco, que fueron amenazados con ser agredidos y expulsados de su comunidad, en virtud de que su creencia religiosa les prohíbe participar en algunas ceremonias de la comunidad: Esta recomendación fue dirigida al Gobernador del estado de Jalisco y al Presidente de ese municipio, para que llamaran al dialogo entre estos sectores de la comunidad.

Dentro del programa de inconformidades destacan:

- La recomendación 19/2002 a raíz del incumplimiento de la recomendación 001/2001, emitida por la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos de Nayarit, por el

operativo policiaco realizado el 1º de abril en el poblado de Santa Cruz de Acaponeta, Municipio de Acaponeta, en donde perdió la vida un menor de 14 años de edad, la que fue dirigida al Gobernador del estado de Nayarit.

- La recomendación 14/2003 relacionada con el caso de detención de un indígena por la denominada Policía Comunitaria en la región de la Alta Montaña, Municipio de San Luis Acatlán, Guerrero, en referencia a la privación ilegal de la libertad dirigida al Gobernador del estado de Guerrero para la liberación del afectado.
- La recomendación 48/2003, referida a la denuncia presentada ante el ministerio público local por violación, allanamiento y abuso de la autoridad en contra de los elementos del ejército, interpuesta por una indígena tlapaneca del Municipio de Ayutla de los Libres, Guerrero. Se dirigió el Secretario de la Defensa Nacional y al Gobernador de dicha entidad.
- La recomendación general 4, derivada de las prácticas administrativas que constituyen violaciones a los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas respecto de la obtención de consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar, dirigida a los responsables de los servicios de salud pública de México.
- Un Informe especial de agosto de 2002, relacionado con el homicidio de 26 indígenas zapotecos en el paraje de Agua Fría, Municipio de Santiago Textitlán, en la Sierra Sur del estado de Oaxaca, en el que se valoraron las causas del conflicto de naturaleza agraria y la participación de las instituciones gubernamental y se hicieron señalamientos y propuestas para revertirlo, para

preservar los derechos humanos y para corregir irregularidades que se detectaron en la integración de los procedimientos penales. Asimismo, se exhortó a los tres órdenes de gobierno a fortalecer la colaboración y coordinación entre ellos, a actualizar los instrumentos legales y administrativos, a proponer partidas presupuestarias y a diseñar políticas públicas adecuadas.

El informe finalmente da cuenta de sendas conciliaciones logradas con diversos organismos públicos tanto a nivel federal como estatal, sin detallar, sin embargo, las implicancias específicas para personas o comunidades indígenas (CNDH, Informe de gestión de la CNDH noviembre 1999 a noviembre 2004 en http://www.cndh.org.mx/Principal/document/la_cndh/transparencia/fr_transparencia.htm).

Una mención cabe hacer a la labor desarrollada en el mismo período por los programas especiales existentes al interior de la CNDH vinculados a la realidad indígena. Uno de estos es el Programa de Liberación de Presos Indígenas, el que en el período de este informe (1999-2004) realizó 10,827 propuestas de preliberación de presos indígenas, de las que procedieron 4,022 de ellas.

El otro es el Programa de los Altos y Selva de Chiapas, el que fue creado con el propósito de atender las violaciones a los derechos humanos que se presentaron en el estado de Chiapas a raíz del conflicto armado de 1994, el que fue asignado a la Primera Visitaduría General mediante el acuerdo del Presidente de la CNDH, 001/2001 del 26 de marzo de 2001. Entre sus acciones más relevantes en materia de derechos indígenas cabe destacar:

- En noviembre de 1999, representantes de la Organización de la Sociedad Civil “Las Abejas” del Municipio de

Chenalhó, Chiapas, solicitaron a la CNDH les brindara acompañamiento durante la cosecha de sus cafetales, toda vez que temían ser objeto de agresiones por particulares. En atención a tal solicitud, personal de la CNDH, junto con la Cruz Roja Mexicana y al Centro de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas”, A.C., brindó el apoyo humanitario requerido. La cosecha de café concluyó el 31 de marzo de 2000, sin que ocurrieran hechos que se tradujeran en violaciones a derechos humanos.

- En marzo de 2000, el Presidente de la CNDH se reunió en San Cristóbal de las Casas, Chiapas, con evangélicos de esta entidad federativa, asumiendo compromisos para la defensa de los derechos humanos de los evangélicos.
- En noviembre de 2000, personal de la CNDH estuvo presente durante el retorno de 42 ejidatarios junto con sus familias (sumaron alrededor de 300 personas) a la comunidad Monte Azul, Municipio de Ocosingo, Chiapas, toda vez que se encontraban desplazados en la localidad El Censo de esa misma demarcación territorial. Cabe señalar que el desplazamiento de dichos ejidatarios se debió a diferencias de ideología política con integrantes del Ejército Zapatista de Liberación Nacional.
- Ese mismo año (2000) se elaboraron 24 solicitudes de adopción de medidas precautorias o cautelares, las cuales fueron dirigidas a diversas autoridades locales y federales. Además, con objeto de atender quejas por probables violaciones a derechos humanos y realizar las investigaciones correspondientes, personal de la Coordinación General de la CNDH efectuó 423 visitas de campo en diversos municipios del estado, en las que sostuvo trato directo con grupos de indígenas, tales como *tzotziles*, *tzeltales*, *choles* y *tojolabales*, orientándolos cuando así lo solicitaron.

- Se llevaron a cabo 61 actividades de capacitación en derechos humanos, en colaboración con diversas organizaciones, instituciones educativas y organismos de la administración pública. Cabe señalar que en coordinación con el entonces Instituto Nacional Indigenista se atendieron las necesidades de capacitación en derechos humanos de las comunidades de refugiados guatemaltecos que se encontraban en México.
- En el 2001 se participó en 41 reuniones con organismos públicos y privados con el objeto de lograr la conciliación hacia el interior de las comunidades en conflicto.
- También se acompañó a integrantes del Ejército Zapatista de Liberación Nacional durante el recorrido que realizaron por diversos estados de la República y que culminó en la Ciudad de México.
- Se llevaron a cabo 139 visitas de campo en diversas comunidades y cabeceras municipales del estado de Chiapas, se llevaron a cabo 52 visitas a diversos centros penitenciarios de esta entidad federativa, y se realizaron 49 actividades de promoción y difusión, principalmente a estudiantes de los niveles preescolar, básico, medio, medio-superior y superior.
- El 2002 en tanto, se efectuaron 39 actividades de capacitación en derechos humanos, las cuales estuvieron orientadas a un total aproximado de 5,000 personas.
- El mismo año, en 24 ocasiones, se hizo del conocimiento de autoridades estatales hechos que pudieran traducirse en violaciones a derechos humanos, con objeto de que intervinieran y las evitaran.

- Para lograr la conciliación hacia el interior de las comunidades en conflicto, se participó en 19 reuniones con organismos públicos y privados.
- En el 2003 se llevaron a cabo 23 actividades de capacitación en derechos humanos, dirigiéndose a un total aproximado de 4950 personas.
- En 12 ocasiones se hicieron del conocimiento del Gobierno del estado de Chiapas hechos de intolerancia religiosa, con objeto de evitar sucesos violentos que pudieran traducirse en violaciones a derechos humanos.
- Ese mismo año se realizaron 185 visitas de supervisión a distintas estaciones migratorias del estado con la finalidad de verificar el respeto a los derechos humanos de los migrantes por parte de servidores públicos del Instituto Nacional de Migración.
- Se acudió a algunos asentamientos irregulares ubicados en la Reserva Integral de la Biosfera Montes Azules, con objeto de atender los expedientes de queja 2003/1283-1 y 2003/1613-1, radicados en la Coordinación General.
- El 2004, junto con realizarse diversas actividades de capacitación en derechos humanos, en 8 ocasiones se hizo conocimiento del Gobierno del Estado de hechos de intolerancia religiosa, con objeto de evitar sucesos violentos que pudieran traducirse en violaciones a derechos humanos.
- Se ha informado en 24 ocasiones a las autoridades estatales, principalmente al Secretario de Gobierno del Estado de Chiapas, los hechos que pudieran traducirse en violaciones a derechos humanos, con objeto de que intervinieran y las eviten, en 24 ocasiones.

- Se celebró el coloquio denominado “Mecanismos Internacionales de Protección a los Derechos Humanos” en San Cristóbal de las Casas, en coordinación con la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Finalmente este Programa informa que durante los cinco años del informe las actividades de capacitación desarrolladas en derechos humanos se han dirigido principalmente, a servidores públicos del Instituto Nacional de Migración, de la Secretaría de la Defensa Nacional y de la Secretaría de Seguridad Pública de Chiapas, a quienes se les han impartido pláticas que abarcan diversos aspectos de los derechos humanos (CNDH, Informe de gestión de la CNDH, noviembre 1999 a noviembre 2004).

Si bien se carece de información respecto al impacto real que las acciones de procuración, promoción y conciliación impulsadas por la CNDH durante estos últimos años han tenido en favor de los derechos de los pueblos indígenas, es importante señalar que esta entidad ha otorgado cada vez mayor prioridad a su accionar en este ámbito. Tal prioridad queda de manifiesto en su Plan de Acción 2005, en el que se establece que:

Para la Comisión Nacional, los derechos indígenas son un elemento central de la agenda de las acciones a realizar durante el 2005. Se busca que, con la difusión, el conocimiento y el respeto de los derechos de la población indígena, esta parte de la nación mexicana viva con dignidad. Por ello, este Organismo ampliará su cobertura de protección y promoción de los derechos indígenas en el país para atender oportuna y adecuadamente las quejas por presuntas violaciones a los derechos de pobladores y comunidades, además de fortalecer

la conciencia entre los diversos sectores que conforman nuestra sociedad en el sentido de que los más de 12 millones de mexicanos que conforman la población indígena necesitan ejercer plenamente sus derechos para ser partícipes del desarrollo nacional, especialmente aquellos de naturaleza colectiva, indispensables para la reproducción y continuidad cultural de los pueblos indígenas. Con ello se coadyuvará en la promoción de una verdadera convivencia intercultural (CNDH, Plan 2005: 13).

6.6. Las Comisiones estatales de derechos humanos

De acuerdo al mandato del artículo 102 B de la CPM, las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden establecer organismos de protección de los derechos humanos. En base a esta disposición se habían conformado al 2003 un total de 32 comisiones estatales de derechos humanos a lo largo de México. En cuanto a sus características, estas comisiones son bastante similares, aunque no idénticas, a la CNDH. Al igual que la CNDH se trata de un sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos. Algunas comisiones estatales, sin embargo, no gozan de la autonomía de que goza la CNDH, por lo cual su independencia respecto del poder ejecutivo estatal se ve limitada por razones presupuestarias y otras, como la facultad para proponer o designar a sus integrantes o consejeros.

Se discute además sobre la relación que debe existir entre la CNDH y las comisiones estatales. De acuerdo al Diagnóstico de Derechos Humanos en México elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (OACNUDH), algunos *Ombudsman* locales se pronunciaron en favor de eliminar las facultades de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para dirigir recomendaciones a las comisiones locales, como

consecuencia de las inconformidades presentadas contra éstas. Señalaron que, si bien tanto los *ombudsman* locales, como el nacional deben “mirar y ser mirados”, su “*auctorita*” no debe ser disminuida por sus homólogos mediante recomendaciones o por algún otro medio. Ello ya que en ningún país del mundo las recomendaciones de los *Ombudsman* son materia de apelación.

Por otra parte, diversos *Ombudsman* han manifestado interés en mantener vigente el recurso de impugnación mediante el cual los interesados acuden a la CNDH ante la negativa de las autoridades locales para aceptar o dar cumplimiento a las recomendaciones de los ombudsman de las entidades federativas. La experiencia de los ombudsman locales hace evidente la necesidad de este mecanismo, ya que, según lo expresa el presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Chiapas, “representa una segunda posibilidad para que la víctima vea subsanados, en lo posible, sus derechos violados” (OACNUDH , 2003: 6)¹⁸⁹.

El recurso de impugnación en contra de resoluciones de las comisiones estatales, en la práctica es utilizado, tal como se destaca en el Informe 2003-2004 de la Comisión de Derechos Humanos de Oaxaca. En el período del informe se iniciaron y tramitaron 2,020 expedientes de queja y se resolvieron un total de 2,113 procedimientos. En 26 casos los quejosos y/o agraviados interpusieron recursos de inconformidad, de los

189 Lo anterior se ve corroborado a partir de la lectura del siguiente texto, contenido en documentación proveniente del *Ombudsman* del estado de Yucatán: “(...) Lamentablemente, 54% de nuestras Recomendaciones no se han cumplido. Destacan en el cumplimiento las oficinas del gobierno estatal, que han aceptado y cumplido todas las Recomendaciones, con excepción de la Procuraduría General de Justicia, que de las 12 recibidas ha aceptado 11 pero no ha cumplido ninguna, a pesar de que las violaciones documentadas corresponden a causas tan graves como tortura, dilación en la procuración de justicia, detenciones ilegales, retenciones injustificadas y violaciones a los derechos de menores de edad” (OACNUDH , 2003: 6).

cuales la Comisión Nacional de Derechos Humanos había resuelto 22, todos los cuales habían sido desechados por ser improcedentes, infundados o por no existir materia para su interposición (Oaxaca, 2003, en www.cedhoax.org).

6.7. El caso de Oaxaca

6.7.1. Antecedentes de población indígena

La población indígena de Oaxaca es de 1.518.410 personas, equivalente a casi el 15% de la población total indígena de México¹⁹⁰. En Oaxaca se hablan 17 de los 62 idiomas indígenas que se reconocen en el país. Como tal representa el 48% de la población total del estado de Oaxaca destacando por su importancia histórica, cultural, o demográfica los pueblos indígenas Zapoteco, Mixteco, Mixe, Huave, Chontal, Zoque, Amuzgo y Chatino. Además de ellos, también habitan Oaxaca los pueblos Chinanteco, Chocho, Cuicateco, Ixcateco, Mazateco, Nahuatl, Popoloca, Tacuate y Triqui. Oaxaca es la segunda entidad federativa con mayor población indígena y la primera en términos de su diversidad étnica¹⁹¹.

Diversos problemas afectan la vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Oaxaca. Entre ellos cabe destacar por su gravedad, los siguientes:

- **Conflictividad agraria.** De acuerdo a lo señalado por el Relator Especial, las luchas campesinas e indígenas por la

¹⁹⁰ Fuente: INI-CONAPO. Estimaciones de población indígena a partir de la base de datos del XII Censo general de población y vivienda 2000, INEGI, en http://cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=91

¹⁹¹ Comisión Nacional para el Desarrollo de Los Pueblos Indígenas, Diversidad Etnolingüística, en http://cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=90

tierra y sus recursos son generadas por, entre otros factores, las ambigüedades en torno a los derechos y títulos agrarios, desacuerdos en cuanto a límites entre ejidos, comunidades y propiedades privadas, conflictos por el uso de recursos colectivos como bosques y aguas, invasiones y ocupaciones ilegales de predios y terrenos comunales por parte de madereros, ganaderos o agricultores privados, acumulación de propiedades en manos de caciques locales etc. La defensa de la tierra, que se lleva primero por la vía institucional, judicial y política, puede conducir a enfrentamientos con otros campesinos, o con propietarios privados, autoridades públicas y las fuerzas del orden (policías, militares). En este contexto, se denuncian persistentes violaciones a los derechos humanos, a las cuales no son ajenos en ocasiones las autoridades locales o estatales y elementos de la fuerza pública, ya sea por omisión o por comisión. En la Sierra Sur de Oaxaca las pugnas por límites de tierra entre comunidades han conducido en diversas ocasiones a hechos violentos, con saldo de muertos y heridos (Stavenhagen, 2003).

- **La conflictividad política.** De acuerdo a lo señalado por el mismo Relator Especial, en Oaxaca, si bien se practican los usos y costumbres tradicionales en la elección de autoridades locales en 418 municipios, de un total de 570 que hay en el estado, se producen diversos conflictos postelectorales que en ocasiones generan tensiones y divisiones en los municipios. Por ejemplo, en 2001 fueron tomados 19 palacios municipales, hubo cinco muertos y se convocaron 18 procesos electorales extraordinarios (Stavenhagen, 2003).
- **Discriminación ante la justicia.** En el campo de la procuración y administración de justicia se expresa la vulnerabilidad de los pueblos indígenas, quienes denun-

cian ser víctimas de discriminación, vejaciones y abusos de diversa naturaleza. De acuerdo con el Relator Especial es práctica generalizada la detención de sospechosos o presuntos delincuentes sin orden de arresto, la detención preventiva por un tiempo que excede el estatutario, el allanamiento de morada, el robo de pertenencias de las víctimas y la negación del debido proceso. De estas prácticas son culpables las policías municipales y estatales, y a veces la policía preventiva e incluso elementos del Ejército. Uno de los temas recurrentes refiere a abusos físicos y tortura a detenidos indígenas y la poca efectividad de las denuncias al respecto. Existe documentación y testimonios sobre indígenas muertos en circunstancias no aclaradas mientras estaban en manos de la autoridad. El Relator Especial da cuenta de numerosas quejas en este sentido durante su misión a México, varias de las cuales aluden a la situación en Oaxaca (Stavenhagen, 2003).

- **Militarización y paramilitarización.** A raíz del levantamiento zapatista aumentó considerablemente la presencia del ejército en los estados de Chiapas, Oaxaca y Guerrero. Además del ejército, se ha señalado la existencia de numerosos grupos paramilitares que las autoridades niegan. En Oaxaca, Guerrero y otras entidades también han sido señalados grupos paramilitares que conforman un panorama de inseguridad y hostigamiento para las comunidades indígenas, en el marco de los conflictos ambientales, agrarios, políticos y sociales, a veces vinculados a la existencia de grupos guerrilleros o del crimen organizado y la presencia del Ejército Mexicano. En otras zonas (por ejemplo en la sierra Tarahumara), las comunidades indígenas aceptan la presencia de los militares porque contribuyen a controlar la violencia asociada a los conflictos generados por intereses ganaderos, madereros y narcos (Stavenhagen, 2003; OACNUDH, 2003).

Éstas y otras situaciones, entre las cuales figuran los efectos de los tratados de libre comercio en vigencia y por adoptar, crean un cuadro de falta de garantías que perjudica seriamente la vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas oaxaqueños.

6.7.2. Derechos indígenas en Oaxaca

Oaxaca fue el primer estado en el país que legisló en materia de derechos indígenas, adelantándose a las iniciativas que después emprendería el gobierno federal. En materia constitucional, las reformas de 1990 trataron de dar respuestas al activo movimiento indígena de entonces y fueron producto de la iniciativa del Gobernador Heladio Ramírez López, quien se autoidentificaba como indígena mixteco, y cuyo gobierno se caracterizó por un marcado discurso indigenista.

El 29 de octubre de 1990 se publicaron en el Diario Oficial del Estado las primeras reformas, que se enriquecieron más tarde en 1995, con nuevas iniciativas que reconocieron el derecho de las comunidades indígenas a elegir sus autoridades internas según sus tradiciones y prácticas democráticas, reglamentándose estos derechos en el Código de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales de 1995, y modificándose nuevamente la Constitución en febrero de 1997 para precisar ese derecho.

A estas reformas se unen las del 6 de junio de 1998, las que fueron debatidas y aprobadas en el contexto de la discusión Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del mismo año.

Como resultado de todas estas reformas, el texto actual de la Constitución del Estado, contiene varios preceptos en materia de derechos indígenas. Dichos preceptos, de acuerdo a López Barcena (s.f.), se pueden agrupar en las siguientes temáticas:

- i. Sujetos de derecho.** Son identificados en el artículo 16 de la Constitución de Oaxaca, que establece que “El Estado de Oaxaca tiene una composición étnica plural, sustentada en la presencia y diversidad de los pueblos y comunidades indígenas que lo integran”, enumerando enseguida los pueblos indígenas que se reconocen como sujetos colectivos de derechos: “Amuzgos, Cuicatecos, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Huaves, Ixcatecos, Mazatecos, Mixes, Mixtecos, Nahuas, Triquis, Zapotecos y Zoques. El Estado reconoce a las comunidades indígenas que los conforman, a sus reagrupamientos étnicos, lingüísticos o culturales. La ley reglamentaria protegerá a las comunidades afro mexicanas y a los indígenas pertenecientes a cualquier otro pueblo procedente de otros Estados de la República y que por cualquier circunstancia, residan dentro del territorio del Estado de Oaxaca”.

- ii. Enunciación de los derechos reconocidos.** El artículo 16 también enuncia los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, entre ellos “sus formas de organización social, política y de gobierno, sus sistemas normativos internos, la jurisdicción que tendrán en sus territorios, el acceso a los recursos naturales de sus tierras y territorios, su participación en el quehacer educativo y en los planes y programas de desarrollo, sus formas de expresión religiosa y artística, la protección de las mismas y de su acervo cultural y en general para todos los elementos que configuran su identidad”. La protección y respeto de estos derechos sociales, ejercidos directamente por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, se garantizaran por medio de una ley reglamentaria según lo expresado en el mismo artículo.

- iii. **Libre determinación.** También en el artículo 16 se reconoce el “derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas (que) se expresa como autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en el marco del orden jurídico vigente; por tanto dichos pueblos y comunidades tienen personalidad jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales. La ley reglamentaria establecerá las medidas y procedimientos que permitan hacer valer y respetar los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas”.

- iv. **Tierras, territorios y recursos naturales.** Respecto de los recursos naturales, el mismo artículo 16 señala que: “El Estado en el ámbito de su competencia¹⁹², reconoce a los pueblos y comunidades indígenas el derecho social al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, en los términos de la ley reglamentaria; asimismo, de acuerdo a sus programas presupuestales, dictará medidas tendientes a procurar el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos y comunidades indígenas”.

- v. **Derechos culturales.** Una disposición de la Constitución estatal referida a estos derechos es la contenida en su artículo 80, fracción XXIX, donde se establece la obligación del titular del Poder Ejecutivo del Estado de “impulsar y fortalecer las tradiciones comunitarias y el respeto a las culturas de las étnias del Estado”.

192 Francisco López Barcena llama la atención al hecho de que respecto de los recursos naturales “la norma restringe el reconocimiento de estos derechos al ámbito de competencia estatal, siendo que no tiene ninguna para legislar al respecto, pues por disposición de la Constitución Federal los recursos naturales deben regirse por lo que dispongan las leyes federales... En esta materia no basta la legislación estatal para reconocer los derechos de los pueblos y comunidades indígenas; lo que hay que hacer es impulsar la reforma de la Constitución Federal para que el derecho a los recursos naturales pueda ser una realidad” (López Barcena, op. cit, s.f.).

Siempre en reconocimiento de los derechos culturales, el artículo 127 de la Constitución del Estado establece que “las autoridades fomentarán con preferencia las actividades turísticas que aprovechen los atractivos de toda índole que posee el Estado de Oaxaca y vigilarán que la realización de estas actividades preserve el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y como consecuencia de dichas actividades, no se deteriore el ambiente, ni demeriten sus propias riquezas turísticas”.

vi. Libre asociación de municipios y comunidades indígenas. En relación con el sistema electoral consuetudinario se encuentra el derecho de pueblos y comunidades a la libre asociación consagrado en el artículo 113, párrafo V, que señala que “los Municipios del Estado y las Comunidades Indígenas del mismo, podrán asociarse libremente, tomando en consideración su filiación étnica e histórica, para formar asociaciones de Pueblos y Comunidades Indígenas que tengan por objeto: a) El estudio de los problemas locales. b) La realización de programas de desarrollo común. c) El establecimiento de cuerpos de asesoramiento técnicos. d) La capacitación de sus funcionarios y empleados. e) La instrumentación de programas de urbanismo, y f) Las demás que tiendan a promover el bienestar y progreso de sus respectivas comunidades y pueblos”.

vii. Derecho a conservar el tequio. El tequio es el trabajo colectivo que los miembros de una comunidad realizan de manera gratuita y obligatoria para beneficio de ella. Es una institución propia de los pueblos indígenas y tiene raíces ancestrales. En relación a ella, el artículo 12 en su cuarto párrafo señala que las “autoridades de los municipios y comunidades preservarán el tequio como expresión de solidaridad según los usos de cada pueblo y

comunidad indígenas. Los tequios encaminados a la realización de obras de beneficio común, derivados de los acuerdos de las asambleas, de las autoridades municipales y de las comunitarias de cada pueblo y comunidad indígena, podrán ser considerados por la ley como pago de contribuciones municipales; la ley determinará las autoridades y procedimientos tendientes a resolver las controversias que se susciten con motivo de la prestación del tequio”.

viii. Conciliaciones agrarias. A modo de enfrentar los numerosos conflictos agrarios que afectan a las comunidades indígenas en el Estado, en el párrafo sexto del artículo 16 se expresa que en “los conflictos de límites ejidales, municipales o de bienes comunales, el Estado promoverá la conciliación y concertación para la solución definitiva, con la participación de las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas”, agregándose luego, en el artículo 91, que para esos efectos por medio de la ley se “organizará una Junta de Conciliación Agraria con funciones exclusivamente conciliatorias que obrará como amigable componedora y en sus laudos respetará estrictamente las disposiciones federales sobre la materia”. El propósito de la Junta de Conciliación es, además, “promover que las resoluciones que dicten las autoridades agrarias se apoyen y funden en los acuerdos conciliatorios entre las comunidades, para que estos tengan el valor jurídico de cosa juzgada”. Para efectos de la pertinencia cultural ésta junta “deberá constituir sus agencias de acuerdo a cada región y grupo étnico“. Los miembros de cada Junta de Conciliación “serán nombrados por el Gobernador”.

ix. Delito de discriminación. La protección individual y colectiva contra la discriminación a que son afectos los pueblos indígenas, ha sido abordada en el párrafo tercero del artículo 16. En él se señala que “La ley reglamentaria castigará las diversas formas de discriminación étnica y las conductas etnocidas; así como el saqueo cultural en el Estado. Igualmente protegerá a los pueblos y comunidades indígenas contra reacomodos y desplazamientos, determinando los derechos y obligaciones que se deriven de los casos de excepción que pudieran darse, así como las sanciones que procedan con motivo de su contravención” (López Barcenas, s.f.).

A estas disposiciones se agregan las que están relacionadas con el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, de sus sistemas normativos, la elección de autoridades de acuerdo a usos y costumbres, y las relacionadas con la justicia penal a las que nos referiremos a continuación.

6.7.3. Derecho consuetudinario y acceso a la justicia

Sobre la base de la Constitución estatal y las leyes antes referidas, se ha creado uno de los marcos jurídicos más interesantes de México y de América Latina en su conjunto en el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena en distintos ámbitos. Las áreas más importantes de este reconocimiento son las siguientes:

i. Sistema electoral consuetudinario

La Constitución de Oaxaca (1990) reconoce en sus artículos 16, 25, 29 y 98 los procedimientos para la elección de autoridades de los pueblos y comunidades indígenas del estado. Así señala que “el Estado reconoce a los pueblos y

comunidades indígenas, sus formas de organización social, política y de gobierno” (párrafo 2 del artículo 16). Dispone que “la ley protegerá las tradiciones y prácticas democráticas de las comunidades indígenas, que hasta ahora han utilizado para la elección de sus ayuntamientos” (Art. 25). Finalmente agrega que “los Concejales electos por el sistema de usos y costumbres... desempeñarán el cargo durante el tiempo que sus prácticas y tradiciones democráticas determinen, pero que no podrá exceder de tres años” (Art.98).

En 1995 se dictó el Código de Instituciones Políticas y Procesos Electorales del Estado de Oaxaca en el que se reglamentan los derechos constitucionales antes referidos. Dicho Código establece que para ser considerados municipios de “usos y costumbres”, esto es, cuyas autoridades pueden ser electas de acuerdo al sistema tradicional, deben haber “...desarrollado formas de instituciones políticas propias, diferenciadas e inveteradas, que incluyan reglas internas o procedimientos específicos para la renovación de sus ayuntamientos...” (Art.110). El mismo artículo establece la posibilidad de que sean considerados como tales “aquellos que por decisión propia, por mayoría de asamblea comunitaria, opten por el régimen de usos y costumbres en la renovación de sus órganos de gobierno”.

Al año 2000, se estima que el 74% (418) de los municipios de Oaxaca aplicaban conceptos políticos y procedimientos jurídicos electorales diferenciados de carácter consuetudinario, conocidos como sistema de “usos y costumbres”. El nombramiento de las personas a ocupar cargos se realiza a partir del ejercicio de decisión de la asamblea comunitaria. El pueblo elige a sus representantes en el municipio (carguero) mediante el consenso y la ratificación a través del voto (Velásquez, en Assies et al. eds., 1999; 289 y siguientes).

ii. Sistemas normativos y administración de justicia por autoridades indígenas

Otro ámbito en que el derecho indígena ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico de Oaxaca es el relacionado con los sistemas normativos y la administración de justicia por parte de las autoridades indígenas. La Constitución Política de 1990 dispone en su párrafo Octavo al respecto: “Se reconocen los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como la jurisdicción de las autoridades comunitarias de los mismos. La ley reglamentaria establecerá los casos y formalidades en que proceda la jurisdicción mencionada y las formas de homologación y convalidación de los procedimientos, juicios decisiones y resoluciones de las autoridades comunitarias”.

La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del mismo Estado de 1998 define en su artículo 3 los sistemas normativos indígenas como “el conjunto de normas jurídicas orales de carácter consuetudinario que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como validas y utilizan para regular sus actos públicos y sus autoridades aplican para la resolución de sus conflictos”. El Art. 28 de la misma ley profundiza sobre esta materia al reconocer “...la existencia de sistemas normativos internos de los pueblos indígenas con características propias y específicas en cada pueblo, comunidad y municipio del Estado, basados en sus tradiciones ancestrales y que se han transmitido oralmente por generaciones, enriqueciéndose y adaptándose con el paso del tiempo a diversas circunstancias” El mismo artículo agrega finalmente que “... en el Estado, dichos sistemas se consideran actualmente vigentes y en uso”.

En cuanto a las materias que este derecho interno comprende, la misma ley reconoce en su artículo 29 “...la

validez de las normas internas... en el ámbito de las relaciones familiares, de la vida civil, de la organización de la vida comunitaria y en general de la prevención y solución de conflictos al interior de cada comunidad, siempre y cuando no contravengan la Constitución Política del Estado, las Leyes Estatales vigentes ni vulneren derechos humanos ni de terceros”.

Se ha cuestionado desde la perspectiva indígena la restricción de los sistemas normativos indígenas a lo que la ley secundaria determina, lo que no siempre coincide con las competencias reconocidas en los propios sistemas normativos indígenas. Desde la misma perspectiva se critica además la definición constitucional, dado que al caracterizar los sistemas normativos como integrados sólo por normas orales de carácter consuetudinario, se reduce su alcance, ya que tales elementos son propios de una época histórica concreta y no consustanciales a ellos¹⁹³.

En cuanto a la administración de justicia por autoridades indígenas la Constitución en su Art. 138 bis agrega: “La jurisdicción indígena se ejercerá por las autoridades comunitarias de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, dentro del marco del orden jurídico vigente y en los términos que determine la ley reglamentaria del artículo 16 de esta Constitución”.

Es la Ley de 1998 sobre Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas la que señala los criterios para fijar la competencia de las autoridades indígenas y el procedimiento

193 Al respecto López Bárcenas, abogado indígena mexicano, señala: “Como fenómenos sociales, los sistemas normativos indígenas se nutren de otros elementos, incluido el derecho positivo estatal, de ahí que al caracterizarlos debería hacerse de tal manera que no se reduzcan a lo que ahora son, solo porque fue la única manera posible para su manifestación, pues estaría ignorando que pueden llegar a adquirir otra forma sin perder su esencia” (López Barcenas, 2000; 79-80).

por el que deberán ceñirse, estableciendo sus formalidades mínimas, los casos en que proceden las detenciones, los requisitos para las resoluciones, su compatibilización y convalidación, así como para la ejecución de las sentencias. Dada la importancia que tienen estas normas para la puesta en vigencia práctica de los sistemas de administración de justicia indígena y para su compatibilización con el derecho estatal es que parece de interés incluir algunas de ellas aquí:

- **Normas relativas a la competencia:**

Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción en los siguientes casos:

- a) Tratándose de controversias en las cuales ambas partes sean indígenas, ya sea que pertenezcan a un mismo pueblo o a pueblos diferentes.
Cuando el conflicto de que se trate involucre como partes a indígenas y no indígenas, el infractor, tratándose de asunto penal, o el demandante si el asunto es de materia diversa a la penal, podrá elegir a la autoridad a la que se someterá la controversia.
- b) Que la materia de las controversias verse sobre: delitos que estén sancionados en el Código Penal del Estado de Oaxaca, con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión. En estos casos las autoridades comunitarias actuaran, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial; tenencia individual de la tierra en la comunidad de referencia, faltas administrativas y de policía; atentados contra de las formas de organización, cultura, servicios comunitarios, trabajos y obras publicas; cuestiones del

trato civil y familiar; incumplimiento del deber de las madres y padres de familia consistente en enviar a sus hijos e hijas a la escuela; y en general, todos aquellos casos en los que los ascendientes o los esposos y esposas no se conduzcan como buenos padres y madres de familia (Artículo 38 I).

- **Normas relativas a las formalidades del procedimiento:**

Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción con base en las formalidades siguientes:

Las audiencias serán públicas.

- a) El infractor y en su caso el demandado serán oídos en justicia;
- b) La detención no podrá exceder de 36 horas si el asunto es administrativo. Si se trata de probable delito, la detención no excederá de 48 horas;
- c) Todas las formas de incomunicación y de tortura del presunto infractor quedan prohibidas;
- d) La resolución principal se asentará por escrito, y contendrá las razones motivo de la misma; y
- e) Las sanciones que se impongan en ningún caso atentaran contra los derechos humanos ni contra garantías individuales y sociales establecidas en la Constitución General de la República.

Las resoluciones de las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas deberán ser consideradas como elementos necesarios para formar y fundar la convicción de jueces y magistrados (artículo 38 II).

- **Normas sobre compatibilización con el derecho estatal:**

Las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base en sus sistemas normativos internos y dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán compatibilizadas y convalidadas por las autoridades estatales respectivas, cuando se sometan a su consideración, siempre y cuando no contravengan la Constitución General de la República (artículo 34).

La convalidación de la imposición de sanciones con base en los sistemas normativos internos se hará sin menoscabo de los derechos humanos y tomando en consideración la normatividad vigente para el Estado (artículo 35).

iii. Acceso a la justicia estatal

La Constitución Política de Oaxaca reconoce el derecho de los indígenas a la protección jurídica del Estado así como a protección especial en los juicios en que sean parte, incluyendo la consideración de su lengua, condición, costumbres, etc. Así el párrafo cuarto del artículo 16 dispone: “La ley establecerá los procedimientos que aseguren a los indígenas el acceso efectivo a la protección jurídica que el Estado brinda a todos sus habitantes”.

El párrafo quinto del mismo artículo agrega: “En los juicios en que un indígena sea parte, las autoridades se aseguraran que de preferencia los procuradores de justicia y los jueces sean hablantes de la lengua nativa o, en su defecto, cuenten con un traductor bilingüe y se tomaran en consideración dentro del marco de la ley vigente, su condición, sus practicas y costumbres, durante el proceso y al dictar sentencia”.

La Ley de Derechos de Pueblos y Comunidades Indígenas de 1998 reglamenta estos derechos, estableciendo normas para asegurar la protección de los indígenas frente a la jurisdicción del estado, así como para la consideración del derecho indígena. Dispone:

A fin de garantizar el efectivo acceso de los pueblos y comunidades indígenas a la jurisdicción del Estado, en los procesos penales, civiles, agrarios, administrativos o cualquier procedimiento que se desarrolle en forma de juicio, que sea competencia de las autoridades del Estado y en el que intervenga un miembro de algún pueblo indígena que ignore el español, éste contará con un traductor bilingüe ya sea oficial o particular... En todas las etapas procesales y al dictar resolución los jueces, procuradores y demás autoridades administrativas que conozcan del asunto, deberán tomar en consideración la condición, prácticas, tradiciones y costumbres del o los miembros de los pueblos y comunidades indígenas.

El Estado, por conducto de la Procuraduría para la Defensa del Indígena, en coordinación con el Ministerio Público, vigilará la eficaz protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas... desde el inicio de las averiguaciones previas hasta la consignación de los casos, cerciorándose que aquellos cuenten con la asistencia de traductores bilingües y defensores de oficio...

En los casos en que los indígenas o sus pueblos y comunidades sean parte o partes, se abrirá de oficio la segunda instancia a efecto de verificar que los derechos individuales y sociales de aquellos efectivamente hayan sido reconocidos y respetados. Los Magistrados revisarán las actuaciones de los jueces que conocieron en primera instancia (artículo 32).

Más adelante agrega:

Cuando en los procedimientos intervengan algún pueblo o comunidad indígena, o algún hombre o mujer indígena, las autoridades administrativas, jueces y procuradores, aplicarán las leyes estatales vigentes, homologándolas con las normas internas de cada pueblo y comunidad. Para ello se basarán en la información que en diligencia formal les proporcione la autoridad comunitaria del pueblo o comunidad indígena correspondiente; buscando en todo caso la apropiada articulación entre dichas normas. Al resolver las controversias se procederá en los mismos términos.

Para el caso que en los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior intervengan personas no indígenas se suplirá la deficiencia de la queja a favor de la parte indígena (artículo 33).

La reglamentación de la normativa constitucional relativa a la justicia penal se encuentra además en el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales de Oaxaca. En relación con los usos y costumbres, estas leyes establecen que se les tome en cuenta durante la averiguación previa y la instrucción, así como al dictar sentencia y al establecer medidas de seguridad. En cuanto al peritaje cultural o antropológico, llama la atención que a diferencia de otros códigos penales de otros estados de México, el de Oaxaca no contempla normas jurídicas específicas, pudiendo, sin embargo, hacerse valer a través de las reglas genéricas de los peritajes (López Barcenas, 2000).

No obstante los lineamientos legislativos antes señalados, cabe señalar que mucha de la normativa aquí referida no tiene aplicación en la práctica. Así, por ejemplo, en la realidad

no se cumple con el derecho al traductor, existiendo antecedentes de que se pasa por alto este derecho cuando personas indígenas están sometidas a proceso. La misma limitación se observa en el caso de los defensores de oficio, los que al no manejar la variante dialectal o enfrentarse a la ausencia de un traductor, están imposibilitados para ejercer su labor, y por lo tanto para asegurar el derecho a la debida defensa de los indígenas. Por otro lado, hasta ahora no se sabe de casos en que un juez solicite un peritaje antropológico o cultural establecido en la ley para determinar la aplicabilidad del sistema normativo indígena en un proceso penal. Tampoco se sabe de un caso en que se de la opción al procesado indígena de ser juzgado por la justicia del Estado o la justicia de la comunidad¹⁹⁴.

6.7.4. La Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca

De conformidad a lo dispuesto en el apartado B del artículo 102 de la CPM que faculta a las legislaturas de las entidades federativas para establecer organismos de protección de los Derechos Humanos, en 1993 se creó la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca (CEDH de Oaxaca). La CEDH de Oaxaca fue creada por iniciativa del Gobernador del Estado, mediante el decreto número 88 de la Cámara de Diputados, de fecha 27 de enero de 1993, por el cual se adicionó a la Constitución Local el artículo 138 bis, en el que se establece la existencia de esta Comisión Defensora de los Derechos Humanos. Actualmente la CEDH de Oaxaca está integrada en la Constitución del Estado de Oaxaca de en el Título VI, artículo 114, en la que se la define como “un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y

¹⁹⁴ Cruz Rueda, Elisa, comunicación escrita al IIDH, agosto de 2005.

patrimonio propios, que se encargará de la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos, previstos por el orden jurídico mexicano”. La CEDH de Oaxaca “conocerá de quejas en contra de actos y omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público del Estado que viole estos derechos. Así mismo, formulará recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas”.

La Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado Libre y Soberano de Oaxaca de 1993, en su artículo 2º señala que dicha Comisión es un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano. La Comisión tiene competencia en todo el territorio del estado de Oaxaca, para conocer de las quejas relacionadas con presuntas violaciones a los Derechos Humanos, cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter estatal o municipal.

El Presidente de la CEDH de Oaxaca será nombrado de una terna que el Gobernador del estado propondrá a la Legislatura local, o en sus recesos a la Diputación Permanente, y durará en sus funciones cuatro años, pudiendo ser reelecto. La Comisión se integrará, además del Presidente, una Secretaría Ejecutiva, un Visitador General, así como por un número de Visitadores Adjuntos y personal profesional, técnico y administrativo, necesario para la realización de sus funciones. Además y para su mejor desempeño contará con un Consejo integrado por siete personas que gocen de reconocido prestigio en la sociedad, mexicanos, en pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos, de los cuales, a lo menos cuatro no deben desempeñar ningún cargo o comisión como servidor público. El nombramiento de los miembros del Consejo será

hecho por el Gobernador Estatal y sometido igualmente a la aprobación de la Cámara de Diputados, o en los recesos de ésta, de la Diputación Permanente.

En la actualidad la CEDH de Oaxaca cuenta con cinco Visitadurías Adjuntas Regionales y dos oficinas receptoras de quejas encargadas de atender de manera directa a la población que requiere de la defensa de sus derechos humanos que por diversas circunstancias se ven violentadas (Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca, *Primer Informe Anual de Actividades 2001-2002*).

La Ley en su artículo 6º establece que la CEDH de Oaxaca tendrá las siguientes atribuciones: 1) Recibir todas las quejas de presuntas violaciones a Derechos Humanos; 2) Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, probables violaciones de Derechos Humanos en los siguientes casos: A) Por actos u omisiones de autoridades o servidores públicos administrativos de carácter estatal; B) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad o bien, cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con tales ilícitos, particularmente tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas; 3) Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y, denuncias y quejas ante las autoridades competentes, en los términos establecidos por el artículo 138 bis de la Constitución Política del Estado; 4) Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades o servidores públicos señalados como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita; 5) Impulsar la observancia de los Derechos Humanos en el Estado; 6) Proponer a las diversas autoridades del Estado, que en el exclusivo ámbito de su competencia promuevan los

cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a juicio de la Comisión Estatal redunden en una mejor protección de los Derechos Humanos; 7) Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los Derechos Humanos en el ámbito estatal; 8) Expedir su reglamento interno; 9) Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de Derechos Humanos; 10) Supervisar el respeto de los Derechos Humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del Estado; 11) Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento, dentro del territorio estatal, de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de Derechos Humanos; y, 12) Las demás que le otorguen la presente Ley y otros ordenamientos legales.

Por otra parte y de acuerdo al artículo 7º, la CEDH de Oaxaca no podrá conocer de asuntos relativos a: 1) Actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales; 2) Resoluciones de carácter jurisdiccional; 3) Conflictos de carácter laboral; y 4) Consultas formuladas por autoridades, particulares u otros entes, sobre la interpretación de disposiciones constitucionales y legales. El artículo 8º agrega además, que en los términos de esta Ley, sólo podrán admitirse o conocerse de quejas contra actos u omisiones de autoridades judiciales, salvo las de carácter federal, cuando dichos actos u omisiones tengan carácter administrativo. La CEDH de Oaxaca por ningún motivo podrá examinar cuestiones jurisdiccionales de fondo.

Respecto de los casos que afecten a personas indígenas, la Ley en su artículo 23 señala que cuando la Comisión considere que la violación a los Derechos Humanos de individuos indígenas, constituyan además actos violatorios de los

Derechos Humanos de la comunidad o etnia a la que pertenecen, independientemente de la solución que se dé a cada expediente, podrá expedir una declaración sobre el problema general planteado, atendiendo al espíritu del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento de consulta.

En cuanto a los procedimientos, el artículo 7° del Reglamento interno de la Comisión Estatal de Derechos Humanos señala que, deberán ser breves y sencillos, evitándose los formalismos, excepto los ordenados en la Ley y en el mismo reglamento. Agrega que se procurará, en lo posible, la comunicación inmediata con los quejosos y con las autoridades, sea ésta de manera personal, telefónica o por cualquier otro medio, a efecto de allegarse los elementos suficientes para determinar la competencia y proceder en consecuencia. Asimismo, durante la tramitación de los expedientes de queja se buscará que a la brevedad posible se realice la investigación a que haya lugar, evitando todas las actuaciones no indispensables.

Respecto de la publicidad de sus recomendaciones, el artículo 112 del Reglamento establece que una vez que el Presidente de la Comisión ha suscrito una recomendación, ésta se notificará de inmediato a la autoridad o servidor público a la que vaya dirigida, a fin de que ésta tome las medidas necesarias para el cumplimiento de la Recomendación. La misma se dará a conocer a la opinión pública después de su notificación. Cuando las acciones solicitadas en la Recomendación no requieran de discreción para su cabal cumplimiento, éstas se podrán dar a conocer de inmediato a los medios de comunicación. Además, según el artículo 12 del Reglamento, la Comisión Estatal contará con un órgano de difusión que se denominará “*Gaceta de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxa*”, cuya periodicidad será

trimestral. En ella se publicarán las Recomendaciones o sus síntesis, Acuerdos de No Responsabilidad, Informes Especiales y materiales varios que, por su importancia, merezcan darse a conocer mediante dicha publicación. Su frecuencia de publicación podrá aumentarse a juicio del Consejo, sin necesidad de reformar el presente Reglamento, cuando así lo amerite el material del que se disponga.

Por último, el Presidente de la CEDH de Oaxaca deberá enviar un informe anual de actividades a la Cámara de Diputados del Estado y al Titular del Poder Ejecutivo Estatal, informe que además deberá ponerse en conocimiento de la población en general, a través de los medios de difusión masiva (art. 126 Reglamento). Por otra parte, cuando la naturaleza del caso lo requiera, por su importancia, gravedad o trascendencia, el Presidente del Organismo podrá presentar a la opinión pública informes especiales sobre dichos casos.

6.7.5. Procuraduría para la Defensa del Indígena

Una mención cabe hacer finalmente a esta entidad creada en 1994 por la Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa del Indígena. De acuerdo al artículo 1 de esta ley dicha Procuraduría es una Institución dependiente del Poder Ejecutivo del Estado, en la que se integra la Defensoría de Oficio para la asistencia jurídica de personas que carezcan de defensor en los procesos penales en los términos de la fracción IX del artículo 20 de la Constitución General de la República, 8 fracción IX de la Particular del Estado y demás casos que señalen las leyes, teniendo a su cargo la procuración jurídica de indígenas, personas de escasos recursos económicos o grupos sociales que lo soliciten; así como para promover medidas y procedimientos que protejan y preserven el acervo cultural de las etnias y el desarrollo de las formas consuetu-

dinarias de organización social y económica de las comunidades indígenas del Estado.

Se trata de una entidad del estado encargada de “orientar, asesorar y representar jurídicamente a personas indígenas y de escasos recursos económicos en asuntos de carácter penal, civil, familiar, agrario y del registro civil, ante los jueces competentes del caso en primera y segunda instancia”, (<http://www.oaxaca.gob.mx/prodi>), que en nada está relacionada con la CEDH de Oaxaca. Más aún, como veremos a continuación, en varios casos la CEDH Oaxaca ha identificado a esta Procuraduría como entidad responsable de la violación de los derechos indígenas.

Ella fue establecida como una defensoría de oficio que opera en los juzgados de los distintos distritos judiciales para vigilar de los procedimientos judiciales fundamentalmente penal. No obstante haber desempeñado una labor relevante en la liberación de numerosos indígenas presos injustamente o juzgados deficientemente, ha sido objeto de críticas por la burocratización de sus empleados, que bajo la protección sindical, no ejercen apropiadamente su responsabilidad¹⁹⁵.

6.7.6. Actuación de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca en derechos indígenas

Como consecuencia de las constantes violaciones de los derechos humanos a determinados grupos considerados vulnerables, la Presidencia de la CEDH de Oaxaca propuso al Consejo Consultivo la creación de la Visitaduría Adjunta

¹⁹⁵ Salomón Nahmad, de CIESAS Oaxaca e integrante del Consejo de la CEDH Oaxaca, comunicación escrita al autor, junio de 2005.

Especializada para Asuntos Indígenas. Dicha Visitaduría, creada el 2001, tiene como facultades: recepcionar quejas de personas o comunidades indígenas, investigar las presuntas violaciones a derechos humanos de los indígenas, proyectar las resoluciones de los expedientes de quejas, participar como observadores en las elecciones indígenas cuando se realicen por usos y costumbres; así como difundir las leyes indígenas entre las comunidades, principalmente la ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas (Acuerdo 016- (28/11/2001, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca, *Primer Informe Anual de Actividades 2001-2002*).

La revisión de la documentación de la CEDH de Oaxaca, sin embargo, no da cuenta de la existencia de un tratamiento específico y diferenciado por parte de esta entidad de la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en este estado mexicano. En efecto, los informes anuales emitidos por la CEDH de Oaxaca desde entonces a la fecha no hacen una diferenciación de los asuntos que conoce en función de la etnicidad de los recurrentes. El Informe Especial de 2004 titulado *Análisis sobre la situación de los derechos humanos en el estado de Oaxaca*, lo hace solo para ciertas materias que mas adelante se señalan. En el caso de las quejas e inconformidades, las que parecen constituir la parte sustancial del trabajo de esta entidad, la única forma de identificar el dimensión étnica es a través de lo que esta entidad denomina “la causa de la violación del derecho humano”, o a través de la identificación de “las autoridades responsables” de dichas violaciones.

Así, el Informe de la Visitaduría General de la CEDH de Oaxaca correspondiente a 2001-2002 da cuenta que del total de expedientes de queja formados, que totalizan 1.978, ninguna trató específicamente sobre derechos indígenas (1 trató sobre el derecho a ser diferente, otra sobre el derecho a la

igualdad y trato digno, 5 sobre el derecho de libertad de creencia o culto, presumiblemente referidos a derechos indígenas), en tanto que entre las autoridades que fueron señaladas como responsables, en 8 casos se identificaba a la Procuraduría para la Defensa del Indígena (CEDH de Oaxaca, *Primer Informe Anual de Actividades 2001-2002, 2002*).

El Informe 2002-2003, por su parte muestra una realidad similar al señalar que de los 1.987 expedientes de queja conocidos por esta entidad, sólo 5 trataron sobre violaciones a los usos y costumbres de los pueblos indígenas, en tanto que fue sindicada como responsable de la violación de derechos humanos la Procuraduría para la Defensa del Indígena en 28 casos y el Instituto Nacional Indigenista en 1 caso (CEDH de Oaxaca, *Segundo Informe Anual de Actividades 2002-2003, 2003*).

De manera similar, el Informe 2003-2004 da cuenta que del total de expedientes de queja verificadas en el período, las que ascendieron a 2.020, dos correspondieron a violaciones de los usos y costumbres de los pueblos indígenas, en tanto que entre las autoridades identificadas como responsables figuraban la Procuraduría para la Defensa del Indígena con 26 casos y la Secretaría de Asuntos Indígenas con un caso (CEDH de Oaxaca, *Tercer Informe Anual de Actividades 2003-2004, 2004*).

**Informe Especial caso de Santo Domingo Albaradas,
Tlacolula, Oaxaca**

La Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 114 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; 1°, 2°, 3° y 6° de la Ley que la crea, tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos fundamentales de todos los habitantes y estantes en el territorio oaxaqueño. Por lo tanto, tiene competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos cuando por su omisión o comisión sean atribuidos a autoridades y/o servidores públicos de carácter estatal o municipal y cuando la naturaleza del caso lo requiera, por su importancia, gravedad o trascendencia, puede emitir informes especiales, en términos de lo dispuesto por el artículo 128 de su Reglamento Interno.

En esa tesitura, una gran problemática ha representado la intolerancia religiosa que se vive en las diversas comunidades que integran nuestro Estado, pues debido al surgimiento y expansión de una gran variedad de religiones que han ido penetrando en la vida cotidiana de las comunidades y pueblos indígenas, en los que en la mayoría predomina como un legado ancestral la religión católica y donde además se ha arraigado como una costumbre y tradición celebrar las festividades en honor del santo patrón de la comunidad, mismas que se realizan con la cooperación económica de los ciudadanos de la población, situación similar acontece con los servicios (tequios) que se brindan a los templos católicos; por lo tanto el problema se origina cuando cierto grupo de personas conoce y comulga con otro tipo de ideas un tanto cuanto distintas a las practicadas por la mayoría de los ciudadanos, lo que motiva que se nieguen seguir cooperando para las festividades de la religión católica, así como a brindar servicios para la misma, lo que inevitablemente deriva en un rechazo total hacia estos grupos.

Tal es el caso del grupo evangélico Pentecostés, radicado en la comunidad de Santo Domingo Albaradas, Tlacolula, Oaxaca, quienes por negarse a cooperar y prestar servicios al templo católico, fueron privados de su libertad por un

lapso de aproximado de cuarenta y seis horas, como medida de presión para obligarlos a aportar sus cooperaciones y servicios que se destinarían para las festividades católicas y servicios del templo; no obstante la imposición arbitraria de esa medida, y ante la negativa de ellos de realizar las aportaciones requeridas para tal fin fueron prácticamente obligados a abandonar sus hogares, ante el temor de ser privados nuevamente de su libertad. La denuncia de estos hechos fue presentada los días veinticuatro de agosto, diecinueve de septiembre y cinco de noviembre del año dos mil cuatro, formándose al efecto los expedientes de queja CEDH/959(24)/OAX/2004, CEDH/1069/(24)/OAX/2004 y CEDH/1304(24)/OAX/2004, mismos que al ser integrados debidamente y de las diversas evidencias que obran en ellos se acreditan violaciones a los derechos humanos de las personas que integran dicho grupo evangélico. En tal virtud, al advertir esta Comisión de Derechos Humanos violaciones a la libertad personal, de culto y asociación de los agraviados, por la vía del diálogo ha tratado de que las autoridades municipales de Santo Domingo Albarradas, Tlacolula, Oaxaca, sean tolerantes con los ciudadanos que no comulgan con sus ideas religiosas, contraviniendo de esta manera con lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece la libertad de culto y estatuye que todo hombre es libre de profesar la creencia religiosa que más le agrada y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley; además de acuerdo con lo establecido por el artículo 2° de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, nadie puede ser obligado a prestar servicios personales ni a contribuir con dinero o en especie al sostenimiento de una asociación, iglesia o cualquier otra agrupación religiosa, ni a participar o contribuir de la misma manera en ritos, ceremonias, festividades, servicios o actos de culto religioso. Asimismo es necesario resaltar que en cumplimiento a la facultad conciliadora concedida por el artículo 36 de la Ley que rige este Organismo, de manera inmediata a la presentación de la queja el personal de esta Institución, se puso en contacto con la autoridad municipal de Santo

Domingo Albarradas, a efecto de orientar la actuación de dicha autoridad, y aunado a ello en dos ocasiones sostuvo reuniones conciliatorias con las partes en conflicto ante la Secretaría General de Gobierno del Estado, sin que se consiguieran resultados favorables.

Así resolvió:

TERCERO. “Al H. Ayuntamiento Constitucional de Santo Domingo Albarradas, Tlacolula, Oaxaca, para que de manera inmediata restituyan los derechos de los ciudadanos FELIPE DÍAZ DÍAZ, WENCESLAO MORALES CRUZ, HUGO SANTIAGO MARTÍNEZ, VICENTE SANTIAGO GARCÍA y ELEUTERIO HERNÁNDEZ BAUTISTA y sus familiares, permitiéndoles su regreso a dicha población, así como una estancia digna en dicha comunidad, brindándoles la seguridad que requieran a efecto de garantizar su derecho a la libertad de pensamiento y culto y en el ámbito de sus atribuciones garanticen los derechos y libertades en materia religiosa no solo para las personas que en esa población profesan la religión Cristiana Evangélica Pentecostés, sino para todas aquellas personas que no comulguen con la religión católica o no coincidan con la ideología política, económica, cultural o social en dicha comunidad; recordándoles que los usos y costumbres bajo ninguna circunstancia están por encima de los derechos universalmente reconocidos”.

(Fuente: http://www.cedhoax.org/recomen/relacion/caso_albarradas.htm)

La inexistencia de una estrategia especial por parte de la CEDH de Oaxaca para la identificación de las quejas indígenas habla de la ausencia de un tratamiento específico para los reclamos indígenas que resulta inconsistente con los objetivos declarados de la Visitaduría Adjunta Especializada para Asuntos Indígenas creada el 2001, los que como se señalara, incluyen el recepcionar quejas de personas o comunidades indígenas, investigar las presuntas violaciones a

derechos humanos de los indígenas, y proyectar las resoluciones de los expedientes de quejas. Ello resulta contrastante también con la demografía indígena existente en este estado, uno de los de mayor población indígena en México, y con la relevancia que en los últimos años han adquirido los derechos indígenas en este estado tanto a nivel jurídico, como político y cultural.

El Informe Especial sobre la situación de derechos humanos en el estado de Oaxaca elaborado el 2004 por la CEDH de Oaxaca, sin embargo, arroja mayores antecedentes sobre la actuación de esta entidad en general, así como sobre su actuación y preocupación particular sobre la realidad de los derechos de los pueblos indígenas. Dicho informe señala que de las 10.845 quejas que fueron recibidas por este organismo durante los últimos 11 años, un 29.49% correspondieron a la Procuraduría General de Justicia del Estado; el 7.1% corresponden al Instituto Estatal de Educación Pública de Oaxaca; un 35.85% correspondió a autoridades municipales del estado; un 6.97% correspondió al Tribunal Superior de Justicia; un 2.70% correspondió a la Dirección de Prevención y Readaptación Social; un 2.91% correspondió a la Secretaría de Protección Ciudadana, en tanto que el resto correspondió a diversas otras entidades estatales.

El informe además contiene antecedentes sobre la actuación realizada por la CEDH de Oaxaca en materia de derechos indígenas, así como recomendaciones específicas para abordar los problemas que afectan su vigencia en el estado. En materia de educación el Informe manifiesta en sus propuestas que la relación entre alumnos y profesores debe estar basada en el respeto a la persona y la no discriminación, y que la población indígena del estado “requiere de un programa educativo con características particulares que asegure la permanencia de sus valores, costumbres y patrones socioculturales y, al mismo tiempo, permita a sus integrantes

acceder a la instrucción formal obligatoria”. Agrega la necesidad de que se doten de textos gratuitos en su propia lengua a los niños indígenas que cursan instrucción primaria (CEDH de Oaxaca, Informe Especial, 2004: 22).

En materia de actuación municipal y derechos humanos, la CEDH de Oaxaca llama la atención sobre el hecho que los municipios en este estado han logrado conservar sus mecanismos para la toma de decisiones y maneras de hacer justicia, para organizar su vida social y productiva, además de preservar su cultura e identidad, y que su capacidad de autogobierno les ha permitido perdurar. La CEDH de Oaxaca reconoce que su identidad particular se sustenta en factores diferenciales de tipo histórico, lingüístico, geográfico, artesanal, productivo, vestimenta y expresiones estéticas propias, cuyas diferencias se expresan en las danzas y la práctica de ritos sobre el nacimiento, las bodas, los funerales, entre otras tradiciones y costumbres.

Manifiesta su preocupación, sin embargo, por el hecho que en los municipios que se rigen por el sistema de usos y costumbres (418 del total de 570), señalando que ha conocido múltiples casos donde “las autoridades municipales, al amparo de los acuerdos de la asamblea y basados, según ellos, en sus usos y costumbres, violentan día tras día los derechos humanos de los habitantes de sus comunidades, ejecutando resoluciones que a todas luces son ilegales y contrarias al espíritu de nuestra Constitución General de la República y la particular del estado” (CEDH de Oaxaca, 2004:24).

Sostiene que resulta problemático el que las autoridades municipales, basadas en usos y costumbres destinados a reforzar la unión de los grupos indígenas y salvaguardar su identidad comunitaria, hayan procedido a afectar derechos humanos y a realizar funciones que nos les corresponden. Da

cuenta de los problemas de que adolece el sistema judicial en Oaxaca para asumir las causas en que están involucradas personas indígenas, señalando que no existen abogados defensores, traductores indígenas, resultando ello en la exclusión de los indígenas. Todo ello lleva a la CEDH de Oaxaca a proponer que se mejore sustancialmente el acceso de los indígenas a las instituciones de procuración e impartición de justicia considerando su identidad cultural. Manifiesta además su preocupación por la violación del derecho a la libertad religiosa en los municipios indígenas, ya que las autoridades municipales, argumentando acuerdos de asamblea, han actuado ilegalmente provocando desplazamientos de grupos indígenas que profesan una religión diversa de la católica. Por último manifiesta que los problemas que generan la carencia de reglas para la armonización de la normatividad indígena con las leyes federales y estatales.

En vista de lo anterior realiza un conjunto de propuestas a objeto de que los indígenas y sus derechos puedan gozar y desarrollar sus derechos y cultura. En particular propone a las autoridades municipales “velar porque ninguna persona sea diferenciada por su lengua, raza o religión, para que todos tengan derecho a disfrutar de su cultura, profesar y practicar su religión, utilizar su propia lengua, participar en los procesos de toma de decisiones relativos a la minoría a la que pertenecen y mantener contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo o ciudadanos...” (CEDH de Oaxaca, 2004:29).

Propone además un conjunto de medidas a otros órganos del estado, entre ellos:

El Instituto de Desarrollo Municipal, para que desarrolle acciones de capacitación, información, asesoría, investigación y difusión que fortalezcan la capacidad administrativa, técnica y jurídica de los Ayuntamientos, a fin

de que puedan cumplir cabalmente sus tareas en beneficio del desarrollo de sus comunidades.

La Secretaría de Asuntos Indígenas, por conducto de la Procuraduría para la Defensa del Indígena, para promover medidas y procedimientos que protejan y preserven el acervo cultural de las etnias y el desarrollo de las formas consuetudinarias de organización social y económica de las comunidades indígenas del estado;

El Tribunal Superior de Justicia del Estado por conducto del Instituto de Capacitación y Especialización del Poder Judicial y de la Carrera Judicial, a efecto de que brinden capacitación a los auxiliares de la administración de justicia, con la finalidad de que puedan desempeñar las funciones que los servidores públicos correspondientes del Poder Judicial del Estado les encomienden en materia civil, penal, familiar y mercantil;

La Procuraduría General de Justicia del Estado por conducto de la Dirección de Servicios a la Comunidad y Participación Ciudadana, para que proporcione orientación legal y social con relación a la procuración e impartición de justicia y para que desarrolle jornadas de asesoramiento para auxiliares del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones (CEDH de Oaxaca, 2004: 30).

El informe hace referencia a los derechos indígenas al tratar de los grupos vulnerables. Así al referirse a la mujer señala que el 73 % de la población oaxaqueña vive en comunidades indígenas, y en municipios regidos por usos y costumbres. De acuerdo al informe es en ellos donde se advierte que la mujer no participa en la toma de decisiones, y

que las mujeres indígenas son las más pobres entre las pobres, ya que la discriminación hacia ellas es más aguda porque son triplemente vulnerables en razón de su género, de su origen étnico y de su condición socio-económica (CEDH de Oaxaca, 2004).

Finalmente, dentro de la misma categoría de grupos vulnerables identifica a los indígenas, señalando que la discriminación por motivos étnicos y raciales es grave, siendo su mayor preocupación los sistemas de usos y costumbres, los que en la mayoría de los casos se contraponen al ordenamiento jurídico nacional. Agrega que el estado tiene un gran reto de hacer llegar los servicios básicos de salud, educación y agua potable, entre otros derechos a la población indígena. Entre las propuestas en relación con los pueblos indígenas destacan las orientadas al Instituto de Desarrollo Municipal para la vigilancia de que las autoridades municipales apliquen la Ley para la Protección de los Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas; la creación del Instituto de Lenguas Indígenas Originarias y de Escuelas Normales Bilingües; aquellas orientadas al Instituto de Desarrollo Municipal, la Procuraduría General de Justicia del Estado y el Tribunal Superior de Justicia, para que capaciten a las autoridades municipales para evitar que violenten los derechos de sus gobernados; y al Instituto Estatal de Ecología a objeto que oriente a las comunidades indígenas en el manejo, administración y control de las áreas naturales protegidas en sus territorios o regiones, tomando en cuenta los ordenamientos ecológicos correspondientes (CEDH de Oaxaca, 2004).

Antecedentes adicionales recabados permiten dar cuenta de la existencia de una preocupación de la CEDH de Oaxaca en materia de promoción y educación en derechos indígenas. Esta entidad publicó un *Manual Básico de Derechos Humanos para Autoridades Municipales*. En su Capítulo V se hace un

breve estudio sobre el sistema de usos y costumbres, su concepto, evolución y reconocimiento a través el tiempo. Además, se analizan los usos y costumbres en el sistema jurídico mexicano y en concordancia con la CPM, con el Convenio No.169 de la OIT, así como con otros ordenamientos legales que regulan los derechos de los indígenas. De igual manera, se precisa la relación que existe entre los usos y costumbres con la violación a los derechos humanos (CEDH de Oaxaca, *Manual* s.f.).

También en el ámbito de la promoción, así como en el ámbito de incidencia normativa, cabe mencionar que el 2004 el Presidente de la CEDH de de Oaxaca, Lic. Sergio Segreste López, junto a los presidentes de las Comisiones de Derechos Humanos de los Estados de Yucatán, Quintana Roo, Campeche, Tabasco y Veracruz, suscribió la Declaración de Mérida de 2004 manifestando su preocupación por las “graves condiciones que prevalecen para la subsistencia y desarrollo de los integrantes de las etnias que se ubican en nuestras entidades”. Asimismo exhortan “a las autoridades de los tres niveles de gobierno a considerar como prioritario el cumplimiento de los compromisos expresados hacia los grupos indígenas y a impulsar decididamente acciones concretas en beneficio de sus integrantes”. Consideran “impostergable la revisión de políticas públicas, marcos normativos y el funcionamiento de las instituciones oficiales instituidos para la protección y desarrollo de la diversidad cultural y las condiciones de vida de los pueblos indígenas”. Finalmente demandan “la apertura de canales directos de comunicación con los pueblos indígenas y sus representantes previa a cualquier toma de decisiones que afecte sus intereses” (Declaración de Mérida, Mérida, Yucatán, Agosto de 2004 en Gaceta No 26, 2004, CEDH de de Oaxaca: 86).

Finalmente, en marzo del 2005, la CEDH de Oaxaca y la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos suscribieron un convenio de colaboración para establecer estrategias jurídicas y recomendaciones generales que permitan fortalecer las capacidades institucionales en materia de procuración y administración de justicia penal para indígenas. En la primera etapa del programa piloto, que tendrá una duración de 10 meses, el objetivo será la elaboración de un diagnóstico general sobre la situación de los indígenas en reclusión.

Para ello se realizarán entrevistas con presos y presas indígenas, así como la revisión de expedientes judiciales, y la sistematización y análisis de la información recabada tomando en cuenta el contexto político y social de los pueblos indígenas.

Al concluir, se elaborará un diagnóstico de situación de la procuración y administración de justicia sobre los presos indígenas en el que se formularán recomendaciones de políticas públicas y estrategias jurídicas a las autoridades (<http://www.cedhoax.org>).

6.8. Análisis crítico y recomendaciones

México es un Estado que en materia indígena ha ejercido una enorme influencia en América Latina. Las políticas indigenistas impulsadas por el Estado mexicano a partir de mediados del Siglo XX marcarían la agenda de la mayor parte de los Estados de la región en su relación con los pueblos indígenas, los que en muchos casos siguieron los lineamientos desarrollados por el Instituto Nacional Indigenista desaparecido bajo el mandato del Presidente Fox. La misma influencia ha ejercido en los movimientos indígenas la experiencia del

Frente Zapatista de Liberación Nacional y sus luchas por autonomía indígena en la década de los noventa. Los esfuerzos desarrollados a partir de entonces por introducir reformas profundas en las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado mexicano, basadas en el reconocimiento del derecho de libre determinación, expresados primero en los Acuerdos de San Andrés en 1996 y más tarde en la propuesta de COCOPA, y frustrados posteriormente en el 2001 –según la visión de los movimientos indígenas y de analistas– con la reforma constitucional al artículo 2, también han marcado la discusión relativa a los derechos indígenas en gran parte de la región.

A pesar de las críticas de que es objeto el marco jurídico relativo a los pueblos indígenas en México, debe reconocerse que existe en este país una importante normativa de protección de los derechos indígenas. Oaxaca, como se ha señalado, es posiblemente el estado de la federación que más ha desarrollado la normatividad relativa a estos derechos, anticipándose a la legislación federal sobre la materia, dando impulso a procesos de gran interés para los pueblos indígenas de la región, como el relativo a los sistemas normativos internos y a la jurisdicción de las autoridades indígenas, y el sistema electoral consuetudinario, permitiendo este último el control indígena –basado en el sistema de usos y costumbres– de la mayor parte de los municipios del estado.

Paradójicamente, como da cuenta el Relator Stavenhagen en su informe sobre México de 2003, persiste en este país una situación de grave discriminación en contra de los indígenas que se traduce en bajos índices de desarrollo en las regiones indígenas, en violencia en contra de comunidades indígenas generalmente asociadas a sus luchas por tierra, y en abusos a los derechos humanos de los indígenas –incluyendo la vida, la integridad física, el debido proceso, etc.– asociados a un mal funcionamiento del sistema judicial. A ello se agrega

la criminalización de la protesta social indígena en el marco de los conflictos de tierras, y un alto grado de impunidad y corrupción (Stavenhagen, 2003).

Es en este contexto que la existencia de las Comisiones de Derechos Humanos o *Ombudsman* en México, tanto a nivel federal como de las entidades federativas, adquiere una enorme relevancia, siendo éstas instancias fundamentales para la protección y promoción de los derechos humanos en general y de los derechos indígenas en particular en este país.

Tal como señala la OACNUDH en su Informe sobre Derechos Humanos en México y el Relator Especial para los derechos indígenas en su Informe sobre Derechos indígenas en este país, ambos de 2003, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México y las comisiones estatales de derechos humanos, incluyendo la CEDH de Oaxaca constituyen un importante aporte en la protección, promoción y defensa de estos derechos. Su actuación ha permitido llamar la atención al Estado federal y al de Oaxaca en el último caso, respecto a las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas. Ello además del logro de mayores grados de protección frente a las constantes amenazas de que son objeto.

Al respecto, la OACNUDH señala: “La creación del ombudsman en México ha significado un parteaguas en la protección de los derechos humanos en nuestro país. La investigación y difusión de violaciones a derechos humanos que han venido realizando tanto el organismo nacional como los locales, sin duda ha contribuido a la toma de conciencia, disminución en la frecuencia de las violaciones y el combate a la impunidad” (OACNUDH, 2003:7).

El interés de los *Ombudsman* tanto nacional como estatales, como es la CEDH de Oaxaca, en materia de derechos indígenas, debe ser valorado. Debe destacarse el que tanto la

CHDH como la CEDH de Oaxaca, en atención a la crítica realidad de los derechos de esta parte postergada y discriminada de la población mexicana, hayan establecido instancias especiales (la Cuarta Visitaduría en el caso de la CNDH y la Visitaduría Adjunta Especializada para Asuntos Indígenas en el caso de la CEDH de Oaxaca) dedicadas a abordar la problemática de los derechos indígenas.

El rol de estas entidades en materia de protección de los derechos indígenas es resaltado por diversos analistas. La OACNUDH valora el rol desempeñado por la CNDH y algunas comisiones estatales para la excarcelación de los presos indígenas. (OACNUDH, 2003). Por su parte el Relator Stavenhagen en su informe sobre México valora el rol de la CNDH y de las comisiones estatales tanto en materia de excarcelación de los presos indígenas como en materia de justicia frente a los conflictos agrarios que involucran a sus comunidades (Stavenhagen, 2003). La preocupación de la CEDH de Oaxaca por la violación de los derechos indígenas es resaltada por Salomón Nahmad¹⁹⁶.

Entre las mejores prácticas de la CNDH destacan:

- En materia de investigación, la recomendación general 4 de la Cuarta Visitaduría en relación a las prácticas administrativas que constituyen violaciones a los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas respecto de la obtención de consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar, dirigida a los responsables de los servicios de salud pública de México;

¹⁹⁶ Salomón Nahmad, de CIESAS Oaxaca e integrante del Consejo de la CEDH Oaxaca, comunicación escrita al autor, junio de 2005.

- En materia de mediación, la formalización de 34 casos de conciliación a cargo de la misma Visitaduría;
- Las actuaciones del Programa de Liberación de Presos Indígenas, el que en el período de este informe (1999-2004) realizó 10,827 propuestas de preliberación de presos indígenas, de las que procedieron 4,022 de ellas.
- Y las actuaciones del Programa de los Altos y Selva de Chiapas, asignado a la Primera Visitaduría General el 2001, con el propósito de atender las violaciones a los derechos humanos que se presentaron en el Estado de Chiapas a raíz del conflicto armado de 1994. Destacan en esta materia como las más relevantes, la capacitación desarrollada en derechos humanos, en colaboración con diversas organizaciones, instituciones educativas y organismos de la administración pública del estado de Chiapas; la participación en reuniones con organismos públicos y privados con miras a lograr la conciliación al interior de las comunidades en conflicto; el acompañamiento a integrantes del Ejército Zapatista de Liberación Nacional durante el recorrido que realizaron por diversos estados y que culminó en la Ciudad de México el 2001 para la discusión de la reforma constitucional relativa a derechos indígenas; las visitas de supervisión a distintas estaciones migratorias del estado con la finalidad de verificar el respeto a los derechos humanos de los migrantes por parte de servidores públicos del Instituto Nacional de Migración; y el Coloquio realizado el 2004 sobre Mecanismos Internacionales de Protección a los Derechos Humanos en San Cristóbal de las Casas, en coordinación con la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

En lo que respecta a la CEDH de Oaxaca destacan como las actividades más relevantes en materia de derechos indígenas:

- El Informe Especial denominado *Análisis de la Situación de los Derechos Humanos en el Estado de Oaxaca* (2004), el que hace referencia a la situación y derechos de los pueblos indígenas y formula recomendaciones para su protección y desarrollo, entre ellas, la capacitación de los auxiliares de justicia en estos derechos;
- La elaboración del *Manual Básico de Derechos Humanos para Autoridades Municipales*, en que se hace un estudio de los usos y costumbres en el sistema jurídico mexicano y en el Convenio 169 de la OIT;
- El acuerdo suscrito el 2004 por el Presidente de la CEDH de Oaxaca junto a los presidentes de otros Ombudsmen de México instando a las autoridades a, entre otros aspectos, la revisión de las políticas públicas y de los marcos normativos relativos a los pueblos indígenas;
- Y el convenio suscrito el 2005 con la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos para establecer estrategias jurídicas y recomendaciones generales que permitan fortalecer las capacidades institucionales en materia de procuración y administración de justicia penal para indígenas.

Vacíos y obstáculos

La actuación de estas entidades, sin embargo, no ha estado exenta de dificultades.

Por un lado están los problemas que dicen relación con su falta de autonomía frente al Estado. La OACNUDH señala que el hecho que la CNDH y las comisiones estatales sean, de acuerdo a sus respectivas legislaciones, organismos autónomos, no significa que no estén sujetos a control (OACNUDH, 2003). La ausencia de autonomía constituye también, en el caso de la CEDH de Oaxaca, un problema a considerar de acuerdo a la opinión de Francisco López Barcena, abogado *mixteco* de este estado de destacada trayectoria en defensa de derechos indígenas en México. Tal ausencia de autonomía estaría relacionada con la dependencia que las autoridades de la CEDH de Oaxaca tendrían con el gobierno estatal, lo que les restaría independencia y credibilidad en su actuar¹⁹⁷.

Por otro lado, todo parece indicar que la actuación tanto de la CNDH como de la CEDH de Oaxaca en materia de derechos indígenas no tiene el alcance que debería tener tomando en consideración la gravedad de las violaciones de los derechos humanos de los indígenas en sus respectivas jurisdicciones, su mandato constitucional, así como la importante demografía indígena en ellas existente. Ello en particular en el caso de Oaxaca, donde de acuerdo a toda la información disponible, existen graves conflictos que involucran a comunidades indígenas en relación a sus derechos agrarios, los que en ocasiones originan enfrentamientos con resultados de muerte, detención ilegal de personas indígenas, y en general, violación de su derecho al debido proceso, que no son asumidos por la CEDH.

197 Francisco López Barcena, comunicación con el autor, mayo de 2005. Según lo señalado por López Barcena, las organizaciones de derechos humanos no avalan el trabajo de la CEDH de Oaxaca. La Red de Derechos Humanos de Oaxaca inclusive habría interpuesto una demanda por espionaje en contra de su Presidente.

En efecto, las estadísticas de la CEDH de Oaxaca, no dan cuenta de una atención significativa de casos relativos a derechos indígenas. Así en los informes de esta entidad no consta la existencia tratamiento diferenciado y específico a la población indígena, lo que, como se señalara, contrasta con los objetivos de su Visitaduría Especializada en Asuntos Indígenas –que incluyen recepcionar quejas de personas o comunidades indígenas, investigar las presuntas violaciones a derechos humanos de los indígenas, y proyectar las resoluciones de los expedientes de quejas– así como con la relevancia demográfica, jurídica y política que tienen los indígenas en este estado¹⁹⁸.

En el caso de la CNDH, los antecedentes disponibles permiten señalar que esta ha tenido poco impacto a nivel federal para dar seguimiento a las situaciones más graves de violación de derechos humanos, como por ejemplo la matanza de Acteal, o las violaciones a los derechos indígenas por parte de militares en el estado de Guerrero. En relación a la Cuarta Visitaduría creada en esta entidad, si bien se informa de los casos en que esta instancia se ha involucrado, no se conoce la real incidencia que tuvieron sus acciones. Tampoco queda claro como ésta aborda la situación de los derechos colectivos, y existen críticas a su falta de comprensión del derecho indígena y a los sistemas normativos indígenas¹⁹⁹. En forma coincidente con esta percepción, la OACNUDH señala que la atención de quejas por parte de la CNDH aparece como insuficiente en relación a la población del país y a la situación de violación de derechos humanos que en el existe. Por ello

198 Los problemas para dar un tratamiento diferenciado a los asuntos indígenas en la CEDH de Oaxaca son constatados por Salomón Nahmad. Ellos se deberían, a su juicio, a las dificultades de sus abogados para diferenciar entre las situaciones de violación de derechos indígenas de las que no lo son. Comunicación escrita al autor, junio de 2005.

199 Teresa Sierra, CIESAS DF, comunicación al IIDH, agosto 2005.

concluye que “...tales quejas no son realmente representativas de todo el universo de violaciones que corresponde a la CNDH” (OACNUDH, 2003:7). Tal percepción es compartida por Magdalena Gómez, quien sostiene en el caso de la CNDH que las organizaciones indígenas no recurren a esta instancia y se enfrentan solas a los tribunales con las armas del derecho común, en tanto otras los eluden trabajando en su organización interna y en la autonomía²⁰⁰.

Finalmente, existe un problema de enfoque en el trabajo de estas comisiones, en particular de la CEDH de Oaxaca. A juzgar por la documentación disponible respecto a su actuación en materia indígena, una de sus mayores preocupaciones en este ámbito parece haber estado centrada en la protección de la población que habita en los municipios actualmente autónomos y regidos por el sistema de usos y costumbres de los abusos y excesos que puedan cometer sus autoridades. Si bien esta constituye una preocupación legítima desde la perspectiva de los derechos humanos, toda vez que los usos y costumbres y los acuerdos de asambleas indígenas no deberían resultar en prácticas violatorias de estos derechos, resulta preocupante que la CEDH de Oaxaca este debilitando con su accionar los sistemas indígenas de justicia²⁰¹. Por otro lado, también preocupa que esta entidad no ponga el mismo énfasis en sus informes frente a las múltiples y graves violaciones a los derechos indígenas por conflictos agrarios o por las situaciones de discriminación que viven a diario y que son atribuibles a las autoridades del estado. Ello salvo en el

200 Magdalena Gómez, comunicación con el autor, mayo de 2005.

201 A juicio de Elisa Cruz R., abogada y antropóloga, la práctica de la CEDH de Oaxaca se ha caracterizado por ser unilateral dado que no indaga sobre las causas y contexto de las sanciones que aplican las autoridades indígenas. Por ello, más que resolver conflictos sobre aplicabilidad del sistema de justicia indígena, se ha constituido en un factor de debilitamiento de la misma y en un factor de generación de mayor conflictividad al interior de las comunidades. Cruz R., Elisa, comunicación al IIDH, Agosto de 2005.

caso de los problemas relacionados con el acceso de los indígenas a la justicia, los que son identificados y analizados por sus informes.

Ello podría explicar el escaso número de quejas que se presentan a esta entidad relacionadas con la protección, promoción y defensa de los derechos de los indígenas y de sus comunidades, lo que contrasta con la demanda que en esta materia parece ejercerse sobre la Procuraduría de Derechos de los Pueblos Indígenas de Oaxaca.

Recomendaciones

Frente a esta realidad la OACNUDH hace una serie de recomendaciones, entre ellas la extensión de la acción de estas entidades acudiendo directamente a las instancias del sistema interamericano de protección a los derechos humanos como quejoso o vía *amicus curiae* ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos; la potenciación de su actuación para promover una cultura de los derechos humanos mediante la emisión de un mayor número de recomendaciones, la apertura de expedientes de queja de oficio, así como mediante el ejercicio de sus atribuciones constitucionales para formular denuncias y quejas desde el momento en que los hechos respectivos sean calificados como presuntamente violatorios de los derechos humanos (OACNUDH, 2003).

El Relator Stavenhagen en su Informe de derechos indígenas en México establece en sus recomendaciones la necesidad de que “el sistema nacional de ombudsman (Comisión Nacional y Comisiones Estatales de Derechos Humanos) debe fortalecer sus áreas de atención a los derechos humanos indígenas con particular énfasis en el sistema judicial” (Stavenhagen, 2003: parág. 88).

En forma coincidente con lo señalado en estos informes, se formulan las siguientes recomendaciones para potenciar el trabajo de la CNDH y la CEDH de Oaxaca en materia de derechos de los pueblos indígenas:

1. El fortalecimiento de las instancias existentes al interior de la CNDH y de la CEDH de Oaxaca (la Cuarta Visitaduría en el caso de la CNDH y la Visitaduría Adjunta Especializada para Asuntos Indígenas en el caso de la CEDH de Oaxaca) de modo de potenciar su acción de investigación, mediación y promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Ello a través de la dotación a estas unidades de personal profesional interdisciplinario con experiencia de trabajo con pueblos indígenas, así como de personal indígena que desarrolle una labor de facilitación intercultural y acercamiento a las comunidades indígenas, así como de la dotación de los recursos necesarios para que puedan desarrollar en forma adecuada sus funciones, y en particular, realizar el trabajo de terreno que se requiere en las áreas indígenas en las que ocurren las violaciones a los derechos indígenas o a las que se quiera llegar para ejercer su labor de protección, mediación y promoción de derechos indígenas;
2. El desarrollo por la CNDH y la CEDH de Oaxaca de una metodología de trabajo específica –que permita la integración de las instituciones indígenas como expresión de la diversidad jurídica existente en México—²⁰² para la atención de quejas y la investigación de casos relativos a derechos indígenas, a fin de contar con una documentación específica sobre la materia, que sea de acceso público, y que permita contar con una sistematización de

202 Comentario realizado por Marcos Figueroa, Secretario Ejecutivo de CEDH de Oaxaca, en comunicación escrita al IIDH, agosto 2005.

los resultados alcanzados a través de su acción defensorial con pueblos indígenas;

3. La formación y sensibilización del personal de la CNDH y de la CEDH de Oaxaca en su conjunto de modo que esta puede incorporar la dimensión de los derechos indígenas en su quehacer global;
4. El fortalecimiento de la labor investigativa, tanto frente a quejas específicas sometidas a su conocimiento como frente a situaciones que por su importancia o gravedad, y como las situaciones de violencia que afectan a comunidades indígenas en Oaxaca o los problemas derivados de la implementación de los municipios autónomos regidos por los usos y costumbres en el mismo estado, requieran de una investigación en profundidad para su adecuado tratamiento por la sociedad y el estado;
5. La potenciación de la acción promocional de ambas entidades con miras a fortalecer la recepción del derecho consuetudinario indígena por la justicia estatal y de contribuir al desarrollo de los sistemas normativos y de resolución de conflictos indígenas reconocidos en la Constitución;
6. El ejercicio por ambos Ombudsmen de la función de procuraduría impulsando acciones contempladas en la ley y la constitución en favor de los derechos indígenas ante los tribunales de justicia frente a su violación, así como acudiendo directamente a las instancias del sistema interamericano de derechos humanos sea como denunciante o como *amicus curiae* para con el mismo objetivo.
7. El establecimiento de mecanismos de participación de la sociedad civil y de los propios pueblos indígenas en el quehacer de los *Ombudsman* de modo de garantizar su independencia y autoridad.

Bibliografía:

Assies, Willem, et al. eds. *El Reto de la Diversidad. Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, México, 1999.

Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca, *Primer Informe Anual de Actividades 2001-2002*, en <http://www.cedhoax.org>

-----, *Segundo Informe Anual de Actividades 2002-2003*, en <http://www.cedhoax.org>

-----, *Tercer Informe Anual de Actividades 2003-2004*, en <http://www.cedhoax.org>

-----, Informe Especial. *Análisis sobre la situación de los derechos humanos en el Estado de Oaxaca*, 2004, en <http://www.cedhoax.org>

-----, *Manual Básico de Derechos Humanos para Autoridades Municipales s.f.* en <http://www.cedhoax.org>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, OEA/Ser. L/V/II.100 Doc. 7 rev. 1 Septiembre 24, 1998.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Antecedentes de la CNDH*, en http://www.cndh.org.mx/Principal/document/la_cndh/fr_antecede.htm

-----, *Informe de gestión de la CNDH noviembre 1999 a noviembre 2004* en http://www.cndh.org.mx/Principal/document/la_cndh/transparencia/fr_transparencia.htm

-----, *Programa Anual de Trabajo 2005*, en <http://www.cndh.org.mx>

Comisión Nacional para el Desarrollo de Los Pueblos Indígenas, *Diversidad Etnolingüística*, en http://cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=90

Consejo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Oaxaca. *Reglamento Interno de la Comisión de Derechos Humanos del Estado Libre y Soberano de Oaxaca*. 15 de julio de 1993.

Declaración de Mérida, Mérida, Yucatán, Agosto de 2004 en Gaceta No 26, 2004, CEDH de Oaxaca.

Federación Internacional de Derechos Humanos, *Los pueblos indígenas en México*, Informe N° 331/3, Junio 2002.

Gómez, Magdalena, *La constitucionalidad pendiente: análisis del proceso mexicano de reformas en materia indígena* (1992 y 2001), 2001, inédito.

INI-CONAPO. *Estimaciones de población indígena a partir de la base datos del XII Censo general de población y vivienda 2000*, INEGI, en http://cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=91

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de Progresos en Derechos Humanos*, Compact Disc, sin fecha.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.

López Bárcenas, Francisco. *Constitucionalismo y derechos indígenas en Oaxaca*. Centro de Estudios Oaxacali-

fornianos. California, Estados Unidos de América. s/f.
Ver: http://www.laneta.apc.org/fiob/estudioso_axacalifornia/oaxacalifornia.html

-----, *Entre lo Propio lo Ajeno. El Sistema Electoral Consuetudinario en el Estado de Oaxaca*, Ce-Acatl, México DF, 1998.

-----, *La Diversidad Mutilada. Los Derechos Indígenas en la Legislación de Oaxaca*, 2000.

-----, *Los derechos indígenas en la legislación federal*, México, abril 2005, inédito.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*. México, 2003.

Pedroza de la Llave, Susana Talía & Omar García Huante (compiladores). *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*. Tomos I y II. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 2003.

Stavenhagen, Rodolfo. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, sobre su Misión a México* (1 al 18 de junio de 2003). ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/80/Add.2

“Vaga la jerarquía de acuerdos internacionales en Constitución: SCJN”. Nota de prensa. CIMAC. México DF, 29 de abril de 2004 en <http://www.cimacnoticias.com/noticias/04abr/04042914.html>

Páginas web

<http://www.cimacnoticias.com/noticias/04abr/04042914.html>

<http://www.cndh.org.mx>

<http://www.cedhoax.org>

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/>

<http://www.oaxaca.gob.mx/prodi/>

<http://untreaty.un.org/>

<http://www.socwatch.org.uy/es/portada.htm>

Comunicaciones

Castañeda, Amilcar, comunicación escrita al autor, abril 2005.

Cruz Rueda, Elisa, comunicación escrita al IIDH, agosto de 2005.

Figuroa, Marco, Secretario Ejecutivo de CEDH de Oaxaca, en comunicación escrita al IIDH, agosto 2005.

Gómez, Magdalena, comunicación escrita al autor, mayo de 2005.

López Bárcenas, Francisco, comunicación escrita al autor, mayo de 2005.

Nahmad, Salomón, comunicación escrita al autor, junio de 2005.

Segreste López, Sergio, Presidente de la CEDH de Oaxaca, comunicación escrita al autor, febrero de 2005.

Sierra, Teresa, CIESAS México DF, comunicación escrita al IIDH, agosto 2005.

7. NICARAGUA

7.1. Antecedentes Generales

La población de Nicaragua ha sido estimada en cinco millones de habitantes. De esta población, 448.350, esto es, cerca del 10 % del total, son indígenas²⁰³.

La población indígena se ha establecido históricamente en el Atlántico y en núcleos poblacionales ubicados en la zona centro, norte y Pacífico de Nicaragua. Su ubicación actual se ha ampliado hacia la región montañosa alta y lluviosa, también conocida como la frontera agrícola. Los pueblos indígenas reconocidos, así como las comunidades étnicas en Nicaragua son los siguientes:

Los *miskitu (miskito)*, con 150,000 personas, ubicados en las Regiones Autónomas Norte, y el norte del Departamento de Jinotega específicamente en los Municipios de El Cuá, San José de Bocay y Wiwilí;

Los *mayangna-sumu*, con 13,500 personas, ubicados en la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN), Municipios de Bonanza, Rosita, Siuna, Puerto Cabezas y Región Autónoma del Atlántico Sur (RAAS), Norte del Departamento de Jinotega, Municipio de San José de Bocay.

Los *rama*, con 1,350 personas, ubicados en la Región Autónoma del Atlántico Sur.

²⁰³ Antecedentes contenidos en Mairena, 2005. De acuerdo al mismo autor, no existe claridad sobre la cantidad de población indígena, ya que existen núcleos de población indígena que no se han incorporado al proceso de organización así como un segmento que se ha venido conformando de las migraciones de las comunidades del centro hacia la zona de frontera agrícola.

Los *garífuna*, con 2,000 personas, ubicadas en la Región Autónoma del Atlántico Sur.

Los *créole*, con 43,000 personas, ubicados en la Región Autónoma del Atlántico Sur en los Municipios de Bluefields, Corn Island, Laguna de Perlas y San Juan del Norte.

Los *chorotegas*, con una población de 82,000 personas, se ubican en el centro y norte del país. Pertenecen a este pueblos las comunidades indígenas: Sébaco, Muy Muy en el Departamento de Matagalpa, Jinotega (Departamento de Jinotega), Telpaneca, San Antonio, San Lucas, Cusmapa (en el Departamento de Madriz), Mozonte en el Departamento de Nueva Segovia.

Los *nahoas*, con una población de 19,000 personas, ubicados al sur del país en el Departamento de Rivas, al cual pertenecen las comunidades de Veracruz, Nancimí, San Jorge, Salinas de Nahualapa y Urbaite Las Pilas (en la Isla de Ometepe).

Los *sutiaba-okan xiu*, con 40,500 personas, ubicados en el Occidente del país, en el Municipio de León Departamento de León.

Y los *matagalpa*, con 97,000 personas, ubicados en el Centro del país en el Departamento de Matagalpa, incluyendo los Municipios de Matagalpa, San Ramón, San Dionisio, parte de Esquipulas, de Terrabona y La Dalia²⁰⁴.

A ello se suman las comunidades de Boaco en la región central, Totogalpa en la región norte, algunas comunidades *mayagnas* ubicadas en los altos del río Coco y todas las

204 Proyecto Tierras Nativas, URACCAN, 2003, en Mairena, 2005.

poblaciones indígenas que producto de la migración forzada por el proceso de despojo de sus tierras han salido hacia lo que hoy conocemos como frontera agrícola y que, a pesar de permanecer desorganizados, son indígenas (Mairena, 2005).

La historia de la colonización ha generado una realidad jurídica, política y cultural diferenciada entre los pueblos indígenas que habitan en el centro, norte y Pacífico de Nicaragua y aquellos que lo hacen en la Costa Atlántica. Mientras los primeros a partir de la conquista estuvieron sometidos al dominio español y a su legislación sobre Indias, los últimos estuvieron sometidos al dominio inglés. Así mientras en el caso de los pueblos bajo el dominio hispano se observó un proceso de desconocimiento total a los derechos indígenas, en el Atlántico los ingleses promovieron (por intereses estratégicos) una suerte de política de alianza para enfrentar el poder colonial español. Ello permitió a los indígenas de esta parte de Nicaragua conservar, en alguna medida, muchos de los elementos de su identidad y a la vez, la posesión de sus territorios, lo que quedó oficializado en el mismo Acuerdo por el cual Inglaterra reconoció oficialmente la soberanía de Nicaragua sobre la Mosquitia; el Tratado Harrison Altamirano firmado el 19 de abril de 1905. Con dicho tratado se amplió el reconocimiento a la autonomía de la región Atlántica que ya había sido incluida en el tratado Zeledón Wyke, conocido como tratado de Managua, suscrito entre Nicaragua representada por el Doctor Pedro Zeledón, e Inglaterra representada por Ministro Plenipotenciario Charles Lennox Wike, el 28 de enero de 1860 (Mairena, 2005).

Los antecedentes más inmediatos que determinan la realidad actual de los derechos indígenas de Nicaragua se encuentran en el Tratado Harrison Altamirano, el que contiene disposiciones jurídicas específicamente orientadas a la protección de los derechos indígenas de la Costa Caribe, y en

la Ley del 17 de mayo de de 1877, que establece el reconocimiento a la existencia de propiedades indígenas y delineó lo que sería la política de tratamiento estatal orientada al despojo de las tierras para el Pacífico, centro y norte del país²⁰⁵. Esta última Ley no tuvo aplicación en relación a la venta de las tierras indígenas, ya que en 1880 y 1881 se verificó la rebelión de los indígenas de Matagalpa contra el gobierno conservador, hecho que obligó a cambiar la política de tratamiento a los indígenas.

En el siglo XX, los indígenas de Nicaragua no lograron definir legalmente la situación de sus derechos frente al Estado, ya que las pocas leyes que se adoptaron, principalmente a inicios de siglo, fueron leyes integracionistas orientadas a asegurar su sometimiento político, económico y social.

En el Pacífico, centro y norte se aseguró la propiedad sobre sus tierras a través de dos leyes importantes para el reconocimiento de sus derechos: La ley del 3 de junio de 1914 que prohibió la venta de tierras indígenas y estableció el sistema de organización de las comunidades indígenas, y la Ley del 20 de junio de 1935 que estableció el carácter inalienable, inembargable e imprescriptible de la propiedad indígena. Aunque estas leyes fueron reivindicadas por los indígenas del Pacífico, eran también válidas para el Atlántico. En 1987 a través de la Ley de Autonomía, los indígenas del Atlántico lograron el reconocimiento directo del Estado a la autonomía que ya había sido definida desde 1860 a través del Tratado de Managua y especificada en el Tratado Harrison Altamirano de 1905 (Mairena, 2005).

205 A juicio de Mairena (2005), dada la especial naturaleza de la ocupación inglesa de la Costa Atlántica, los indígenas allí no contaron con instrumentos legales que permitieran un reconocimiento de la posesión de sus territorios, a diferencia del Pacífico, donde en el proceso de conquista esta habría sido establecido jurídicamente.

7.2. Marco Jurídico de los derechos humanos e indígenas

7.2.1. Derechos humanos

La Constitución Política de Nicaragua de 1987, con sus reformas de 1995 y del 2000, establece las bases para el reconocimiento y protección de los derechos humanos en este país. Bajo la influencia de la Revolución Sandinista, la Constitución reconoce los derechos y libertades fundamentales de corte liberal –eso si estableciendo la función social de la propiedad²⁰⁶, con un claro énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo dentro de estos el derecho a la salud, educación, vivienda, medio ambiente y los derechos laborales, incluyendo el derecho al trabajo, a una remuneración justa, a la sindicación y a la huelga.

El marco de protección a los derechos humanos está también determinado por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado nicaragüense a partir de la década de los 80 luego de la revolución. En efecto, Nicaragua ha suscrito la mayor parte de los tratados internacionales del sistema de Naciones Unidas²⁰⁷. A ello se agrega la ratificación

206 En el artículo 34 se dispone que “los bienes inmuebles... pueden ser objeto de expropiación de acuerdo a la ley, previo pago en efectivo de justa indemnización. Tratándose de la expropiación de latifundios incultivados, para fines de reforma agraria, la ley determinará la forma, cuantificación, plazos de pagos e intereses que se reconozcan en concepto de indemnización”.

207 A enero de 2004 los tratados del sistema de Naciones Unidas vigentes en Nicaragua eran los siguientes: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Fa-

de la mayoría de los tratados de la Declaración del Milenio de la ONU²⁰⁸.

Los tratados del sistema interamericano de derechos humanos ratificados por Nicaragua a la fecha incluyen la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada en 1979; la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Políticos de la Mujer, ratificada en 1956; La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”, ratificada en 1995, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Pena de Muerte, ratificado en 1999. (IIDH, Mapa de Progresos en Derechos Humanos, CD s.f.)

El valor de estos tratados en el ordenamiento jurídico de Nicaragua, en particular de algunos de ellos, se ve reforzado con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución:

miliars, 1990. Fuente: Colección de Tratados de Naciones Unidas, Base de Datos *Estado de los Tratados Multilaterales Depositados con el Secretario General*, <http://untreaty.un.org/>.

208 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, Italia, 1998; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción. Oslo, Noruega, 1997; el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales. Ginebra, Suiza, 1996; el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Kyoto, Japón, 1997 (aún sin vigor); la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, EEUU, 1989; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Nueva York, EEUU, 2000; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Nueva York, EEUU, 2000; la Convención sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro, Brasil, 1992; la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África. París, Francia, 1994; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Nueva York, EEUU, 1979 (*Ibid.*).

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

7.2.2. Derechos indígenas

i. Bases fundamentales

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, sus bases fundamentales están también contenidas en la Constitución de 1987.

En su artículo 5 estableció: “El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las Comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución”.

En el artículo 8 agregó que “el pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica”.

En su artículo 91 dispuso que “el Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen”.

El artículo 107 establece en relación a la propiedad de las tierras indígenas: “La Reforma Agraria eliminará cualquier forma de explotación a los campesinos, a las comunidades indígenas del país y promoverá las formas de propiedad compatible con los objetivos económicos y sociales de la nación, establecidos en la Constitución. El régimen de propiedad de las tierras de las comunidades indígenas se regulará de acuerdo a la ley de la materia”.

Dado el contexto político en que ésta fue aprobada, la Constitución reconoció en particular a las comunidades de la Costa Atlántica y sus derechos. Así en su Título I, Capítulo VI, reguló, a través de diversas disposiciones, tales derechos.

En su artículo 89 dispuso:

Las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

En su artículo 90 agrega: “Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus

valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos”.

En el Título IX Capítulo II estableció las bases para el régimen de autonomía indígena en la Costa Atlántica. Así la Constitución dispuso en su artículo 180: “Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales. El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y representantes. Asimismo garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres”.

El artículo 181 entregó la organización del régimen autonómico a la ley al disponer:

El Estado organizará, por medio de una ley, el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener, entre otras normas las atribuciones de sus órganos de gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Dicha ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma a las leyes constitucionales.

Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica, deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente²⁰⁹.

209 Includido mediante reforma constitucional en 1995.

Los miembros de los consejos regionales autónomos de la Costa Atlántica podrán perder su condición por las causas y los procedimientos que establezca la ley.

La Constitución, sin embargo, no reconoce los derechos de los pueblos indígenas del Pacífico, centro y norte de Nicaragua. Salvo lo dispuesto en su artículo 8 antes mencionado, que hace un reconocimiento a la naturaleza multiétnica de Nicaragua y el artículo 107 relativo a la propiedad de las tierras indígenas, ésta no hace mención a ellos ni establece derechos especiales en su favor, lo cual es una omisión grave. La inclusión de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica en la Constitución, obedeció a la necesidad de dar una solución al enfrentamiento armado entre éstas y el gobierno Sandinista ocurrido durante la revolución, así como a la necesidad de generar un régimen especial que reconociera su derecho a la libre determinación y considerara su especificidad dentro del Estado nicaragüens²¹⁰.

ii. Régimen de Autonomía de la Costa Atlántica

El mismo año (1987) fue aprobada la Ley No 28, el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica, que definió con más precisión el régimen especial para los pueblos indígenas y comunidades étnicas, en particular en cuanto a sus derechos sobre sus tierras.

210 Un análisis sobre el establecimiento en la Constitución y en la ley de las autonomías de la Costa Atlántica es hecho por Wilson et al. en un reciente estudio sobre Yatama como expresión política indígena. Dicho estudio sostiene: “Desde una perspectiva histórica, sería un error pensar que el régimen autonómico de la Costa Caribe emerge a mediados de los años ochenta como una respuesta táctica del Estado de Nicaragua frente a un conflicto político-militar con los pueblos Indígenas y Afro-descendientes de la Costa. Si bien algunos enfoques han pretendido explicar la autonomía como una simple respuesta del gobierno revolucionario de entonces para aplacar el conflicto militar y el levantamiento de las comunidades, la autonomía debe entenderse como un proceso de mayor significación histórica en las relaciones entre los pueblos indígenas, afro-descendientes y comunidades étnicas Costa Caribe y el Estado nicaragüense” (Wilson *et. al.*, 2005, 15).

**Ley No 28 de 1987 (Estatuto de Autonomía de las
Regiones de la Costa Atlántica)**

En sus aspectos centrales dicha legislación establece:

Artículo 4: *“Las Regiones en donde habitan las Comunidades de la Costa Atlántica gozan, dentro de la unidad del Estado Nicaragüense, de un Régimen de Autonomía que les garantiza el ejercicio efectivo de sus derechos históricos y demás, consignados en la Constitución Política”.*

Artículo 6: *“Para el pleno ejercicio del derecho de Autonomía de las Comunidades de la Costa Atlántica, se establecen dos Regiones Autónomas en lo que comprende el Departamento de Zelaya... 'La Región Autónoma Atlántico Norte'... (y) 'La Región Autónoma Atlántico Sur'...”.*

Artículo 7: *“El territorio de cada Región Autónoma se dividirá para su administración en municipios, que deberán ser establecidos, hasta donde sea posible, conforme a sus tradiciones comunales y se regirán por la ley de la materia. La subdivisión administrativa de los municipios será establecida y organizada por los Consejos Regionales correspondientes, conforme a sus tradiciones”.*

Artículo 8: *Las Regiones Autónomas “(t)ienen a través de sus órganos administrativos las siguientes atribuciones generales: 1. Participar efectivamente en la elaboración y ejecución de los planes y programas de desarrollo nacional en su región... 2. Administrar los programas de salud, educación, cultura, abastecimiento, transporte, servicio comunal... 3. Impulsar los proyectos económicos, sociales y culturales propios. 4. Promover el racional uso goce y disfrute de las aguas, bosques, tierras comunales y la defensa de su sistema ecológico. 5. Promover el estudio, fomento, desarrollo, preservación y difusión de las culturas tradicionales de las Comunidades... así como su patrimonio histórico, artístico, lingüístico y cultural...”.*

Artículo 9: *“En la explotación racional de los recursos mineros, forestales, pesqueros y otros recursos naturales de las Regiones Autónomas, se reconocerán los derechos de propiedad sobre las tierras comunales, y deberá beneficiar en justa proporción a sus habitantes mediante acuerdos entre el Gobierno Regional y el Gobierno Central”.*

Artículo 11: *“Los habitantes de las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a: ... 3. Usar, gozar y disfrutar de las aguas, bosques y tierras comunales dentro de los planes de desarrollo nacional... 4. Desarrollar libremente sus organizaciones sociales y productivas conforme a sus propios valores... 6. Formas comunales, colectivas o individuales de propiedad y la transmisión de la misma. 7. Elegir y ser elegidos autoridades propias de las Regiones Autónoma”.*

El Estatuto de Autonomía estableció atribuciones muy generales y asignó al gobierno central la mayor parte de las responsabilidades para hacer efectivo dicho mandato. De hecho, muy pocas de las tareas fijadas en el Estatuto a los Consejos Regionales eran realizables sin un compromiso y voluntad política de parte del gobierno central y otros poderes del Estado. Los Consejos Regionales desde el inicio de su mandato en 1990 señalaron la necesidad de contar con una reglamentación del Estatuto para hacerlo operativo. Entre 1993 y el 2001 sometieron al menos tres iniciativas de ley que quedaron relegadas por los distintos gobiernos nacionales. Finalmente, el reglamento del Estatuto de Autonomía fue aprobado por la Asamblea Nacional en el mes de Julio del 2003, tras recibir un significativo respaldo de la sociedad costeña (Wilson et al, 2005).

El artículo segundo del reglamento define el régimen de autonomía como:

“el sistema o forma de gobierno, jurídico, político, administrativo, económico y financieramente descentralizado que dentro de la unidad del Estado Nicaragüense, establece las atribuciones propias de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua, de sus órganos de administración, los derechos y deberes que corresponden a sus habitantes para el ejercicio efectivo de los derechos históricos de los pueblos indígenas y comunidades étnicas (...) consignadas en la Constitución Política de la Republica de Nicaragua, la Ley 28 y demás leyes de la Republica”.

Se ha cuestionado el reglamento por cuanto en él, además de citarse textualmente varios de los contenidos de la Constitución y el Estatuto, se agregan aspectos como “forma de gobierno” y “descentralización”, que ratifican el mandato político-legal del Estado nicaragüense en su relación con los gobiernos autónomos. Se trata de una cuestión relevante de desatacar si se considera que el gobierno central desde 1990 se ha resistido a valorar el rol de los gobiernos regionales como la expresión de la institucionalidad estatal nacional en la Costa Caribe. Los gobiernos nacionales han sido obstinados en percibir a los gobiernos regionales como un desafío a su propia soberanía y poder centralista. Esta visión ha estado contenida en las relaciones entre ambas partes, y superarla representa un desafío crucial para el desarrollo de la autonomía. El reglamento habría empezado a fijar ese nuevo marco de relaciones más operacionales entre el gobierno central y las regiones autónomas (Wilson et al, 2005).

Otra de las carencias de las autonomías es en relación a las limitaciones del ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica sobre sus tierras y recursos naturales. Como han señalado algunos analistas, esta temática era compleja de abordar para el Estado

nicaragüense, ya que la Costa Atlántica, con sus 66.542 kilómetros cuadrados representa el 50.4% de su territorio total (Cunningham, 2004). Ello determinó que los temas sobre el control, legalización y dominio sobre la tierra indígena y el aprovechamiento de los recursos naturales fueran abordados de modo general en el Estatuto de autonomía y su definición quedara para un momento posterior de la negociación entre los pueblos indígenas y el Estado nicaragüense.

Luego de la presentación en 1998 por el gobierno de Arnoldo Alemán de una propuesta para la regulación de la propiedad comunal de las comunidades de la Costa Atlántica, sin consulta previa a los pueblos indígenas, los líderes indígenas y entidades de la Costa Atlántica crearon una Comisión de Coordinación para la Demarcación y Titulación. Dicha Comisión, una vez consultadas las comunidades, presentó una propuesta de ley sobre la materia para la Costa Atlántica y los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz. Tal propuesta fue aprobada por la Asamblea Nacional mediante la ley N° 445 en diciembre de 2002 (publicada el 23 de enero de 2003). Dicha ley constituye un hito histórico, ya que establece el procedimiento de demarcación y titulación de los territorios indígenas de las regiones autonómicas y los ríos antes señalados, bajo la responsabilidad de la Comisión Nacional de Demarcación y Titulación CONADETI²¹¹.

211 El artículo 2 de la Ley 445 señala como sus objetivos específicos: “1. Garantizar a los pueblos indígenas y comunidades étnicas el pleno reconocimiento de los derechos de propiedad comunal, uso, administración, manejo de las tierras tradicionales y sus recursos naturales, mediante la demarcación y titulación de las mismas. 2. Regular los derechos de propiedad comunal, uso y administración de los recursos naturales en las tierras comunales tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades étnicas. 3. Determinar los procedimientos legales necesarios para dicho reconocimiento, tomando en cuenta la plena participación de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, a través de sus autoridades tradicionales. 4. Establecer los principios fundamentales del régimen administrativo de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, en el manejo de sus territorios comunales. 5. Establecer las normas y procedimientos para el proceso de demarcación y titulación sobre el derecho de propiedad comunal objeto de esta Ley. 6. Definir el orden institucional que regirá el proceso de titulación de las tierras comunales de cada uno de los diferentes pueblos indígenas y comunidades étnicas objeto de esta Ley”.

Desde la aprobación de esta legislación se han dado algunos pasos en el proceso de demarcación de las tierras indígenas en esta parte de Nicaragua. Es así como el 2003 se conformó la CONADETI. El mismo año se crearon además tres Comisiones Intersectoriales de Demarcación y Titulación (CIDT). Sin embargo, las leyes del presupuesto de los dos primeros años de vigencia de la ley no consideraron recursos para la CONADETI. Para avanzar en el proceso demarcatorio se recurrió a un financiamiento del Banco Mundial, dando prioridad a la demarcación en los territorios de Bosawás y de Awas Tingni, comunidad *mayagna* en cuyo favor, como se señalara anteriormente en este estudio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había reconocido el 2001 derechos de propiedad comunal de carácter ancestral y ordenado al Estado de Nicaragua la demarcación y titulación de dicha propiedad.

El proceso de demarcación y titulación establecido por la Ley 445 consta de una etapa de presentación de la solicitud por la comunidad (diagnóstico); una etapa de solución de conflictos; otra de medición y amojonamiento; otra de titulación, y finalmente una etapa de saneamiento. Las comunidades más adelantadas en este proceso son las de los territorios de la reserva de la biósfera de Bosawás, que a julio de 2004 se encontraban en etapa de amojonamiento, y la de Awas Tingni que, para la misma fecha, había presentado su diagnóstico y solicitud ante la CIDT.

A juicio de Lottie Cunningham, abogada *miskitu*, el proceso de demarcación y titulación se encontraría estancado debido a la falta de voluntad política del Estado de Nicaragua para avanzar en esta dirección. Las instancias encargadas de llevar adelante la demarcación no cuentan con los recursos financieros y técnicos para impulsar este proceso. Debido a lo anterior han tenido períodos infuncionales, en que el trabajo por éstos desarrollado ha sido ejecutado con recursos que venían del apoyo de organizaciones no gubernamentales (Cunningham, 2004).

iii. Reconocimiento del derecho consuetudinario y el acceso de los indígenas a la justicia

Al igual que en los demás contextos abordados en este estudio, cabe hacer una mención al reconocimiento del derecho consuetudinario indígena o del derecho indígena, así como en general al acceso de los pueblos indígenas a la justicia estatal en el ordenamiento jurídico de Nicaragua.

En lo relativo a la incorporación del derecho consuetudinario y lenguas indígenas en la jurisdicción estatal, existe una profusa legislación, entre la que cabe destacar la siguiente:

- El artículo 61 de la Ley No. 260 del 7 de Julio de 1998 (Ley Orgánica del Poder Judicial) que establece como principio general que dicho poder “respete, promueve y garantiza el Régimen de Autonomía de las Regiones donde habitan los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua”;
- La Ley No. 28 de Septiembre 2 de 1987 (Estatuto de la Autonomía de las regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua), por su parte dispone, en su artículo 18 que “la administración de justicia en las Regiones Autónomas se regirá por regulaciones especiales que reflejarán las particularidades culturales propias de las Comunidades de la Costa Atlántica, de conformidad con la Constitución Política de Nicaragua”.
- La misma Ley señala como atribución del Consejo Regional Autónomo “resolver los diferendos de límites dentro de las distintas comunidades de su respectiva región” (4).

- La Ley No.162 del 22 de junio de 1993 (Ley de Uso Oficial de las Lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua) reitera en su artículo 16 lo establecido en el artículo 18 de la Ley 28. Agrega en su artículo 17: “Los Jueces, magistrados, procuradores, Secretarías y demás funcionarios de juzgados y Tribunales, además del español, usarán también las lenguas propias de las partes. Si el caso lo requiere el Poder Judicial nombrará intérpretes y traductores en sus distintas instancias para cumplir con este acto”.

En lo relativo al reconocimiento de la jurisdicción indígena, también existe legislación diversa:

- La Constitución Política establece el marco general al reconocer el derecho de las comunidades de la Costa Atlántica de dotarse de “dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos conforme a sus tradiciones” (artículo 89).
- La Ley Número 445 de Enero 22 de 2003 (Ley del régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz) reconoce en su artículo 13 la jurisdicción indígena en el caso de aprovechamiento de madera para uso doméstico en las comunidades. Ello al establecer que “el juez (Wihta) de la comunidad vigilará porque no se abuse de dicho aprovechamiento. En caso de abuso, la comunidad impondrá la sanción correspondiente, sin detrimento de las demás sanciones administrativas establecidas en la ley”.
- La misma Ley define en su artículo 3 a los pueblos indígenas como “la colectividad humana que mantiene una continuidad histórica con las sociedades anteriores a

la Colonia cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingue de otros sectores de la sociedad nacional y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones (...).”

- La Ley No. 40 de 28 de junio de 1988 (Ley de Municipios)²¹², dispone que “son autoridades tradicionales en las comunidades indígenas, aquellas que se rigen por la tradición y la costumbre, como son los denominados Consejos de Ancianos, Consejos de Reforma, Alcaldes de Vara u otra denominación, cuya elección o nombramiento no tiene previsto un reglamento oficial”.
- En su artículo 5 agrega que las autoridades comunales “son órganos de administración y de gobierno tradicional que representan a las comunidades que las eligen de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Las autoridades territoriales son órganos de administración de la unidad territorial a la cual representan legalmente”.
- El Decreto A.N. Número 3584 de Julio 9 del 2003 (Reglamento a la Ley Número 28 “Estatuto de Autonomía de las regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua”), dispone en su artículo 27 que “la organización y transmisión del uso y disfrute entre sus miembros de las formas comunales de propiedad en las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua, serán normadas por las propias autoridades comunales de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, de acuerdo con ley”.

212 Modificada por Ley 261 de 22 de agosto de 1997.

- En su artículo 33 agrega que “las autoridades comunales administran justicia dentro de las comunidades y entre los comunitarios, de conformidad con sus costumbres y tradiciones”.

Finalmente, en materia de coordinación del derecho indígena con el derecho estatal, el mismo Decreto dispone en su artículo 40:

Las regulaciones especiales en materia de administración de justicia, que reflejen las particularidades propias de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua se establecerán sobre la base de coordinaciones del Poder Judicial con los Consejos Regionales Autónomos y otras autoridades competentes. De igual manera se establecerán las coordinaciones necesarias con las representaciones de los Poderes del Estado, a fin de armonizar la aplicación de las leyes nacionales y de la Ley de Autonomía de la Costa Atlántica (IIDH-BID, 2004).

Además, la ley 260 (Ley Orgánica del Poder Judicial) en su artículo 55 establece que los jueces locales deben coordinar con los jueces comunales la administración de justicia de la Costa Atlántica. La misma Ley en su artículo 226 establece la formación de una Comisión Especial para realizar un estudio orientado a formular las propuestas de regulaciones especiales para la impartición de justicia en las regiones autónomas, que deberán ser aprobadas por la Corte Suprema de Justicia. Por último, el artículo 57 del Código Procesal Penal, establece la creación de los Facilitadores Judiciales Rurales como un cuerpo al servicio de la administración de justicia y faculta a la Corte Suprema de Justicia para regular todo lo relativo a su organización y funcionamiento (Mairena, 2005).

De lo señalado por Mairena (2005) en su estudio Acceso a la Justicia de las Personas y los Pueblos Indígenas y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Estudio de Campo de Nicaragua, se desprende que el ejercicio por los pueblos indígenas de los derechos que en este ámbito son reconocidos por la Constitución y las leyes ha sido un proceso gradual, que no ha estado exento de dificultades.

En el centro, norte y Pacífico, las autoridades comunitarias aplican el derecho indígena y aseguran la convivencia social dentro del territorio indígena, a través del ejercicio de una amplia gama de atribuciones, tales como el uso de la tierra y los recursos naturales, el control de caminos locales, el control del territorio, la solución de conflictos derivados del uso de la tierra, el orden social, etc. Para fortalecer el ejercicio de estos derechos, las comunidades de esta parte del país han realizado reformas a sus estatutos internos. Sin embargo, el gobierno de Nicaragua se ha negado a reconocerlos, cuestión que ha generado serios problemas (anarquía) en algunas comunidades como es el caso de Sébaco y Muy Muy (Mairena, 2005).

En el caso de las regiones autónomas Norte y Sur actualmente se trabaja en diseñar un modelo de administración de justicia. Se trata de un esfuerzo conjunto de las autoridades judiciales orientadas por la Corte Suprema, las entidades académicas de la Región (Universidad de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe de Nicaragua –URACCAN– la Bluefields Indian Caribbean University (BICU) y el Instituto de Estudios de la Autonomía (IEPA), así como de las organizaciones de derechos humanos de la Costa Caribe, iniciativa que cuenta con el apoyo de OEA, ASDI, BID, entre otras agencias de cooperación.

Otras iniciativas destacadas por Mairena en el mismo estudio son el Programa de Facilitadores Rurales que la Corte Suprema, con el apoyo de la OEA, está impulsando en diferentes regiones del país. En total, este programa apoya a 600 facilitadores judiciales en distintos departamentos de la región central, norte y Atlántico. En el caso de la RAAN, apoya a treinta Jueces Comunes en los Municipios de Puerto Cabezas y Waspán. Se trata de una experiencia que está aportando lecciones y luces sobre los lineamientos de un modelo de administración de justicia para las regiones autónomas.

Finalmente, la Corte Suprema, a través de los Tribunales de Apelaciones de las regiones autónomas norte y sur ha realizado dos importantes estudios, para identificar las prácticas de administración de justicia que existen en las comunidades indígenas y de definir mecanismos y procedimientos orientados a la armonización del derecho oficial con el derecho indígena. Estos estudios han aportado importantes recomendaciones a las autoridades judiciales.

Entre las recomendaciones formuladas en este estudio, en el caso de la RAAS se encuentran:

- 1 Armonizar la administración de justicia ordinaria con la administración de justicia indígena, asumiendo una relación de complementariedad y no de exclusión entre ambas.
- 2 Delimitar el tipo de delitos que pueden ser competencia de las autoridades comunales y las de las autoridades oficiales del Estado.
- 3 Establecer un Código que norme el Derecho Consuetudinario y que se divulgue para que no haya problemas en la aplicación de las competencias de las autoridades estatales y comunales.

- 4 Elaborar un Proyecto de Ley sobre la Administración de Justicia en las Regiones Autónomas.
- 5 Que las autoridades judiciales en las Regiones Autónomas sean nombradas en base al conocimiento de las tradiciones, costumbres e idiomas de las Comunidades.

En el caso de la RAAN, éstas incluyen:

- 1 Reconocer la existencia y vigencia de prácticas, normas e instituciones propias de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas.
- 2 Reconocer la pluralidad jurídica existente en el país, a fin asegurar la coexistencia armónica entre la justicia estatal y el derecho indígena.
- 3 Reconocer legalmente el derecho consuetudinario, que incorpore el sistema de sanciones y los procedimientos orales practicados, así como el aseguramiento de la cohesión social, identidad y reproducción cultural de los pueblos indígenas.
- 4 Resolver el conflicto de leyes referidos a las elecciones de autoridades indígenas (Mairena, 2005:76).

A juicio de Mairena (2005), todas estas acciones afirmativas para armonizar la administración de justicia estatal con la justicia indígena, aunque no han resultado aún en la promulgación de una normativa específica, han generado buenas perspectivas de que el acceso a la justicia de los pueblos indígenas mejore a futuro. Ello en razón de que tanto legisladores como el poder judicial están mostrando buena voluntad a través de estas acciones concretas.

iv. Otros ámbitos del desarrollo legislativo

Otras leyes de relevancia aprobadas en los últimos años que han implicado avances en el reconocimiento de los derechos indígenas son la Ley 452 de Solvencia Municipal en la que se ratifica las exoneraciones tributarias municipales para las tierras indígenas; la Ley 453 en la que se ratifica la exoneración tributaria sobre el Impuesto a la Renta para las Comunidades Indígenas; la Ley 462 o Ley Forestal que ratifica los derechos indígenas sobre los recursos forestales y el mecanismo para hacerlos efectivos; la Ley de Participación Ciudadana que ratifica el Derecho a la Consulta al aprobarse leyes o decretos que afecten al sector; la Ley 387 Ley Especial de Minas que incorpora a los representantes indígenas de los Consejos Regionales Autónomos y a los Síndicos del Triángulo Minero en la Comisión Nacional de Minería (Mairena, 2005)²¹³.

Uno de los problemas del desarrollo legislativo relativo a los derechos indígenas de las últimas décadas en Nicaragua es que éste ha estado centrado en las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de este país, dejando a los pueblos indígenas del Pacífico, centro y norte del país en una situación de abandono jurídico. A la fecha existe un proyecto de ley para los pueblos indígenas de esta parte de Nicaragua, el que se encuentra radicado para su dictamen en la Comisión de Asuntos Étnicos y Comunidades Indígenas de la Asamblea Nacional.

Los puntos críticos que a juicio de Mairena deberían ser abordados en una iniciativa legal para estos pueblos serían el reconocimiento al sistema de organización social autóctona

²¹³ Se encuentran en tramitación una serie de leyes que, de acuerdo a Mairena (2005), pueden constituirse tanto en una amenaza como en una oportunidad para los pueblos indígenas.

indígena; la protección al patrimonio arqueológico, histórico, lingüístico, artístico y cultural de los pueblos indígena; la protección al sistema de propiedad y a los recursos naturales de los pueblos y comunidades indígenas; el reconocimiento y protección a la práctica de salud ancestral y protección de los conocimientos y tecnologías indígenas; la protección a la familia indígena; la ratificación de los instrumentos de derecho internacional a favor de los pueblos indígenas; y la participación de los pueblos indígenas en las instancias y espacios de poder y participación política creados por el Estado (Mairena, 2005).

Otras limitaciones para un mayor reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el país a juicio de Mairena serían; la ausencia de una política del Estado hacia los pueblos indígenas; la inexistencia de una institución especial del Estado para atender la problemática de los pueblos indígenas; la debilidad organizativa de los pueblos indígenas a nivel nacional para poder concertar con el Estado de manera efectiva el tratamiento de la problemática; y el desfase de la legislación, tanto en relación con al ordenamiento constitucional como al orden jurídico internacional por la falta de vigencia en Nicaragua de los principales instrumentos internacionales que protegen y garantizan los derechos de los pueblos indígenas (Mairena, 2005).

Finalmente debe destacarse como una grave omisión del Estado nicaragüense la demora en la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el que no obstante haberse suscrito por él en 1989, no ha sido ratificado hasta ahora.

7.3. La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos

7.3.1. Marco jurídico

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (en adelante Procuraduría) fue creada en 1995 mediante la Ley 192, la que reformó varios artículos constitucionales. Entre éstos se encuentra el artículo 138 referido a las atribuciones de la Asamblea Nacional, agregando en su número 9) la facultad de elegir al Procurador y Sub Procurador para la defensa de los Derechos Humanos. De acuerdo a la reforma, la elección se haría de listas propuestas por los Diputados en consulta con las asociaciones civiles pertinentes debiendo alcanzar en su elección al menos el voto favorable del sesenta por ciento de los Diputados. El Procurador y Sub Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos gozan de inmunidad.

Ese mismo año se aprobó la Ley N° 212 “De La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos”, la cual regula la organización y el funcionamiento de esta institución²¹⁴.

La Procuraduría es definida como un organismo independiente, con personalidad jurídica propia y autonomía funcional y administrativa (artículo 1). El procurador es un Comisionado de la Asamblea Nacional electo por ésta para la promoción, defensa y tutela de las garantías constitucionales

214 La Ley 212 fue reformada el 2003 por la Ley 471 que crea una Sub Procuraduría Especial de Cárceles, para velar por los privados de libertad; establece además la permanencia de los Procuradores Especiales hasta la Toma de Posesión del nuevo Procurador y les faculta para conocer en materia o ámbito asignado por el Procurador en todo el territorio nacional. Establece además que las funciones del Sub Procurador pueden ser definidas en la normativa interna de la institución.

de los ciudadanos y sus derechos humanos, a cuyo efecto podrá vigilar y controlar la actividad de la administración pública, dando cuenta a la Asamblea Nacional. Ejercerá las funciones que le encomienden la Constitución Política y la presente ley (artículo 3). La Procuraduría debe contribuir a garantizar dentro de un Estado de Derecho, la seguridad de las personas y los derechos humanos incorporados en el artículo 46 de la Constitución Política. El fin fundamental de la Procuraduría será coadyuvar para lograr una sociedad más libre y más justa, que posibilite el desarrollo de mejores valores morales y políticos, por lo que deberá auspiciar la educación, la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos en su sentido más amplio; para ello debe promover la participación de todos los sectores sociales (artículo 4).

En su artículo 18 la ley asigna al Procurador un conjunto de atribuciones de carácter diverso, incluyendo de educación y promoción de los derechos humanos, de investigación y defensa de estos derechos, de mediación, así como funciones de iniciativa normativa.

Principales funciones del Procurador de acuerdo a la Ley N° 212

i. Competencias y limitaciones

- Promover, defender y tutelar garantías constitucionales y derechos humanos a cuyo efecto podrá vigilar y controlar la actividad de la administración pública (Art. 3 y 4 Ley).
- Fiscalizar al apego de la administración pública y sus funcionarios en el respeto de los derechos humanos (Art. 18.4 Ley).

- Solicitar la suspensión y la destitución de las autoridades, funcionarios y empleados públicos que con su actuación lesionen o pongan en peligro los derechos humanos (Art. 18.6).
- Conocer los informes que el Estado envía al Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos (Art. 18.9).
- No se atenderán denuncias sobre hechos que estén pendientes de resolución judicial, salvo que se fundamenten en retardación de justicia (Art. 28 Ley).

ii Función educadora

- Promover estudio y educación de la Constitución y DDHH (Art. 18.1 Ley).
- Orientar e instruir a las personas en el territorio nacional sobre el ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, libertades y garantías ante los agentes de la administración pública. (Art. 18.2 Ley).
- Y desarrollar programas participativos de promoción y educación para toda la sociedad (Art. 4 y 18.3 Ley).

iii Función mediadora

- Procurar la conciliación entre personas cuyos derechos han sido violados y presuntos responsables (Art. 18.10 Ley).

iv Función investigadora

- Investigar de oficio o a instancia de parte, actuaciones de la administración pública, para esclarecer actos y omisiones que vulneren DDHH, y remitir a presuntos

culpables al organismo correspondientes para su debida sanción (Art. 18.5 Ley).

- Inspeccionar cualquier dependencia pública y acceso a cualquier información incluidos aquellos secretos (Art. 33 Ley).
- Ejército y Policía obligados a colaborar de manera preferente con el Procurador (Art. 36 Ley).
- Toda persona debe acudir cuando sea citada por el Procurador (Art. 32 Ley).
- Y todo funcionario obligado a prestar colaboración preferentemente (Art. 34 Ley).

v Función de iniciativa de ley

- Proponer reformas ante los órganos administrativos, tendientes a promover la tutela de los derechos humanos y a recomendar la rectificación de acciones ilegales o arbitrarias (Art. 18 inc.12).
- Proponer la suscripción y ratificación de tratados y convenios sobre Derechos Humanos (Art.18 inc. 14).
- Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados y podrá sugerir a la Asamblea Nacional o a la Administración Pública la modificación de la misma (Art. 45).

La ley también establece los procedimientos para la iniciación de investigaciones, la que puede ser de oficio, en forma escrita u oral (artículo 30), o a petición de parte (artículos 24 a 26). Recibida una denuncia y resuelto investigarse, el

Procurador dispone de 8 días para dictar una resolución inicial (artículo 29). Una vez concluida la investigación el Procurador dictará una resolución en que podrá archivar la denuncia, profundizar las investigaciones, o comprobarlas. En este último caso se podrán iniciar acciones los recursos correspondientes para restablecer y tutelar los derechos violados, iniciar procedimientos administrativos, o dar traslado para el inicio de una acción penal (artículo 41).

Si lo considera útil y oportuno, puede comunicar a la opinión pública el contenido de sus investigaciones y resoluciones (artículo 35).

7.3.2 Actuación general de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos

Desde el comienzo de sus operaciones en 1999, la Procuraduría ha desarrollado esfuerzos por asumir su labor como un organismo independiente sin sujeción a ninguna autoridad, partido político o poder del Estado, sin discriminaciones de ningún tipo. La acción del primer Procurador, Doctor Benjamín Pérez Fonseca, que duró cinco años en sus funciones, se centró en organizar la institución y en impulsar la labor de promoción y tutela de los derechos humanos.

De acuerdo a los antecedentes recabados por Mairena (2005), de los informes anuales de la Procuraduría, la labor de defensa ha sido central en el trabajo de esta entidad, incrementándose sistemáticamente el número de denuncias recibidas a lo largo de su existencia (de 289 denuncias recibidas el 2000, a 620 denuncias recibidas el año 2003). Del total de denuncias recibidas, 1.060 correspondieron a derechos individuales, estando la mayor parte de ellas relacionadas con la administración de justicia, en tanto 356

correspondieron a derechos colectivos, estando éstas relacionadas con derechos de propiedad, en primer término, y con derechos laborales y ambientales en segundo y tercer lugar respectivamente.

Según Mairena, a pesar del déficit presupuestario de la Procuraduría²¹⁵, la capacidad de resolución de su área de Defensa frente a las denuncias presentadas es alta, alcanzando esta a un porcentaje superior al 70%

Capacidad de Resolución de la PDDH

Año	Denuncias recibidas	Denuncias resueltas	Pendientes de resolución	% Resolución
2000	289	249	40	86 %
2001	479	321	158	67%
2002	502	352	150	70%
2003	620	455	165	73%
Totales	1890	1377	513	73%

(Fuente: Informe Anual 2000 p. 23. Informe Anual 2001 p. 14. Informe Anual 2002 p. 16. Informe Anual 2003 p. 68 y 81. En Mairena, 2005, Cuadro 5.2.6.).

Más de la mitad de las denuncias presentadas fueron resueltas confirmando la existencia del acto violatorio. Por lo mismo, más de la mitad de los ciudadanos que acudieron a la Procuraduría pidiendo la tutela de sus derechos, la obtuvieron de esta entidad.

²¹⁵ Los recursos de que dispone la Procuraduría van disminuyendo sistemáticamente, mientras los casos de denuncia que la población de formula van incrementándose año a año (Mairena, 2005).²¹⁵

Tipo de Resoluciones dictadas por la PDDH

Año	Declarando violación		Sin violación		Otras		Totales
2000	63	29%	102	47%	51	24%	216
2001	154	39%	199	52%	32	9%	385
2002	285	81%	67	19%			352
2003	291	64%	164	36%			455
Totales	793	56%	532	38%	83	6%	1408

(Fuente: Informe Anual PDDH 2000 p. 50. Informe Anual PDDH 2001 p. 26. Informe Anual PDDH 2002 p. 16. Informe Anual PDDH 2003 p. 81. En Mairena, 2005, Cuadro 2.5.7).

Finalmente, a lo largo de su existencia, la Procuraduría ha experimentado un avance en el grado de cumplimiento de sus resoluciones, mejorando de un 24% en el año 2000 a un 41% en el 2003. Ello demuestra que la autoridad de la Procuraduría es respetada por los organismos de la administración del Estado, y que el impacto de sus resoluciones no es sólo moral, sino también tiene consecuencias jurídicas.

Efectividad de las resoluciones de la PDDH

Año	Resoluciones en seguimiento	Cumplimiento		Incumplimiento	
2000	88	21	24%	67	76%
2001	217	93	43%	124	57%
2002	285	130	45.6%	155	54.4%
2003	161	66	41 %	95	59 %
Totales	751	310	41%	441	59%

(Fuente: Informe Anual PDDH 2000 p. 51. Informe Anual PDDH 2001 p. 26. Informe Anual PDDH 2002 p. 27. Informe Anual PDDH 2003 p. 88. En Mairena, 2005, Cuadro 5.2.8.).

Todo lo anterior nos lleva a valorar la acción de la Procuraduría, al menos en el ámbito de la defensa, como positiva.

7.4. Procurador Especial de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas

7.4.1. Antecedentes de su creación

El artículo 23 de la Ley dispone la existencia de Procuradores Especiales, entre ellos el de Pueblos Indígenas y de las Comunidades Étnicas (en adelante Procurador Especial para Pueblos Indígenas), el que tendrá competencia para conocer en todo el territorio nacional, sobre casos referidos a la materia o ámbito asignado por el Procurador a quien estarán directamente subordinado. Aunque el Procurador Especial para Pueblos Indígenas fue establecido en 1995 en la Ley N° 212, éste no fue designado sino hasta el 2000. Tal nombramiento recayó en el reverendo Norman Bent, quien proviene de la Costa Atlántica, y se ha desempeñado en dicha función hasta la fecha.

En forma previa a la instalación y designación del Procurador Especial para Pueblos Indígenas, la Procuraduría había encargado la realización de un diagnóstico de la situación de los pueblos indígenas (Procuraduría, 2001). En este diagnóstico realizado en forma participativa con las comunidades indígenas, junto con constatarse los principales problemas legislativos y fácticos que afectan la vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Nicaragua, en particular los de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica, se hace una serie de recomendaciones en cuanto a la forma de designación y funcionamiento de esta Procuraduría Especial, así como respecto a las tareas más urgentes que ésta

debería desempeñar para asumir adecuadamente sus funciones y procurar soluciones a los problemas de derechos humanos más graves de derechos de estos pueblos.

Entre las recomendaciones hechas en este Diagnóstico al Procurador Especial para Pueblos Indígenas destacan las referidas a la inclusión de las demandas indígenas en su plan de trabajo; promover la ratificación del Convenio 169 de la OIT; impulsar un proceso de consulta para la reforma de la legislación vigente y para la reglamentación de la misma; que éste reconozca a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas; que realice un estudio minucioso de la situación de las tierras indígenas; que realice actividades de educación y promoción de los derechos humanos; que se aboque a conocer la realidad social y de justicia que les afecta, así como a desarrollar las acciones necesarias para abordar los problemas económicos, sociales y culturales que les aquejan (Procuraduría, 2001).

En las consultas realizadas en el diagnóstico también se había sugerido la instalación de oficinas de esta Procuraduría Especial en los diversos territorios en que habitan los pueblos indígenas, esto es la zona Pacífico centro y norte y la Costa Atlántica (Procuraduría, 2001).

**Requerimientos formulados en el Diagnóstico
para la futura Procuraduría Especial de Pueblos
Indígenas y Comunidades Étnicas**

Entre los requerimientos (características) formulados en el Diagnóstico para la Procuraduría Especial para los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de Nicaragua, destacan; 1°. Se expresó el deseo de tener una procuraduría que se encuentre presente en todos los lugares del país, *“una procuraduría nacional, regional y comunal”*. 2°. Tomar en cuenta estructuras u organizaciones indígenas como el

Consejo de Ancianos, desde la base comunitaria para sustentar la estructura organizativa de la Procuraduría Especial de los Pueblos Indígenas y las Comunidades Étnicas. 3°. Se desea una Procuraduría Especial muy capacitada en derechos humanos, que al personal que trabaje en estas oficinas se les capacite y de ser posible sean indígenas. 5°. Una Procuraduría colegiada en la que haya delegados de todas las regiones y departamentos para que permita una mejor atención para las diferentes comunidades. 6°. Que en la estructura de la Procuraduría Especial se conforme un comité indígena que sea integrado por cada uno de los electos de su comunidad para representarlos como pueblo indígena o comunidad étnica. Sólo deberá estar presente en ese comité 1 representante por pueblo indígena o comunidad étnica. 7°. Una Procuraduría que por su posición geográfica y particularidad de cultura, lengua y costumbre, tenga dos Procuradurías especiales. Una Procuraduría especial para los pueblos indígenas y comunidades étnicas del Pacífico, Centro y Norte de Nicaragua y otra para la Costa Atlántica. 8°. Crear un modelo de organización con la sociedad (todos los sectores sociales) que permita conocer las acciones y omisiones de los órganos de la administración pública que vulneren los derechos humanos. 9°. Que se dé la creación y/o nombramiento de agentes comunitarios locales que trabajen con la oficina de la Procuraduría Especial para garantizar el cumplimiento de los objetivos. 10°. Que la Procuraduría tenga su sede en el lugar en que haya mayor población indígena y más problemas por resolver. 11°. Se necesita procuradores itinerantes que vayan a las comunidades a recoger las denuncias. 12°. Los pueblos indígenas y comunidades étnicas realizaron propuestas de lugares donde debe estar la oficina principal de la procuraduría especial, pero en vista de la dispersión de las opiniones (todos deseaban la sede en su propio territorio), se considerará para este estudio más importante los criterios que fueron emitidos por los mismos indígenas como es el punto décimo (Procuraduría, 2001).

7.4.2. Actuaciones de la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas

Para garantizar el buen funcionamiento de la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas y la recepción de sus denuncias y reclamaciones, esta Procuraduría dispuso la instalación de tres delegaciones territoriales en Bluefields, en la Región Autónoma del Atlántico Sur, en Bilwi y Siuna en la Región Autónoma del Atlántico Norte. En cada una de estas delegaciones existirían dos funcionarios (un abogado y un asistente) encargados de asumir las tareas que a esta corresponden²¹⁶. Motivos presupuestarios, sin embargo, habrían impedido a la Procuraduría brindar igual trato a los pueblos indígenas del Pacífico, norte y centro del país, los que hasta la fecha no cuentan con delegaciones especiales para asumir sus múltiples requerimientos en materia de derechos humanos (Procuraduría, 2003). Mairena agrega a estas motivaciones otras de carácter político, sosteniendo que la Procuraduría desatendió su atención a los pueblos indígenas de esta parte de Nicaragua alineándose en una concepción que ha sido promovida por el Estado en contra del reconocimiento de su existencia (Mairena, 2005).

A pesar del tiempo transcurrido desde la creación de la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas y el nombramiento de su encargado Norman Bent, esta repartición no ha realizado una labor de sistematización de las acciones que desarrolla a favor de los pueblos indígenas y de sus derechos. Los informes anuales de la Procuraduría no siempre han considerado la actuación de esta sección especializada. Las estadísticas en ellos contenidos tampoco han considerado siempre la variable étnica de modo de posibilitar la construc-

216 Antecedentes proporcionados por Norman Bent, Procurador Especial Pueblos Indígenas, Managua, enero 2005.

ción de una visión global de la acción desarrollada en este ámbito. Algunos de los informes que consideran la dimensión étnica, lo han hecho de forma fragmentaria, o aun incoherente, dificultando la comprensión de su acción en la materia, así como de su realidad y demandas en materia de derechos humanos. Es el caso, por ejemplo, del Informe Anual de gestión 2003 de la Procuraduría.

Las actuaciones más relevantes de la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas de acuerdo a las funciones que desempeña son las siguientes:

i. Investigación

Mairena (2005) realiza un esfuerzo de sistematización de la actuación de la Procuraduría en esta materia. En cuanto a la atención de personas indígenas, tomando en consideración la demografía indígena de los departamentos en que la Procuraduría tiene oficinas y el número de denuncias presentadas, sostiene que ésta habría sido reducida, oscilando entre 15 personas el 2001 (1.4% total denuncias) y 685 personas el 2003 (21% total denuncias).

Personas indígenas atendidas en el período 2000-2003

AÑO	PERSONAS ATENDIDAS	PERSONAS INDÍGENAS
2000	28,980	2,590 =9%
2001	1103	15= 1.4%
2002	3,826	306 = 8%
2003	3,261	685= 21%
Totales		

(Fuente: Informe Anual 2000. Informe Anual 2001. Informe Anual 2002. Informe Anual 2003. En Mairena, 2005, Cuadro 7.2.2).

En el caso de la Costa Atlántica (incluyendo la delegación de Bilwi, Triángulo Minero y RAAS), área en la que la Procuraduría Especial parece haber centrado sus acciones en materia de atención a población indígena, se constata la atención del año 2004 en una cifra no muy elevada de personas indígenas (149 personas, representando el 39% del total de población atendida) (Mairena, 2005).

Lamentablemente no existe un registro de la naturaleza de las denuncias sometidas al conocimiento de la Procuraduría Especial por personas y comunidades indígenas. Entre los casos emblemáticos atendidos por esta entidad destacan:

- **Buzos de la Costa Atlántica**

Un caso que durante años ha sido atendido por la Procuraduría es el que dice relación con el problema que afecta a los buzos de agua profunda. Se trata de una situación que afecta a 6.000 trabajadores de la Costa Atlántica, en su mayoría indígenas *miskitu* y *mayagna*, de los cuales 300 habrían fallecido y un número importante habrían quedado paralizados dadas las precarias condiciones de seguridad en que realizan sus labores (Mairena, 2005). El Procurador Especial de Pueblos Indígenas reconoce la existencia de descuido por parte de los órganos de salud y seguridad social del gobierno. Señala que en el 2001, la Procuraduría emitió una resolución reconociendo la existencia de la violación al derecho denunciado, en este caso disponiendo que el gobierno debía exigir al Ministro del Trabajo la elaboración de una política de salud especial y de una política de prevención de accidentes para estos trabajadores. Para tales efectos nombraron un equipo especializado en Puerto Cabezas, pero éste no funcionó debido a la falta de recursos²¹⁷.

217 Antecedentes proporcionados por Norman Bent, Procurador Especial Pueblos Indígenas, Managua, enero 2005.

- **Violación del derecho a las propias formas de organización social indígena**

Uno de los problemas que han enfrentado los pueblos indígenas del área Pacífico centro y norte es que su derecho a mantener las propias formas de organización social no ha sido respetado por las autoridades municipales, las que intervienen en sus asuntos internos para imponer autoridades afines a sus intereses o para evitar que las comunidades administren su patrimonio y recauden el cánón por el uso de la tierra que deben pagar los no indígenas.

Cuando se iniciaron estos actos, en Matagalpa en 1994, no existían órganos tutelares de derechos humanos a los cuales los indígenas pudieran acudir. Fue en 1998, con la Comunidad Indígena de Sébaco, que se comenzó a utilizar la vía judicial para reclamar por la violación de este derecho. Dicha acción judicial, sin embargo, no prosperó dado que no se había agotado la vía administrativa. Luego siguió Jinotega en el año 2000, cuya demanda no prosperó porque cuando llegó el Recurso de Amparo, el acto estaba consumado y el Tribunal de la Circunscripción Norte se negó a suspenderlo. Hasta la fecha la Corte Suprema no ha dictado sentencia sobre este caso.

En el año 2000 al iniciar operaciones la Procuraduría se presentaron dos denuncias de este tipo; una procedente de Sébaco y otra de Jinotega. En ambos casos la resolución de la Procuraduría frente a la denuncia de violación de derechos por parte de las comunidades fue negativa, argumentando que se habían iniciado acciones judiciales que le impedían pronunciarse al respecto. Ello aunque los representantes indígenas de Sébaco niegan que hayan usado la vía judicial contra esos hechos y los de Jinotega señalan que recurrieron de Amparo para no quedar en indefensión. Luego en el año 2003, se presentó una nueva denuncia por parte de la Comunidad

Indígena de Sébaco por la misma situación. Nuevamente la resolución de la Procuraduría fue negativa, en esta ocasión argumentando que la existencia de un conflicto de leyes le impedía pronunciarse (Mairena, 2005)²¹⁸.

ii. Promoción y educación

En materia de promoción y educación en derechos indígenas, Mairena (2005) identifica las siguientes acciones impulsadas por la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas:

1. Diagnóstico sobre la Situación de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de Nicaragua, realizado previo a la instalación de la Procuraduría Especial de Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas, en el año 2000;
2. Coordinaciones con las Universidades de las Regiones Autónomas para promover el conocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas;
3. Constitución post Durban, de la Comisión Nacional contra el Racismo y la Xenofobia y otras formas conexas de discriminación, la cual ha transitado un proceso de consulta para la elaboración de Plan Nacional de Acciones Afirmativas contra el Racismo, la Xenofobia y otras formas Conexas de Discriminación, proceso que ha culminado con la realización del II Foro Nacional Post-Durban;

218 Mairena (2005) hace ver que la Corte Suprema emitió sentencia en otro Recurso de Amparo interpuesto por la misma Comunidad Indígena de Sébaco, admitiendo el recurso y aclarando que no había conflicto de leyes. Ello por cuanto ante las leyes que establecen disposiciones discriminatorias, otorgándole facultades a los Gobiernos Municipales sobre las Comunidades Indígenas, se impone la Constitución Política que garantiza los derechos humanos de los indígenas a tener su propia forma de organización social.

4. Incidencia con la Comisión de Asuntos Étnicos de la Asamblea Nacional para apoyar la aprobación de la Ley 445 Ley de Régimen de Propiedad Comunal y el Reglamento de la Ley de Autonomía;
5. Coordinación con la Comisión de Asuntos Étnicos de la Asamblea Nacional para la elaboración del Proyecto de Ley General para los Pueblos Indígenas del Pacífico Centro y Norte;
6. Incidencia para el impulso del Programa de Facilitadores Rurales en las Regiones Autónomas incorporando a las autoridades comunitarias, con la Corte Suprema de justicia y la Organización de Estados Americanos;
7. Mantener como puntos de referencia, pese a las limitaciones presupuestarias, las tres Delegaciones Territoriales de las Regiones Autónomas;
8. Gestión de proyectos para la promoción de los derechos humanos con los pueblos indígenas, que no ha iniciado su ejecución por la ausencia del representante legal de la Procuraduría;
9. E incidencia en el legislativo para la aprobación de La Ley de Pesca.

Cabe valorar en especial las acciones impulsadas por la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas junto a los gobiernos regionales de la Costa Atlántica y a las dos universidades allí existentes a objeto de apoyar los procesos de autonomía en desarrollo. Es así como en convenio con las universidades antes señaladas han realizado talleres relativos a la autonomía, la demarcación territorial y las leyes sobre recursos naturales²¹⁹.

219 *Ibid.*

A pesar de los esfuerzos desarrollados por esta Procuraduría Especial en materia de promoción, los antecedentes de la propia Procuraduría dan cuenta de que esta se encuentra rezagada en relación a la Procuraduría Especial para la Niñez y la Adolescencia y la Procuraduría Especial para la Mujer en el desarrollo de este tipo de actividades. En efecto, del total de actividades de esta naturaleza impulsadas entre el 2000 y el 2004, la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas solo ha ejecutado el 9%, en tanto que la de la Mujer ha impulsado el 28% y la de la Niñez y Adolescencia el 63% (Mairena, 2005 en base a antecedentes Procuraduría).

iii. Iniciativa normativa

Se debe aclarar que Mairena incluye como acciones de promoción varias iniciativas, como las mencionadas en los puntos 4, 5 y 9, que pueden clasificarse más bien como acciones de iniciativa normativa orientadas a la reforma de la legislación sobre pueblos indígenas y en general al reconocimiento de sus derechos. En este sentido cabe agregar que la Procuraduría Especial ha participado además en la elaboración de dos proyectos de ley que atañen a estos pueblos; uno relativo a la medicina indígena, y otro relativo a una ley general indígena. Por otro lado, se ha trabajado con la Comisión de Asuntos Étnicos del Congreso Nacional cuyo presidente es un indígena a objeto de promover la ratificación del Convenio 169 de la OIT. También han respaldado la visita de dirigentes indígenas para conversar con los Ministros para con el mismo objetivo²²⁰.

220 Ibid.

iv. Acciones de procuración

Cabe destacar el rol desempeñado por la Procuraduría ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yatama, caso en que la Corte condenó al Estado por violar los derechos –entre ellos las garantías judiciales, el derecho a la protección judicial, los derechos políticos y el derecho a la igualdad ante la ley– de los candidatos y candidatas de la organización indígena Yatama, al excluirlos de las elecciones municipales del año 2000. Fue así como el Procurador ofreció dos conferencias de Prensa en San José de Costa Rica, nombró una Comisión Especial de la Procuraduría, encabezada por el Director de Defensa, para acompañar este caso. Además, emitió una resolución y un *amicus curiae* en apoyo a Yatama, que fueron mencionados en la resolución de la CIDH como elementos probatorios de la violación de sus derechos humanos²²¹.

7.5. Análisis crítico

Nicaragua ha sido para los derechos indígenas en América Latina un caso muy relevante. A pesar de no haberse ratificado el Convenio 169 de la OIT, el régimen de autonomía de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica ha marcado un hito en la región, por tratarse del primer régimen que reconoce derechos de autonomía constitucionalmente. Por lo mismo, ha generado grandes expectativas en los pueblos indígenas de diversos países, los que han observado con mucho interés su desarrollo. Por otro lado, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2001 en el caso de la comunidad *mayagna* de Awas Tingni en que se reconocieron derechos de propiedad comunal ancestral indígena, también ha marcado un precedente de gran relevancia para la reclamación de derechos territoriales indígenas en la región.

221 Lottie Cunningham, en Rodríguez, Javier, comunicación al IIDH, agosto 2005.

Es por ello que sería esperable que tales derechos tuviesen una vigencia efectiva mayor de lo que la realidad parece demostrar. En el caso de la Costa Atlántica, todo parece indicar que las autonomías enfrentan serias dificultades en su construcción y ejercicio como derecho indígena. En cuanto a los derechos territoriales, los procesos de demarcación y titulación de las tierras ancestrales indígenas en esta parte de Nicaragua se enfrentan, como se ha señalado, con serias dificultades económicas y políticas que han obstaculizado su ejercicio. Por otro lado, en el centro, norte y Pacífico de Nicaragua, la ausencia de un marco jurídico de protección de derechos indígenas y, al parecer, de voluntad política de las autoridades para hacerlos extensivos a esta parte del país, limita seriamente su ejercicio por parte de la población indígena que allí habita, la que demográficamente es mayoritaria en relación a aquella que habita en la Costa Atlántica.

Es en este contexto donde la labor de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, y en particular, de la Procuraduría Especial de Pueblos Indígenas, adquiere gran relevancia.

La creación de esta Procuraduría Especial, así como la disposición del Procurador Especial Norman Bent de abordar desde allí los graves problemas que afectan a los pueblos indígenas en el ejercicio de sus derechos, resultan valiosos. Las acciones desarrolladas hasta ahora por esta Procuraduría Especial apuntan en general en una dirección correcta.

La labor de la Procuraduría y de su sección especializada en pueblos indígenas es, en general, valorada por las organizaciones de derechos humanos e indígenas. De ello da cuenta un estudio realizado por la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA,

2001). En dicho estudio se constata la visión de la Comisión Permanente de Derechos Humanos de Nicaragua, la que señala que, a pocos años de su creación, esta entidad se ha consolidado con el trabajo desarrollado y con resoluciones emitidas en casos fundamentales en los que hizo serios señalamientos al gobierno. Tal trayectoria ha repercutido favorablemente creando una imagen imparcial, profesional y apolítica de procuraduría como institución de derechos humanos. Agrega que ve con preocupación la falta de respeto con que funcionarios públicos han tratado a la Procuraduría, y el hecho de que tales funcionarios no responden a los requerimientos que ésta les hace. Ello, unido a la falta de acatamiento por ellos de las resoluciones de la Procuraduría, se traduce en una prolongación de la violación de derechos humanos.

La misma entidad, junto al Centro Nicaragüense de Derechos Humanos, sostiene que la atención por la Procuraduría de casos emblemáticos y su posición crítica frente a los problemas nacionales, le ha permitido alcanzar un buen nivel de credibilidad por su decisión de enfrentar las violaciones de derechos humanos, independientemente de la autoridad involucrada.

Ambas entidades, sostienen, sin embargo, que la efectividad de su trabajo se ve afectada por la falta de voluntad del poder legislativo de darles el presupuesto acorde con la situación de derechos humanos existente en el país, a lo que se suma el ahogamiento provocado por el ejecutivo, al transferirle tardíamente sus asignaciones presupuestarias.

El Centro Nicaragüense de Derechos Humanos critica además, la concentración de la atención de la Procuraduría en la capital, lo que deja a parte importante de la población que vive en regiones sin atención. La misma entidad señala la

necesidad de que la Procuraduría realice un trabajo de divulgación a funcionarios públicos y pobladores sobre las atribuciones en defensa y promoción de derechos humanos, lo que permitiría disminuir el número de casos que le son remitidos por funcionarios públicos por la falta de competencia para tramitarlos. Finalmente, ambas entidades de derechos humanos concuerdan que la Procuraduría debe avanzar hacia el tratamiento y atención de problemáticas de derechos económicos, sociales y culturales, como los conflictos agrarios, las tarifas de servicios básicos, que afectan a importantes sectores de la población, en los cuales su actuación ha sido limitada (CODEHUCA; 2001).

Los pueblos indígenas también valoran en general la labor de la Procuraduría, en especial de su sección para pueblos indígenas, en relación a sus derechos. Sin embargo, critican sus limitaciones y hacen recomendaciones para mejorar la efectividad de su trabajo en relación a ellos y a sus comunidades.

Así se desprende de una encuesta a dirigentes de indígenas realizada por Mairena (2005). De acuerdo a las conclusiones de esta encuesta, la falta de personal calificado o con experiencia en la temática de los derechos indígenas dentro de la Procuraduría constituye una seria dificultad. Ello es percibido por los indígenas como la principal limitación en el tratamiento y gestión de las denuncias presentadas. A ello se agrega la escasa participación de personal indígena en la Procuraduría, lo que determina que ésta sea vista como una entidad alejada de los pueblos indígenas. Por otro lado, no obstante la creación de la Procuraduría Especial de Pueblos Indígenas, la poca vinculación que ésta ha establecido con las poblaciones indígenas determina que todavía sea considerada por los líderes indígenas como una entidad extraña.

La mayoría de los líderes indígenas consultados valoran la importancia de la institución y la ubican como una pieza fundamental para la promoción y tutela de los derechos humanos. Reclaman, sin embargo, mayor participación en su gestión, mejor atención a sus denuncias, mayor apoyo a su gestión y en especial a sus organizaciones para mejorar la labor de promoción de los derechos y sobre todo proponen una alianza estratégica para impulsar ambas tareas en beneficio de los ciudadanos y pueblos indígenas (Mairena, 2005).

Opinión indígena sobre la labor de la Procuraduría de Derechos Humanos en los asuntos que les atañen

La encuesta realizada por Mairena (2005) arrojó, entre otras, las siguientes conclusiones:

1. Ante la pregunta de cómo conciben los indígenas a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, el 54% señaló que la ve como una entidad autónoma, el 21% la ve como una dependencia gubernamental, el 7% la ve como una ONG, y el 32% no opina.
2. Ante la pregunta de que si ha presentado o si conoce a alguien que haya presentado alguna denuncia a esta entidad, el 62% dice que sí, el 37% que no y el 1% no opina.
3. A la pregunta de que si le han atendido o tiene conocimiento de que le hayan atendido satisfactoriamente frente a la denuncia presentada, el 78% respondió que no, el 21% respondió que sí y el 1% no opina.
4. A la pregunta de cómo valora la atención de la Procuraduría a los ciudadanos indígenas, el 24% dijo que con poca valoración, el 59% dijo que con muy poca valoración, el 4% contestó que con mucha valoración y el 13% no opinó.

5. Al preguntarle cuáles debían ser las prioridades de la Procuraduría, de diez temas propuestos estos los ordenaron de la siguiente manera: el 89% señaló la discriminación a los pueblos y ciudadanos indígenas, el 76% señaló la corrupción de los funcionarios públicos, el 67% la desigualdad y la retardación de justicia, el 60% el abuso de autoridad de los funcionarios, y el 45% los derechos sociales de los ciudadanos.
6. Ante la pregunta de sugerencias para mejorar la actuación de la Procuraduría, de cinco alternativas presentadas, opinaron así: a) Aumento de Presupuesto: 78% sí, 4% no y 18% no opinó; b) Cambiar personal: 48% sí, 13% no y 39% no opinó; c) Ampliar su presencia en los territorios: 89% sí, 4% no y 7% no opinó; d) Gestionar apoyo de organismos de cooperación: 81% sí, y 19% no opinó; y e) Despartidarizar la composición de la Procuraduría: 85% sí, 7% no y 8% no opinó (Mairena, 2005).

Buenas prácticas

Entre aquellas acciones de la Procuraduría a favor de los pueblos indígenas que deben ser destacadas como mejores prácticas pueden señalarse las siguientes:

En materia de investigación, resulta relevante el diagnóstico sobre la situación de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de Nicaragua realizado en el 2000 previo a la instalación de la Procuraduría Especial de Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas.

En materia de promoción, cabe relevar las acciones impulsadas por la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas junto a los gobiernos regionales de la Costa Atlántica y a las dos universidades allí existentes a objeto de apoyar los procesos de autonomía en desarrollo.

También cabe resaltar el rol desarrollado por ella en la conformación post Durban de la Comisión Nacional Contra el Racismo y la Xenofobia y otras formas conexas de discriminación, proceso que culminó con la realización del II Foro Nacional Post-Durban.

Además debe valorarse el apoyo de esta entidad al impulso del Programa de Facilitadores Rurales en las Regiones Autónomas incorporando a las autoridades comunitarias, junto a la Corte Suprema de Justicia y la Organización de Estados Americanos.

En materia de iniciativa normativa resulta valorable la participación e incidencia en la Asamblea Nacional a objeto de obtener la aprobación de distintos proyectos legales, tales como la Ley 445 Ley de Régimen de Propiedad Comunal y el Reglamento de la Ley de Autonomía, la Ley General para los pueblos indígenas del Pacífico, centro y norte y la Ley de Pesca.

Finalmente, en materia de procuración, cabe destacar el rol desempeñado por la Procuraduría ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Yatama*, actuación que incluyó la presentación de un *amicus curiae* en apoyo a *Yatama*, que fue mencionado en la resolución de la CIDH como elementos probatorios de la violación de sus derechos humanos.

Vacíos y obstáculos

No cabe duda que muchas de las deficiencias y dificultades de la Procuraduría y su sección especializada para pueblos indígenas y comunidades étnicas para trabajar la temática de los derechos indígenas, son estructurales. Por lo mismo, su enfrentamiento trasciende la sola acción de esta

entidad. Una de las deficiencias más importantes dice relación con la insuficiencia de recursos financieros para asumir de un modo adecuado las funciones que le son asignadas, así como el rol que las organizaciones indígenas esperan de ella.

Las debilidades financieras de la institución han imposibilitado un impacto mayor de esta entidad en el mejoramiento de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, según reconoce el propio Procurador Especial para Pueblos Indígenas Norman Bent²²².

Tales recursos permitirían la creación de delegaciones adicionales en otras áreas del país, donde habita la población indígena, como el área Pacífico, centro y norte. Permitirían, además, la contratación de personal adicional que diera seguimiento a los requerimientos –denuncias, propuestas de acción y de promoción de derechos indígenas, etc.– que se requieren para lograr un impacto mayor en la promoción y defensa de los derechos de esta parte de la población de Nicaragua.

De acuerdo a informaciones recientes, el nuevo Procurador, Sr. Omar Cabezas, ha tomado la decisión de crear las Delegaciones Autonómicas en las Regiones Autónomas Norte y Sur, con un estatus especial, diferente a las Delegaciones Departamentales Territoriales, en las que el/la Procurador/a Especial tendrá capacidad de recepcionar denuncias, procesarlas, investigarlas y emitir resolución sobre si existe o no violación de los Derechos Humanos. Ello permitiría una atención directa y especializada de asuntos indígenas en la Costa Caribe. Junto a ello se tiene previsto nombrar una Delegación de la Procuraduría en Siuna y RAAN, ya que la distancias de Bilwi (Puerto Cabezas), sede

²²² Entrevista con Norman Bent, Procurador Especial de Pueblos Indígenas, Managua, enero de 2005.

del Procurador Especial, al Triángulo Minero son difíciles de transitar todo el año. Finalmente, se prevé el nombramiento de un Procurador Especial para los pueblos indígenas del Pacífico, Norte y Centro del país, así como delegaciones en todos los departamentos en los que existen comunidades indígenas, en la misma parte del país²²³.

Sin embargo, otras limitaciones detectadas a través de este estudio son más bien propias de la Procuraduría, en particular de su sección especializada en la materia. Entre ellas cabe destacar:

- La falta de rigurosidad y sistematicidad en el registro de la labor investigativa que desarrolla, lo que determina que no exista información sobre sus acciones, y dificulta el adecuado seguimiento de los casos por ella atendidos;
- La falta de iniciativa propia para asumir algunas acciones –investigaciones, programas de educación, fiscalización de la actuación de organismos públicos, etc.– que podrían tener impacto positivo en materia de derechos indígenas, actuando más bien a requerimiento de los pueblos y comunidades indígenas;
- La priorización evidente que la Procuraduría Especial de Pueblos Indígenas ha hecho de la Costa Atlántica para el desarrollo de sus acciones, en desmedro de los pueblos y comunidades indígenas de otras partes de Nicaragua; y²²⁴

223 Notas complementarias de Mairena, Rigoberto, al estudio de campo de su autoría sobre el Ombudsman de Nicaragua, sistematizada por Javier Rodríguez, IIDH, agosto 2005.

224 De acuerdo a Mairena, en el área del Pacífico la Procuraduría sólo ha llevado 5 expedientes relacionados con indígenas, y ninguno de ellos ha tenido resolución en su favor (Conversación con Rigoberto Mairena, Managua, enero de 2005).

- La falta de iniciativa para desarrollar estudios que permitan fundamentar las demandas para el reconocimiento de derechos indígenas, o trabajar en la perspectiva de su promoción tanto en la sociedad nicaragüense como en el Estado.

Recomendaciones

Ello nos lleva a formular las siguientes recomendaciones para potenciar la labor de esta instancia en su actuación a favor de los derechos de los pueblos indígenas:

1. La apertura de oficinas de la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas en la zona Pacífico, centro y norte de Nicaragua;
2. La dotación a estas oficinas, al igual que de aquellas existentes en Managua y la Costa Atlántica (Bluefields, Bilwi y Siuna) del personal profesional interdisciplinario necesario para el desarrollo de las funciones que le asigna la ley, así como de personal indígena que desarrolle una labor de facilitación intercultural y acercamiento de la Procuraduría a las comunidades indígenas;
3. La dotación de recursos y del equipamiento necesarios para que la Procuraduría Especial pueda desarrollar en forma adecuada sus funciones, y en particular, realizar el trabajo en las áreas indígenas en las que ocurren las violaciones a los derechos indígenas o a las que se quiera llegar para ejercer su labor de protección, mediación y promoción de derechos indígenas;
4. El desarrollo por esta unidad especial de la Procuraduría de una metodología de trabajo, en particular para la

recepción, investigación y seguimiento de denuncias relativas a derechos indígenas, que le permita llevar una documentación específica sobre la materia, que sea de acceso público y una sistematización de los resultados alcanzados a través de su acción;

5. El fortalecimiento de la labor investigativa tanto frente a las denuncias sometidas a su conocimiento, como frente a situaciones o casos asumidos de oficio por la Procuraduría;
6. El desarrollo de una línea de difusión de sus labores con el fin de que éstas puedan ser conocidas por el Estado, la sociedad nicaragüense y los pueblos indígenas;
7. La formación y sensibilización del personal de la Procuraduría en su conjunto de modo que esta puede incorporar la dimensión de los derechos indígenas en su quehacer global;
8. El fortalecimiento de la acción promocional hasta ahora realizada con miras a posibilitar la recepción del derecho consuetudinario indígena por parte de las instancias jurisdiccionales de Nicaragua, así como potenciar el desarrollo de los sistemas de justicia indígena y de resolución de sus conflictos internamente;
9. Y el ejercicio de la función de procuraduría impulsando acciones contempladas en la ley y la constitución en favor de los derechos indígenas ante los tribunales de justicia frente a su violación, así como acudiendo directamente a las instancias del sistema interamericano de derechos humanos sea como denunciante o como amicus curiae para con el mismo objetivo.

Otras recomendaciones para mejorar la labor de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua en materia de derechos indígenas

Síntesis de las propuestas de Rigoberto Mairena, consultor CIDH (2005)

1. Aprobar el reglamento interno de la Procuraduría incluyendo en él el otorgamiento de facultad resolutoria a las Delegaciones territoriales; la definición de facultades de los Procuradores Especiales, otorgándoles capacidad resolutoria y de gestión de recursos; ampliación del personal de defensoría con elementos idóneos que conozcan el Derecho Indígena; delimitar las funciones y la relación entre los Procuradores Especiales y los Directores de Área; y establecer en la Dirección de Defensa una Oficina Especial, para tramitar las denuncias de los pueblos y personas indígenas.
2. Alianza PDDH-Pueblos Indígenas, incluyendo la conformación de una Red de Promotores de Derecho Indígena; la coordinación para la gestión de Proyectos de Promoción y Defensa de los Derechos Humanos en Coordinación con las Organizaciones Indígenas; el apoyo a las demandas indígenas por la elaboración de una política y legislación en favor de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas.
3. Acciones de Promoción de los Derechos Humanos, incluyendo la coordinación con instituciones educativas para la enseñanza del derecho indígena, con la Comisión de Asuntos Étnicos de la Asamblea Nacional, con los Consejos Regionales Autónomos, con las Universidades de la Costa Caribe, y con el Poder Judicial para definir el Modelo de Administración de Justicia para las Regiones Autónomas; mayor incidencia en la labor de la Administración de Justicia referida al tratamiento que se le da a los Pueblos Indígenas, incidiendo en que los nombramientos de jueces en territorios indí-

genas tengan como requisitos hablar los idiomas de dichos pueblos y conocer del Derecho Indígena.

4. A la Asamblea Nacional se recomienda la despartidarización en el nombramiento de los Procuradores, estableciendo su nombramiento por concurso; la aprobación de la Ley General Indígena para el Pacífico y Centro Norte, y la ratificación del Convenio 169 de la OIT.
5. A los representantes indígenas y de Comunidades Étnicas se recomienda su alianza con la Procuraduría para la defensa y promoción de los derechos indígenas.
6. Trabajar la propuesta de una Ley para establecer el Modelo de Administración de Justicia para las Regiones Autónomas de Nicaragua, que sea el resultado del proceso de estudio, consulta y concertación.
7. Crear una instancia para asegurar asistencia jurídica referida a asesoría y defensa legal de los derechos indígenas.
8. Realizar las acciones correspondientes contra los funcionarios que desacatan las recomendaciones de la PDDH.
9. Incorporar la variable étnica en la base de datos de la PDDH.
10. Vigilar la aplicación de los Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por parte del Estado y asumir la responsabilidad de informar de manera alternativa a los Comité de Vigilancia de dichos instrumentos sobre el grado de cumplimiento por parte de Nicaragua a las obligaciones contenidas en los mismos.
11. Promover ante la Asamblea Nacional la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

12. Asumir la defensa del Medio Ambiente como un tema de Derechos Humanos.
13. Incorporar a la Oficina de Investigación Propositiva el tema de los derechos indígenas y realizar estudios pendientes sobre la problemática indígena y otros que sean pertinentes a la formulación de políticas del Estado hacia los Pueblos Indígenas.

Propuestas de Lottie Cunningham, CEJUDHCAN, Nicaragua (2005)

1. Establecer un sistema de participación y monitoreo para el análisis de aspectos presupuestarios y organizativos con líderes indígenas, organizaciones indígenas y ONG's, para potenciar los recursos humanos en derechos indígenas y articular las experiencias exitosas que existan sobre el tema;
2. Desarrollar indicadores que permitan medir la implementación y rectificación de políticas públicas, leyes, programas, comportamientos y actitudes de funcionarios públicos que pudieran resultar discriminatorias y racistas;
3. Apoyarse en Redes Comunitarias y de organizaciones de derechos humanos indígenas nacionales e internacionales para su labor;
4. Vigilar la Administración de Justicia para que haga efectivos los derechos indígenas consignados en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia internacional. Al Poder Judicial e instancias del Poder Ejecutivo (Ministerio Público, Policía, Procuraduría de Justicia, etc.): 1. Establecer un mecanismo sobre violaciones a derechos colectivos que permita armonizar los derechos indígenas y el derecho positivo; y 2. La administración de justicia debe hacer efectivos los derechos indígenas consignados en los instrumentos internacionales la jurisprudencia internacional²²⁵.

225 Lottie Cunningham, en Rodríguez, Javier, comunicación al IIDH, agosto 2005.

Bibliografía

Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA), *El Desafío de la Independencia*, VII Informe de las procuradurías de los derechos Humanos en Centroamérica (2001).

Cunningham, Lottie, *Análisis del proceso de demarcación y titulación de territorios indígenas en Nicaragua establecido por la Ley del Régimen de Propiedad Comunal*, ponencia presentada a seminario en Sevilla, junio 2004, (inédito).

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de Progresos en Derechos Humanos*, CD, s.f.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.

Organización de Naciones Unidas, Base de Datos, *Estado de los Tratados Multilaterales Depositados con el Secretario General*, <http://untreaty.un.org/>

Procuraduría para La Defensa de los Derechos Humanos, *Informe 2000*, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Managua, 2000.

-----, *Informe Anual de Gestión 2002*, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Managua, 2003.

-----, *Informe Anual de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos 2003*, Procuraduría para La Defensa de los Derechos Humanos, Managua, 2004.

-----, *Diagnóstico de la Situación de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas e Instalación de la Procuraduría Especial*, Procuraduría para La Defensa de los Derechos Humanos, Managua, 2001.

Mairena, Rigoberto, *Acceso a la Justicia de las Personas y los Pueblos Indígenas y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Estudio de Campo en Nicaragua*, 2005 (Consultoría para IIDH, Costa Rica, inédito).

Wilson, Lestel, Miguel González y Evaristo Mercado, *La Experiencia de Lucha de Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA) en el Proceso de Autonomía de la Costa Caribe de Nicaragua*, Ponencia presentada en Tercer Seminario Internacional Proyecto Gobernar en la Diversidad, Bilwi, RAAN, enero 2005, inédito.

Páginas web

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/>

<http://calpi.nativeweb.org/>

<http://www.socwatch.org.uy/es/portada.htm>

<http://untreaty.un.org/>

Entrevistas

Barbeyto, Arelly, URACCAN, Bilwi, enero 2005.

Bent, Norman (Rev.), Procurador Especial para Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas, Managua, enero 2005.

Mairena, Rigoberto, abogado consultor IIDH, Managua, enero 2005.

Comunicaciones

Castañeda, Amilcar, comunicación escrita, abril 2005.

Lottie Cunningham, en Rodríguez, Javier, comunicación al IIDH, agosto 2005.

Mairena, Rigoberto, abogado consultor IIDH, Managua, comunicaciones escritas enero-mayo 2005.

Rodríguez, Javier, IIDH, comunicación al IIDH, agosto 2005,

8. PANAMÁ

8.1 Antecedentes generales

La población de Panamá es de 2.839.177 personas, de las cuales 285.231 son de origen indígena, lo que representa el 10% de la población (Valiente, 2003)²²⁶. Los pueblos indígenas que habitan el territorio actual de Panamá son ocho: *ngöbe, buglé, kuna, emberá, wounaan, naso, bri bri y bokota*. Estos pueblos fueron los únicos que sobrevivieron al proceso de conquista de un total de 60 que, según las crónicas, habrían existido a la época del primer contacto con el conquistador español²²⁷.

El Estado panameño se independizó de Colombia en 1903. Al igual que todas las Repúblicas americanas, este se erigió sobre territorios indígenas. Sin embargo, para efectos de entender la relación posterior entre el Estado de Panamá y los pueblos indígenas, es necesario relevar que éste se constituyó sobre algunos territorios indígenas que ya habían sido reconocidos por el Estado colombiano cuando los mismos se encontraban bajo su soberanía, como es el caso del territorio *kuna*. Colombia, por medio de la Ley de 4 de junio de 1870, sobre reducción de indios, reconoció la Comarca Tulenega, de propiedad *kuna*, y estableció un Comisario General para ejercer el gobierno en dicho territorio comarcal, nombrado por el poder ejecutivo (Valiente, 2002). Tal Comarca comprendía las actuales Comarcas *kuna* de *Kuna Yala, Madudandi y Wargandi*, y las comunidades *kuna* de *Pucuru y Paya*, así como las comunidades *kuna* de Colombia²²⁸.

226 Otras fuentes no oficiales indican que la población de Panamá es de 2.839.177 personas, de los cuales 200.368 son de origen indígena, las que representan el 5% de la población
<http://www.monografias.com/trabajos/explodemo/explodemo.shtml>

227 <http://www.monografias.com/trabajos14/indigenas-panama/indigenas-panama.shtml#GRUPOS>

228 Comunicación de Aresio Valiente, agosto de 2005.

Las autoridades panameñas, al comienzo de la vida republicana, no reconocieron los derechos territoriales *kuna* y, por el contrario, propiciaron un proceso de “civilización” con el objeto de someterlos a la nueva República. Esta tarea estuvo a cargo de la Iglesia Católica, entidad a la que le fue encomendado despojar a los *kuna* de sus prácticas culturales (Valiente, 2002).

Reaccionando a estos atropellos, los *kuna* protagonizaron un alzamiento armado conocido como la “Revolución Dule”. Dicha revolución concluyó con un tratado firmado entre el Estado panameño y el pueblo *kuna*, el que en términos jurídicos se tradujo en la reforma al artículo 4 de la Constitución de 1904, por el cual se reconoció a las Comarcas Indígenas como parte de la división político-administrativa del Estado panameño (Valiente, 2002).

En 1915, Decreto N° 33, el Estado panameño creó la circunscripción de San Blas y nombró un representante de la Secretaría de Gobierno y Justicia para ejercer el gobierno. No se reconocieron a las autoridades tradicionales, pero se establecieron los límites jurisdiccionales de las autoridades republicanas, lo que implicaba un reconocimiento tácito de las facultades de gobierno de los líderes tradicionales indígenas. En 1930, la Ley N° 59 declaró tierras baldías las tierras indígenas de la Costa Atlántica y reconoció que estaban poseídas en común por sus habitantes, prohibiéndose la enajenación o arriendo de las mismas. En 1938, la Ley N° 2 creó la Comarca de San Blas y Barú, encomendando el gobierno de la Comarca a un Intendente, que tenía la calidad de representante gubernamental (Valiente, 2002).

A partir de 1953, a través de la Ley N° 16, se reorganiza la Comarca de San Blas y se reconoce la jurisdicción de las autoridades tradicionales. La Ley N° 16 reconoció la existencia de la Comarca de San Blas, del Congreso General Kuna y

de los Congresos de Pueblos²²⁹, con competencia en asuntos concernientes a infracciones legales de tipo civil. Además, reconoció a las autoridades tradicionales, como son los caciques y los *sáhilas*²³⁰. No fue reconocida en forma expresa la propiedad colectiva de la tierra a favor de los *kuna*, pero se instauró un régimen de protección de las tierras que prohibía su adjudicación a personas no indígenas, a menos que las solicitudes de adjudicación fuesen aprobadas por dos congresos *kuna* de diversa integración²³¹ (Valiente, 2002).

Las acciones reivindicativas del pueblo *kuna* y los avances legislativos en la consagración de sus derechos han servido de ejemplo a los demás pueblo indígenas del país. La Comarca *Kuna Yala*, puntualiza Valiente, ha utilizado toda su capacidad política para reivindicar sus derechos y, en este contexto, afirma, la “*Revolución Dule tiene una carácter permanente*” (Valiente, 2002:15).

En 1983, el Decreto N° 89 del gobierno de Panamá estableció un mecanismo legal para que el Congreso General *Kuna* participara en el nombramiento y remoción del Intendente de la Comarca²³². Dicho Congreso desestimó esta prerrogativa, argumentando que se trataba de un autoridad que representa al Ejecutivo y no a los *kuna*, y por tanto, debía ser ejercida soberanamente por el Presidente de la República (Valiente, 2002).

229 Artículo 12, Ley N° 16 de 1953.

230 Artículos 5, 6 y 11, Ley N° 16 de 1953.

231 Artículo 21, Ley N° 16 de 1953.

232 Artículo 1, Ley N° 89 de 1983. El Congreso *kuna* tiene la facultad para elaborar una terna, pero el nombramiento corresponde al Presidente de la República. Se trata de un nombramiento indirecto, en donde la última palabra la tiene el Presidente. Este mecanismo se utiliza en todas las comarcas y opera de igual manera para la remoción de las autoridades comarcales (Valiente, 2005).

En 1984, a instancias de los representantes del pueblo *kuna*, se instituyó un juez y un personero originario en la Comarca *Kuna Yala*, cuya competencia específica sería la establecida en leyes especiales²³³, las que hasta la fecha no han sido promulgadas (Valiente, 2002).

La Comarca *Emberá-Wounaan*, de la provincia de Darién, fue creada en 1983 por la Ley N° 22, treinta años después de la Comarca *Kuna Yala*. Esta ley, así como aquellas que le suceden y cuyos alcances normativos serán establecidos en los párrafos siguientes, son más avanzadas en materia de reivindicación y reconocimiento de los derechos históricos de los pueblos indígenas. Posteriormente, se creó la Comarca *Kuna de Madungandí*, Ley N° 24, de 1996; la Comarca *Ngöbe-Buglé*, que fue creada en virtud de la Ley N° 10 de 1997; y, finalmente, la Comarca *Kuna de Wargandi*, creada a través de la Ley N° 34 de 2000.

A la fecha, falta por legalizar el territorio de los *kuna* de *Takarkunyala*, constituido por las comunidades *pucuru* y *paya*, localizadas en el Parque Nacional de Darién; y los territorios del pueblo *naso* o *teribe*, ubicados en el Parque Internacional La Amistad y en el Parque Protector de Palo Seco en la provincia de Bocas del Toro, y del pueblo *bri bri*, localizado en el Valle del Río Yorkín y sus cuencas, que se superpone al Parque Internacional La Amistad. Cabe consignar que la mayoría de las comunidades indígenas que no tienen sus tierras legalizadas, es a consecuencia de que se encuentran en Áreas Protegidas que responden a la categoría de Parques Nacionales (Valiente, 2003).

Los territorios indígenas, independiente de cual sea su status legal, constituyen las últimas áreas boscosas de Panamá

233 Artículo 178, Código Judicial, 1984.

y albergan, por tanto, la mayor biodiversidad. Estas circunstancias determinan que dichos territorios sean el foco de interés de las empresas mineras, farmacéuticas, turísticas, madereras, hidroeléctricas, etc. Así resulta que la mayoría de los megaproyectos financiados por la banca multilateral se están ejecutando o presionan sobre los territorios indígenas. En Panamá, al igual que en los demás países de América Latina, se impulsa un nuevo orden económico y jurídico que favorece la implementación de megaproyectos en territorios de propiedad ancestral indígena y que se traduce en la adopción de planes y programas específicos para el área, siendo los más emblemáticos los siguientes: el Proyecto de Corredor Biológico Mesoamericano, financiado por el Banco Mundial; el Programa de Desarrollo Sostenible del Darién, financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Plan Puebla Panamá, financiado por el BID y BCIE; y el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) (Valiente, 2003).

Sobre este punto precisa Valiente:

A pesar de que se han legalizados los territorios indígenas a través de las leyes comarcales, el Estado panameño no ha podido evitar la invasión legal por parte de los no indígenas a las Comarcas Indígenas. No hay una respuesta concreta de parte de las entidades gubernamentales, de resolver las invasiones ilegales. Por otra parte, las tierras indígenas están siendo amenazadas por los grandes megaproyectos como las represas hidroeléctricas, la actividad minera, concesiones forestales y actividades turísticas (Valiente, 2003: 7).

Esta presión impacta los territorios indígenas y sus pueblos, afectando los ecosistemas indígenas y la cosmovisión. Además, las estadísticas dan cuenta que a pesar de los mega-

proyectos e incluso a consecuencia de los mismos, los pueblos indígenas constituyen el segmento de población más pobre y desposeída de la región²³⁴. La situación es particularmente crítica si se considera que en los últimos años Panamá viene enfrentado una grave crisis económica que por cierto afecta de manera más dramática a los grupos más vulnerables como es el caso de los pueblos indígenas (Defensoría del Pueblo, *Informe Anual 2001-2002*).

Otra situación que afecta gravemente a los pueblos indígenas de Panamá son los conflictos políticos de Colombia. En las zonas fronterizas con Colombia, los pueblos indígenas han sido amenazados y atacados por grupos armados colombianos. (Valiente, 2003) En el año 2001, la comunidad de Nazareth fue atacada por grupos irregulares provenientes de Colombia. En enero del año 2003, estos mismos grupos asesinaron a las autoridades tradicionales *kuna* de *Takarkunyala* (Valiente, 2005).

8.2. Marco jurídico de los derechos humanos e indígenas

La Constitución de Panamá fue adoptada en el año 1972, reformada por los Actos Reformatorios de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983, por los Actos Legislativos No 1 de 1993 y No 2 de 1994, y más recientemente por el Acto Legislativo No 1 de 2004. Los derechos humanos fundamentales son reconocidos por la Constitución en el Título III, “Derechos y deberes individuales y sociales”, y en el Título IV, “Derechos políticos”. El Capítulo Primero del Título III, por su parte, establece las “Garantías fundamentales”.

234 El 21,2% de la población panameña vive en pobreza general y el 18,8% vive en pobreza extrema; el 95,4% de los pueblos indígenas vive en pobreza general y el 86,4% vive en pobreza extrema. El ingreso promedio anual de los panameños es de B/2,850,00, mientras las personas pertenecientes a pueblos indígenas tienen un ingreso anual de B/ 712,00, lo que significa que el ingreso es cuatro veces menor que el promedio nacional (Valiente, 2003: 16 y17).

La Constitución Política Panameña señala que el Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales²³⁵.

El territorio del Estado panameño se divide políticamente en Provincias, éstas a su vez en Distritos y los Distritos en Corregimientos. Sin embargo, el texto constitucional dispone expresamente que la ley podrá crear otras divisiones políticas, ya sea para sujetarlas a regímenes especiales o por razones de conveniencia administrativa o de servicio público²³⁶. Estas divisiones político administrativas de generación especial son las Comarcas Indígenas²³⁷.

El texto constitucional, además, garantiza a las comunidades indígenas las tierras necesarias para lograr el bienestar económico y social de los indígenas, disponiendo que éste será de propiedad colectiva. La Constitución encomienda a la ley regular los procedimientos que deben seguirse para efectos de materializar esta norma y delimitar las tierras asignadas, y prohíbe la apropiación privada de las tierras²³⁸.

La protección de los derechos humanos se ha visto reforzada por la ratificación por Panamá de las convenciones internacionales más importantes sobre la materia, tanto aquellas del sistema de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos²³⁹.

235 Artículo 90, Constitución Política Panamá.

236 Artículo 5, Constitución Política de Panamá.

237 División político administrativa, cuya organización, administración y funcionamiento, está establecido en la Constitución Política del Estado de Panamá y en las Cartas Orgánicas de las comarcas.

238 Artículo 123, Constitución Política de Panamá.

239 Entre los instrumentos internacionales ratificados por Panamá a enero del 2004 figuraban la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención Interna-

En el ámbito de los derechos indígenas, Panamá no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y Tribales en países independientes. Sí ha ratificado el Convenio 107 de la OIT de 1957, que antecedió al 169, y que tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico interno de Panamá.

El marco jurídico de los pueblos indígenas está constituido principalmente por las leyes que regulan las Comarcas Indígenas y que reconocen derechos jurisdiccionales a

cional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948). No ha sido ratificado por Panamá la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990).

(http://www.socwatch.org.uy/es/fichasPais/tratados_16.htm#dato_hrt) A ellos se agregan los tratados internacionales mencionados en la Declaración del Milenio, suscrita por los Jefes de Estado de la ONU el 2000, incluyendo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998); la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción. (1997); el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales (1996); el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997). Aún sin vigor; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (2000); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000) Convención sobre la Diversidad Biológica (1992); la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación (1994). No han sido ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981); También se agregan, las convenciones de la OIT (N°s 87, 98, 105, 100, 111, 138 y 182) (Ibíd.). Finalmente, en el ámbito americano, Panamá ha ratificado las principales convenciones de derechos humanos de la OEA, entre ellas la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José” de 1969; el “Protocolo de San Salvador” de 1988; la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; la Convención Americana relativa a la abolición de la Pena de Muerte de 1990; y la Convención Americana sobre la desaparición Forzada de Personas de 1994 (IIDH, Mapa de Progresos en Derechos Humanos, CD s.f.)

las autoridades indígenas en su respectivo ámbito territorial, establecen normas de demarcación del territorio y otros derechos políticos y culturales a sus miembros. La ley 22 del 8 de noviembre de 1983, por la cual se crea la Comarca *Emberá* en Darién, reconoce la autoridad tradicional emberá. Se establece que habrá un Cacique General dentro de la Comarca quien será la primera autoridad tradicional del pueblo *emberá*, cuyas funciones y facultades se establecerán en la Carta Orgánica de la Comarca²⁴⁰.

Esta Ley que crea la Comarca *Emberá-Wounaan*, fue reglamentada por la Carta Orgánica Administrativa que regula el régimen jurídico-político de la Comarca, aprobada por Decreto Ejecutivo 84, de 9 de abril de 1999. Dicha normativa reglamentaria es la más avanzada en su género en el ámbito panameño. Tal y como consigna Valiente, representa el derecho propio *Emberá-Wounaan* codificado y es el producto de la iniciativa y el trabajo del Congreso General *Emberá-Wounaan*, con el apoyo técnico del Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP) (Valiente, 2002).

La Carta Orgánica de la Comarca *Emberá-Wounaan* reconoce y reglamenta el papel de las instituciones y las autoridades tradicionales y estatales²⁴¹. Reconoce la forma de uso y usufructo de la tierra, estableciendo la propiedad familiar, comunal y colectiva, los derechos de aprovechamiento forestal y las obligaciones de reforestación y preservación de la biodiversidad.

Para resolver eventuales conflictos de competencia entre las autoridades estatales y las autoridades tradicionales, particularmente en las áreas de interés común como aquellas

240 Artículo 11, Ley 22 de 1983.

241 Artículos 11 y 82, Decreto Ejecutivo 84 de 1999.

que correspondiendo a territorios indígenas *Emberá-Wounaan* han sido declaradas áreas protegidas o parques, se ha dispuesto la administración conjunta entre las autoridades tradicionales de la Comarca y la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) con base en convenio de Cooperación técnica y financiera²⁴².

La Carta Orgánica *Emberá-Wounaan* reconoce la religión originaria, basada en la existencia de *ankoré (emberá)* y *hewandam (wounaan)*²⁴³, la práctica de la medicina tradicional²⁴⁴ y las normas que regulan el matrimonio²⁴⁵ (Valiente, 2002).

La Ley N° 22 de 1983 y la Carta Orgánica de la Comarca *Emeberá Wounaan* reconocen facultades judiciales a las autoridades tradicionales. También se señala que las autoridades administrativas y judiciales que tengan competencia en el territorio *Emberá-Wounaan*, junto con aplicar las leyes nacionales, deberán tener en consideración la costumbre del pueblo *Emberá-Wounaan* (Valiente, 2002).

La Ley N° 10 de Marzo 7 de 1997, por la cual se crea la Comarca *Ngöbe-Buglé*, reconoce la existencia del Congreso General de la Comarca como máximo organismo de expresión y decisión étnica y cultural del pueblo *Ngöbe-Buglé*²⁴⁶. La Ley No. 34 de 25 de Julio de 2000 que crea la Comarca *Kuna de Wargandi*, reconoce el Congreso General *Kuna*, los Congresos regionales y locales y sus autoridades tradicionales, los caciques y *sáhilas*, quienes tendrán la función principal de

242 Artículo 97, Decreto Ejecutivo 84 de 1999. Hasta la fecha no se ha firmado un acuerdo de co-manejo del área de interés común, pero se están ejecutando proyectos en esa área con la participación de los pueblos indígenas. Aresio Valiente, comunicación al autor, agosto 2005.

243 Artículo 113, Decreto Ejecutivo 84 de 1999.

244 Artículo 116, Decreto Ejecutivo 84 de 1999.

245 Artículo 108-110, Decreto Ejecutivo 84 de 1999.

246 Artículo 17, Ley 10 de 1997.

fortalecer, desarrollar, conservar y proteger la cultura *kuna*, así como las tradiciones, idioma, unidad e integridad de sus habitantes y los recursos naturales de la Comarca, con el propósito de promover su desarrollo económico y social²⁴⁷. Complementando esta normativa el Decreto Ejecutivo No. 228 del 3 de diciembre de 1998, por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca *Kuna* de *Madungandí*, artículo 59, dispone que la cultura *kuna* está constituida por la historia, religión, lengua, costumbres y tradiciones, los cuales conforman la identidad del pueblo *kuna*, y tiene expresión a través de diferentes manifestaciones.

Finalmente, el Decreto Ejecutivo No.194 de agosto 25 de 1999, por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca *Ngöbe-Buglé*, dispone que son atribuciones del Congreso Regional: Velar por la conservación del idioma, tradición y cultura *Ngöbe-Buglé*²⁴⁸. Conforme a esta normativa se reconoce que constituye la cultura del pueblo *ngöbe-buglé* todas las manifestaciones que resaltan las características propias ab-inmemorabili capaces de perpetuar hacia el futuro la existencia del pueblo *Ngöbe-Buglé*, *Ka*, *Gwarä*, *Krün*, *Tärä Mie*, *Gwarä*, artesanías, idioma, obras artísticas, religiones, familias, matrimonios, nombres en *Ngöbere*, el *Ngöbe* y otros²⁴⁹.

La legislación panameña reconoce los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través de las leyes que crean las respectivas Comarcas Indígenas, donde se demarca el territorio ancestral de las comunidades indígenas y se establece el régimen jurídico y administrativo de la respectiva unidad territorial.

247 Artículo 6, Ley 34 de 2000.

248 Artículo 114 N° 6, Decreto Ejecutivo 194 de 1999.

249 Artículo 240, Decreto Ejecutivo 194 de 1999.

Las Comarcas Indígenas constituidas en Panamá y los cuerpos normativos que la regulan son: Comarca *Kuna Yala*, Ley 16 de 1953; Comarca *Kuna Madungandí*, Ley 24 de 1996; Comarca *Kuna Wargandi*, Ley 34 de 2000; Comarca *Ngöbe-Buglé*, Ley 10 de 1997; y, Comarca *Emberá Wounaan*, Ley 22 de 1983.

Para proteger las tierras indígenas y haciéndose cargo de la presión que sobre las mismas existe a consecuencia de la rica biodiversidad que albergan, el legislador panameño, a través de la Ley General del Ambiente, consagra que las tierras comprendidas dentro de las comarcas y reservas indígenas son inembargables, imprescriptibles e inalienables. Esta limitación no afecta el sistema tradicional de transmisión, esto es el derecho sucesorio de tierras en las comunidades indígenas que se rige por el derecho consuetudinario. También se establece que los pueblos y comunidades indígenas, en general, sólo podrán ser trasladados de sus comarcas y reservas, o de las tierras que poseen, mediante su conocimiento previo. En el evento de ocurrir el traslado, tendrán derecho a ser indemnizados previamente, y a ser reubicados en tierras comparables a las que ocupaban, siguiendo el principio constitucional establecido en el artículo 127 de la Carta Fundamental²⁵⁰.

Las leyes comarcales a su vez tienen su propio régimen de regulación de las tierras y algunas son cuestionables desde el punto de vista de la protección de los derechos indígenas. La Ley 22 del 8 de noviembre de 1983, por la cual se crea la Comarca *Emberá* en Darién, dispone que se respetarán los derechos de posesión que cualquier persona –indígenas y no indígenas– tenga sobre parte de las tierras de la Comarca

250 Artículo 102, Ley No.41 de 1998 artículo 102.

Emberá, siempre que el poseedor demuestre ante la Reforma Agraria, que ha estado desarrollando actividades del sector primario²⁵¹ en forma pacífica y continua.

Los derechos posesorios así constituidos serán transmisibles por causa de muerte a los herederos del colono que estén trabajando la tierra, a quienes se les reconocerá el mismo mediante procedimiento ante la reforma agraria, y con traslado al Alcalde comarcal. En caso de enajenación de los derechos posesorios, por actos entre vivos, la Comarca tendrá un derecho de opción preferencial de compra. Por otra parte, se dispone que en caso de abandono en el uso de la tierra por parte del poseedor, durante un término mayor de dos años, dará lugar a que estas tierras se integren al uso colectivo de la Comarca, mediante procedimiento administrativo que el Alcalde Comarcal promoverá ante la Reforma Agraria, la cual resolverá con traslado a los presuntos afectados, y mediante previa investigación²⁵².

Algunas leyes comarcales y sus respectivos decretos ejecutivos reconocen a las comunidades indígenas amplios derechos sobre los recursos naturales localizados en los territorios demarcados. Así, por ejemplo, el Decreto Ejecutivo No. 228 del 3 de diciembre de 1998 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca *Kuna de Madungandí* señala que la Comarca tiene derecho exclusivo al uso, manejo y aprovechamiento tradicional de los recursos naturales renovables y el ambiente ubicados dentro de sus linderos creados por la Ley²⁵³.

251 Aquellas que obtienen recursos de la naturaleza sin ningún proceso de transformación; esta integrado por Agricultura, Ganadería, Silvicultura, Caza y Pesca.

252 Artículo 5, Ley 22 (1983).

253 Artículo 44, Decreto Ejecutivo No. 228 (1998).

Por su parte, el Artículo 95 del Decreto Ejecutivo No. 84, de Abril 9 de 1999, por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca *Emberá-Wounaan* de Darién, dispone que los recursos naturales en la Comarca son patrimonio colectivo del pueblo *Emberá-Wounaan* y agrega en su artículo 100, que en todos los contratos que suscriba el Gobierno para la explotación de los recursos minerales de la Comarca, el porcentaje que le corresponda al Estado será ingresado en su totalidad para uso y beneficio de la Comarca. El uso de dichos ingresos deberá ser aprobado mediante la elaboración de un programa de actividades, por las autoridades del Congreso y las autoridades municipales en beneficio de los comarcanos. Bajo ningún criterio dichos fondos pueden ser utilizados para otro fin²⁵⁴.

La legislación panameña garantiza la participación indígena en materia de gestión de recursos naturales a dos niveles; reconociéndoles un derecho de preferencia para ejecutar proyectos de exploración y/o explotación de recursos naturales en sus territorios, y el derecho a participar en las instancias de gobierno que resuelven sobre asuntos susceptibles de afectar sus derechos sobre el territorio y los recursos naturales que allí existen.

La Ley General del Ambiente de la República de Panamá prescribe que para otorgar cualquier tipo de autorización relacionada con el aprovechamiento de los recursos naturales, en las comarcas o en tierras de comunidades indígenas, se preferirán los proyectos presentados por sus miembros, siempre que cumplan los requisitos y procedimientos exigidos por las autoridades competentes. Sin embargo, esto no limita los derechos de explotación y aprovechamiento de los recursos

254 Artículos 95 y 100, Decreto Ejecutivo No. 84 (1999).

naturales, que puede tener una empresa como consecuencia de su derecho de exploración, de acuerdo con la legislación vigente²⁵⁵.

Además, se dispone que la Comisión Consultiva Nacional Ambiental que tiene la función de servir como órgano de consulta de la Autoridad Nacional del Ambiente para la toma de decisiones de trascendencia nacional e intersectorial susceptibles de generar impacto ambiental y emitir recomendaciones al Consejo Nacional del Ambiente, contará entre sus integrantes con dos representantes de las comarcas Indígenas²⁵⁶ (Yáñez y otros: 2004).

Según lo informado por Valiente estas comisiones consultivas no han sido instaladas hasta la fecha (Valiente, 2005).

El Decreto Ejecutivo No.194 de agosto 25 de 1999 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca *Ngöbe-Buglé* prescribe en su artículo 228, que para el desarrollo de la exploración y explotación de los recursos naturales en la Comarca, se llevará a cabo, una consulta y una aprobación previa, garantizando una efectiva participación en la planificación y ejecución, así como en los beneficios, del pueblo *Ngöbe-Buglé*²⁵⁷.

Por su parte la Ley 24 de 1996, dispone que la organización *kuna* de *Madungandí* (ORKUM) podrá celebrar convenios con entidades del Estado tales como la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM), Instituto de Investigaciones Agropecuarias de Panamá (IDIAP), Instituto de Recursos

255 Artículo 104, Ley No. 41 (1998).

256 Artículos 5 y 7, Decreto Ejecutivo Número 57 (2000).

257 Artículo 228, Decreto Ejecutivo No.194 (1999).

Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y el Instituto Panameño de Turismo (IPAT), para impulsar el desarrollo de la Comarca y garantizar su participación.

La Ley No.10 de Marzo 7 de 1997 por la cual se crea la Comarca *Ngöbe-Bugle* adicionada en sus artículos 48 y 50 por la Ley 15 de 7 de febrero de 2001 en su artículo 48 dispone que en los casos en que sea factible la exploración y explotación de los recursos naturales, salinas, minas, aguas, canteras y yacimientos de minerales de toda clase, que se encuentren en la Comarca *Ngöbe-Buglé*, se requerirá un estudio de impacto ambiental (E.I.A.) previo, que incluya un informe de impacto social, tomando en consideración las características culturales de la población afectada²⁵⁸. Cabe consignar que la Ley 15, antes citada, restringió los alcances de la Ley 10 que establecía como obligatorio la realización del correspondiente E.I.A. y la consulta a la comunidad afectada, a cualquier proyecto que fuera a ejecutarse al interior de la Comarca, disponiendo que ello es necesario sólo cuando la totalidad del proyecto se emplace en el territorio comarcal.

A su vez, el Decreto Ejecutivo No.194 de agosto 25 de 1999 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca *Ngöbe-Buglé* dispone que cuando el Congreso General tenga conocimiento de la ejecución de proyectos que causen efectos de cualquier naturaleza y afecten el ambiente físico, cultural y social del lugar de influencia, procederá a realizar el estudio de Impacto Ambiental con independencia del que lleve a cabo la empresa o el gobierno²⁵⁹.

En la Ley General del Ambiente de 1998 se contempla que los estudios de exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales que se autoricen en tierras

258 Artículo 48, Ley No. 10 (1997).

259 Artículo 229, Decreto Ejecutivo No. 194 (1999).

ocupadas por comarcas o pueblos indígenas, no deben causar detrimento a su integridad cultural, social, económica y valores espirituales²⁶⁰.

8.3. Reconocimiento del derecho consuetudinario y el acceso de los indígenas a la justicia

El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena está contenido fundamentalmente en la legislación que establece las comarcas. Éste se ha ido desarrollando progresivamente en el tiempo.

La legislación que establecía la Comarca de San Blas (1953), *Kuna Yala*, dispuso que los *Sáhila* tendrían la función de cooperar con las autoridades de la administración nacional (artículo 5), además de funciones de inspectores de Policía (artículo 6), reconociendo a estas autoridades tradicionales en parte su jurisdicción. Además, el Estado reconoce la existencia de la jurisdicción del Congreso General *Kuna* en asuntos concernientes a infracciones legales conforme a la tradición indígena, salvo en lo concerniente a la aplicación de leyes penales, debiendo para ello dictarse una Carta Orgánica (artículo 11), lo que no ha ocurrido hasta la fecha.

Ley N° 22 de 1983 reconoce facultades judiciales a la autoridades indígenas para ejercer jurisdicción en el territorio *Emberá-Wounaan*. Tanto la Ley N° 22 de 1983 como la Carta Orgánica, establecen que los actos de hechicería serán conocidos por los caciques regionales, a prevención con las autoridades policiales, quienes resolverán conforme al derecho y la costumbre *Emberá-Wounaan*. También se señala que las autoridades administrativas y judiciales que tengan competen-

260 Artículo 99, Ley No.41 (1998).

cia en el territorio *Emberá-Wounaan* junto con aplicar las leyes nacionales deberán tener en consideración la costumbre del pueblo *Emberá-Wounaan* (Valiente, 2002).

La Ley 10 de 1997 estableció que la administración de justicia en la Comarca *Ngöbe-Bugle* se ejercerá teniendo en consideración además de la Constitución y las leyes nacionales, la realidad cultural del área y de acuerdo con el principio de sana crítica (artículo 40).

La Ley No. 34 de julio 25 de 2000 que crea la Comarca *Kuna de Wargandi* prescribe que la administración de justicia y la resolución de conflictos en la Comarca se ejercerá de acuerdo a la Constitución y la ley, pero se tomará en consideración su cultura. Concluye la ley disponiendo que la Carta Orgánica de la Comarca desarrollará las formas culturales de resolución de conflictos que se regulan por las prácticas consuetudinarias²⁶¹.

Cada Comarca cuenta además con una Carta Orgánica, las que han desarrollado en capítulos específicos las modalidades de la administración de justicia tradicional.

8.4. El Defensor del Pueblo de Panamá

8.4.1. Antecedentes de su creación

La institución del *Ombudsman* en la República de Panamá tiene su antecedente en la legislación por la cual se ejecuta el Tratado del Canal de Panamá y que insta al establecimiento de entidades con competencia específicas en materia de fiscalización y control de actos de la administración pública que afectan derechos de los ciudadanos.

261 Artículo 7, Ley No. 34 de 2000.

Sin embargo, la primera vez que surge la denominación de *Ombudsman* en el derecho Panameño, es en el Decreto 107, promulgado en el año 1990, donde el Tribunal Electoral de la República de Panamá instaura la Dirección de Investigaciones Administrativas a cargo de un funcionario al cual se le identifica como “*Ombudsman*”. Correspondía a esta entidad velar por el cumplimiento de las normas administrativas de la institución y proteger los derechos de los ciudadanos.

Durante la década de los 80, se realizaron diversos estudios y tesis de grado que impulsaron el establecimiento del Ombudsman en Panamá²⁶². Estos estudios sirvieron de antecedentes para la propuesta de establecer la figura del “Tribuno del Pueblo”, que fue incluida en el Proyecto de Reformas Constitucionales que se presentó al Congreso en el año 1992. En 1995 se creó una Comisión Presidencial²⁶³, cuya tarea principal era promover la creación de la Defensoría del Pueblo. Este mandato se sustentaba en un proceso de consulta en el que participaron ministros de Estado, así como prestigiosos miembros de organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos interesados en la defensa y promoción de los derechos humanos, tanto nacionales como extranjeros.

Apoyaron el proceso panameño Defensores del Pueblo de Centroamérica, Argentina, Puerto Rico, Colombia y España, además de los representantes del Instituto Latinoamericano y Europeo del *Ombudsman* y de la UNESCO. Intelectuales conocedores de los derechos humanos, Defensores del Pueblo de América y Europa, representantes de la ONU, UNESCO, de embajadas europeas, del Instituto Iberoamericano del *Ombudsman*, representantes de partidos

262 Se destacan los trabajos de Ricardo Ballard, *El Ombudsman Parlamentario de la Administración* (1982) y el de Arlene Jones, *El Ombudsman Contralor Jurídico de la Democracia* (1983).

263 Decreto Ejecutivo No. 172 del 27 de abril de 1995.

políticos, organizaciones de la sociedad civil, gremios empresariales, obreros y ciudadanos en general, participaron en debates, consultas, seminarios y audiencias, que precedieron la creación de la institucionalidad.

Las opiniones vertidas se canalizaron en una propuesta legislativa, que correspondió al Anteproyecto de Ley No. 43 y que, posteriormente, dio lugar a la Ley No. 7 del 5 de febrero de 1997, por la cual se creó la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá. El primer Defensor del Pueblo fue elegido el 27 de junio de 1997, y la nominación recayó en el Doctor Ítalo Antinori Bolaños, quién terminó su mandato el 1 de abril del año 2001. Posteriormente, asumió el cargo el Lic. Juan Antonio Tejada Espino, actualmente en ejercicio²⁶⁴.

El Acto Legislativo No. 1 de 2004 viene finalmente a dar rango constitucional a la institución y funciones del Defensor del Pueblo. En su artículo 129 dispone:

La Defensoría del Pueblo velará por la protección de los derechos y las garantías fundamentales consagradas en esta Constitución, así como los previstos en los convenios internacionales de derechos humanos y la Ley, mediante el control no jurisdiccional de los hechos, actos u omisiones de los servidores públicos y de quienes presten servicios públicos, y actuará para que ellos se respeten.

La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien será nombrado por el Órgano Legislativo para un período de cinco años, dentro del cual no podrá ser suspendido ni removido, sino por el voto de dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, en virtud de causas definidas previamente por la Ley.

264 www.defensoriadelpueblo.gob.pa

El artículo 130 de la Constitución reformada establece los requisitos para el nombramiento del Defensor, y el 275 regula el presupuesto estatal de la institución.

8.4.2 Naturaleza y competencias de la Defensoría del Pueblo

La naturaleza y competencias de la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá se encuentran establecidas por Ley No. 7 de 5 de febrero de 1997 y la reforma constitucional de 2004 antes referidas.

Aquellas previstas en la Ley No. 7 de 1997, sin embargo, han sido modificadas en parte por sentencias de la Corte Suprema de Justicia, la que en un fallo de 1998 socavó gravemente las bases institucionales de la Defensoría. En efecto, mediante fallo del 12 de febrero de 1998 la Corte, en el ejercicio de sus funciones de salvaguarda de la Constitución Política, declaró inconstitucional el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 7 del 5 de febrero de 1997 que otorgaba competencia al Defensor para conocer de los actos del Órgano Legislativo, Judicial, Ministerio Público o Tribunal Electoral; y, mediante fallo del 9 de agosto de 2000, declaró la inconstitucionalidad de la frase *“el cual no podrá ser inferior al del año anterior”*, contenida en el artículo 45, y que garantizaba que no hubiera reducciones presupuestarias que pudieran afectar el cabal cumplimiento de las funciones del defensor.

La nominación del Defensor del Pueblo corresponde a la Asamblea Legislativa y se procede por mayoría absoluta de votos. Corresponde al Presidente de la República perfeccionar el nombramiento propuesto por la Asamblea Legislativa (artículo 6, Ley No. 7).

Con el objeto de garantizar la independencia en el ejercicio de sus funciones, la ley ha establecido expresamente que la institución goza de independencia y autonomía funcional, administrativa y financiera para el desempeño de sus funciones (artículo 1, Ley No. 7). Se le otorga al titular de la Defensoría del Pueblo las consideraciones de alta autoridad de Estado (artículo 10, disponiéndose que ninguna autoridad o persona pueda limitar sus actuaciones (artículo 25, Ley No. 7).

Para garantizar la autonomía financiera y la continuidad en el acceso a los recursos la Ley establecía que el presupuesto que se asignare a la Defensoría no podía ser inferior al del año presupuestario anterior, norma que, como ya se señalara en los párrafos precedentes, fue derogada por la Corte Suprema en virtud de sentencia pronunciada el 9 de Agosto del 2000.

En materia de competencias, corresponde a la Defensoría velar por la protección de los derechos humanos mediante el control de los hechos, actos u omisiones de los servidores públicos (artículo 2 y 4.1, Ley No. 7). No podrá, sin embargo, investigar hechos u omisiones del Órgano Legislativo, Judicial, Ministerio Público o Tribunal Electoral, como consecuencia de la derogación del artículo 4.3 de Ley No. 7, resuelta por la Corte Suprema en virtud de sentencia de 12 de diciembre de 1998. Tampoco podrá investigar deficiencias de la Administración de Justicia como consecuencia de la derogación de artículo 23 de la Ley No. 7, resuelta por la Corte Suprema en virtud de sentencia de 12 de febrero de 1998²⁶⁵.

Para el cumplimiento de su mandato se le asignan a la Defensoría las siguientes funciones:

²⁶⁵ <http://www.iidh.ed.cr/Comunidades/Ombudsnet/>

- Función mediadora, a través de la cual la Defensoría está facultada para mediar en los conflictos que se susciten entre administración y particulares cuando haya acuerdo entre las partes de aceptar como válida la mediación que se propone. A través de este mecanismo la Defensoría se ha involucrado en situaciones de violación de derechos humanos cometidas por particulares ampliando el ámbito de su competencia (artículo 4.10, Ley No. 7).
- Función educativa que faculta a la Defensoría para diseñar y adoptar políticas de promoción y divulgación de los derechos humanos (artículo 4.9, Ley No. 7).
- Función investigativa, en ejercicio de la cual la Defensoría, de oficio o a petición de parte, puede investigar actos y omisiones de servidores públicos que impliquen violaciones de derechos humanos (artículo 4.1 y 24, Ley No. 7). También de empresas públicas privadas o mixtas, personas naturales o jurídicas que desarrollen un servicio público; puede, en ejercicio de esta función, inspeccionar cualquier institución incluidas las policiales y psiquiátricas y no puede negársele el acceso a ningún expediente relacionado con la investigación que instruye (artículo 27, Ley No. 7);
- Función de procuraduría, que le permite ejercer acciones populares y recursos de amparo y de garantías constitucionales, así como procedimientos contenciosos administrativos de plena jurisdicción y protección de derechos humanos (artículo 5, Ley No. 7);
- Y función de iniciativa normativa, a través de la cual puede realizar estudios e investigaciones a fin de incorporar el derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno (artículo 4.6, Ley No. 7), y recomendar anteproyectos de ley en materia de su competencia (artículo 4.5, Ley No. 7).

En cuanto a su forma de actuación, las resoluciones de la Defensoría no anulan los actos impugnados, ni suspenden los plazos de ejecución de los mismos (artículo 31, Ley No. 7). En caso de que la Defensoría tome conocimiento de hechos constitutivos de delito, debe ponerlos en conocimiento del Procurador General de la Nación, para poner en marcha el aparato jurisdiccional a través de este mecanismo (artículo 30, Ley No. 7). Puede formular recomendaciones o recordatorios de deberes, o instar a la autoridad administrativa al ejercicio de sus potestades de inspección o sanción (artículo 33, Ley No. 7).

Para garantizar el cumplimiento de estas recomendaciones la ley impone ciertas obligaciones y sanciones a la autoridad o al funcionario, según el caso, que obstaculice la investigación de la Defensoría. Así se dispone que la autoridad o funcionario que obstruya o dificulte dichas investigaciones incurre en responsabilidades administrativas y penales (artículo 28, Ley No. 7). En caso de negativa a colaborar se comunica al superior jerárquico y se califica dicha actuación de actitud hostil. La Defensoría debe hacer públicas estas actuaciones y destacarlas en su informe anual o bien en un informe especial, según las circunstancias lo ameriten (artículo 29, Ley No. 7).

Ante la Defensoría se puede ejercer acciones populares o solicitar su actuación para la interposición de recursos de amparo y de garantías constitucionales, así como procedimientos contenciosos administrativos de plena jurisdicción y protección de derechos humanos. Es decir cualquier persona natural o jurídica puede presentar queja escrita o verbal ante la defensoría, pues existe acción popular para la defensa de los derechos humanos, no es necesario que sea directamente afectado por el hecho que reclama.

Existen oficinas especiales que coadyuvan en la gestión de la Defensoría pública, como es el caso de la Dirección de Asuntos Ecológicos de la Defensoría del Pueblo²⁶⁶ y el Departamento de Asuntos Indígenas.

El Departamento de Asuntos Indígenas fue creado a poco de constituirse la Defensoría bajo la dependencia de la Dirección de Quejas sobre los Derechos Humanos.

Corresponde al Departamento de Asuntos Indígenas atender y constatar la situación de vulneración de derechos humanos que afectan a los Pueblos indígenas. Las acciones más relevantes del Departamento de Asuntos Indígenas son: orientar a las comunidades indígenas, coordinar la acción institucional tendientes a buscar soluciones a la problemática indígena; divulgar las funciones de la Institución; y, enseñar y promover los Derechos Humanos al interior de las Comunidades Indígenas (Defensoría del Pueblo, *Informe Pueblos indígenas*, 2000).

La Dirección de Asuntos Ecológicos de la Defensoría del Pueblo, por su parte, está encargada de atender las peticiones y quejas presentadas por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, incluyendo a los menores de edad y a las personas que estén en Centros de atención psiquiátricas, que estimen que sus derechos humanos a la salud y a un medio ambiente sano y libre de contaminación han sido vulnerados, de conformidad a lo dispuesto en el Capítulo 7º del Régimen Ecológico, del Título III de la Constitución Política de la República de Panamá, en virtud de lo que establece el artículo 2 de la Ley No. 7, que creó la Defensoría del Pueblo.

²⁶⁶ <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/informe2004/5.pdf>

A partir del año 2001 la Defensoría ha puesto en ejecución un Plan Estratégico a través del cual se priorizan y jerarquizan proyectos en distintas áreas temáticas, lo que ha determinado su reestructuración y ha llevado a la conformación de las siguientes direcciones y programas: Dirección de Educación y Promoción de los Derechos Humanos, Dirección de Relaciones Internacionales, Dirección de Orientación y Protección de los Derechos Humanos; Dirección de Relaciones Públicas e Imagen Institucional, Dirección de Asuntos Ecológicos, Unidad de Tesorería, Programa de “Supervisión de los Derechos Humanos de los Privados de Libertad”, Programa “Educación para la Vida en Democracia”, Programa “Solución Pacífica de Conflictos”, “Delegado Especial para la Libertad de Expresión” y la Oficina de Planificación (Defensoría del Pueblo, *Informe Anual 2001- 2002*).

La Defensoría ha instaurado oficinas móviles para cubrir la defensa de los derechos humanos en las zonas interiores del país, donde no tiene oficinas permanentes. Además, se abrieron oficinas regionales en la Provincia de Colón, Veraguas y Los Santos. También se abrieron oficinas de recepción de Quejas en la provincia de Chiriquí. Cabe resaltar la importancia de las oficinas de las provincias de Chiriquí y de Veraguas, por ser estas las provincias en las que se encuentra el territorio de la Comarca *Ngöbe-Buglé*, el pueblo indígena con la población más numerosa y la mayor extensión territorial del país. Dichas oficinas han sido pensadas para atender de manera especial las situaciones cotidianas, individuales y colectivas, que afectan a estas comunidades. No se ha contado, sin embargo, con el apoyo estatal requerido para abrir las oficinas de la Defensoría del Pueblo en la provincia del Darién, especialmente en la Comarca *Embera Wounan*²⁶⁷.

²⁶⁷ Comunicación escrita de James Bernard, Secretario General Defensoría del Pueblo de Panamá, septiembre de 2005.

8.5. La actuación de la Defensoría en materia de derechos de los pueblos indígenas

De acuerdo a la información proporcionada por la Defensoría, la promoción y protección de los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas ha sido una de las tareas importantes de esta institución²⁶⁸. Así, en su Informe Anual 2001-2002 la institución consigna que la violación de derechos humanos de los pueblos indígenas se torna cada vez más compleja, por la falta de presencia gubernamental en los territorios indígenas, muy alejados de los centros urbanos. En el parecer de la Defensoría, la vulnerabilidad jurídica de los pueblos indígenas se vincula a las deficiencias de las políticas públicas y a los vacíos institucionales de la normativa vigente. Advierte la Defensoría una situación sistemática de vulneración de los derechos humanos de los pueblos indígenas lo que se vincula al no reconocimiento pleno “de los principios básicos de existencia y perdurabilidad de los pueblos indígenas, así como la adopción de nuevos principios respecto a los derechos fundamentales de éstos que afectan mayormente la vida cultural y tradicional de los mismos” (Defensoría del Pueblo, *Informe Anual 2001- 2002*: 17).

Los pueblos indígenas, se sostiene, demandan mayor respeto a su diversidad, luchan por la descentralización para impulsar su propio modelo de desarrollo, el fortalecimiento de su gobernabilidad a través del reconocimiento de sus autoridades tradicionales y por la participación. Respondiendo a estos requerimientos la Defensoría ha asumido un compromiso específico con estas “poblaciones”: “...trabajando por el reconocimiento de la dignidad y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y pluralismo de la sociedad ..” (Defensoría del Pueblo, *Informe Anual 2001-2002*:18).

²⁶⁸ Ibid.

Los ejes que han estructurado el accionar de la Defensoría a favor del respeto y promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas son garantizar su “...bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible, así como una entera y libre participación de todos los aspectos de la sociedad..”(Defensoría del Pueblo, *Informe Anual 2001-2002:18*).

La Defensoría, adscribiendo a los principios de igualdad y no discriminación y, al mismo tiempo, reconociendo el valor y la diversidad de las diferentes identidades indígenas, sus culturas y sistemas de organización social, ha impulsado, entre otras, las siguientes acciones a favor de los derechos indígenas:

- Brindar orientación y asesoría a las autoridades de las comunidades para el reconocimiento de sus derechos cuando éstos han resultado vulnerados por la acción indebida de los agentes estatales y los particulares, en este último caso a través de la mediación;
- Examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas;
- Participar en encuentros de carácter consultivo realizados por la Comisión de Asuntos Indígenas del parlamento panameño sobre las propuestas de proyectos de leyes sensitivos a los derechos Indígenas;
- Articular acciones con las comunidades para velar por sus condiciones y formas de vida;

- Exigir a las autoridades el cumplimiento y garantía de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, mediante la concertación con las instancias competentes para obtener una mayor protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas y sobre todo de prevención de la ejecución de las continuas conductas violatorias que amenazan los derechos humanos de las comunidades indígenas.

En el ámbito normativo la Defensoría ha promovido la adopción de leyes que reconozcan los sistemas de organización tradicional indígena como una manera de frenar el deterioro de dichos pueblos (Defensoría del Pueblo, *Informe Anual 2001-2002*). Sobre los megaproyectos se constata que el otorgamiento de contratos de explotación de recursos minerales, madereros e hídricos, entre otros, en territorios indígenas constituye una grave amenaza para el equilibrio ecológico y el medio ambiente indígena, efecto que trasciende a toda la humanidad. La propuesta es promover alternativas de desarrollo equitativas y sustentables que reviertan la situación de pobreza que afecta a los pueblos indígenas y preserve los necesarios equilibrios ecológicos, en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT aún pendiente de ratificación por el Estado panameño. Conjuntamente, los esfuerzos de la Defensoría han estado destinados a “...contribuir a la implementación de una Política Nacional amplia, coherente, integral y de acuerdo a las necesidades e idiosincrasia de los pueblos indígenas..” (Defensoría del Pueblo, Informe Anual 2001-2002:19).

A continuación se hace una descripción y análisis de las principales actividades impulsadas a la fecha por la Defensoría en el ámbito de los derechos indígenas, agrupándolas por funciones que esta desarrolla de acuerdo a su mandato legal:

i. Funciones de investigación y/o de mediación

Como se señalara, la Defensoría tiene la facultad de investigar a petición de parte o de oficio acciones u omisiones de funcionarios públicos que impliquen la violación de los derechos humanos. Las estadísticas de la Defensoría contenidas en el Informe 2001-2002 reflejan una escasa concurrencia de personas indígenas a formular quejas o reclamaciones sobre violaciones a sus derechos. Las razones parecen ser que la base estadística estandariza las quejas por derechos vulnerados y no por recurrentes, y que, además, el estatuto de derechos vulnerados que se considera es el establecido en el texto constitucional como derechos y garantías del hombre y el ciudadano. De esta manera, la práctica de la Defensoría responde más bien a situaciones de violación de derechos de la primera generación de derechos humanos y algunos derechos económicos y sociales, como los derechos laborales y de seguridad social. Al parecer la Defensoría de Panamá también ha establecido un formulario único para el registro de las quejas formuladas.

Conforme a los antecedentes estadísticos los derechos más vulnerados corresponden al ejercicio del derecho de petición (39%), derecho al trabajo (7%) y derecho al debido proceso (6%). Se mantiene la tendencia de que los derechos más vulnerados son el derecho de petición y el derecho al debido proceso, evidenciando una crisis de la institucionalidad estatal –poder ejecutivo y judicial– para atender la demanda ciudadana, que parece ser común a todos los países de la región. También se observa que las quejas por el derecho al trabajo constituyen un número relevante y evidencia las inequidades en el goce de los derechos económicos y sociales, situación que se ha agravado producto de la crisis económico que afecta el país en los últimos años.

La Dirección de Asuntos Ecológicos de la Defensoría, por su parte, en el período comprendido entre el 1 de abril del 2003 y el 31 de abril del 2004, recibió 46 quejas relacionadas con problemas de salud y el ambiente, de forma individual, colectiva, anónima y de oficio; reflejando un aumento en comparación al año anterior. De éstas, el 67% hace referencia a presunta violación a los derechos a la salud, por la contaminación ambiental ocasionada por aguas residuales y por emisión de ruidos; 16% hace referencia a casos de tala y quema; 13% a extracción de minerales no metálicos; y 4% a la afectación ambiental dentro de áreas de reserva indígenas²⁶⁹.

El Defensor ha participado en la investigación y mediación de situaciones de conflictos que afectan a los pueblos indígenas de Panamá, siendo apoyado en esta gestión por el Departamento de Asuntos Indígenas de la Defensoría y por la Dirección de Asuntos Ecológicos de la misma entidad. Las acciones más relevantes de investigación y/o mediación efectuadas por el Defensor del Pueblo en el campo de los derechos indígenas son:

- **Problemas de tenencia de tierras en la Comunidad de Alto Chibrital**

El 2 de agosto de 1998, los representantes de la comunidad *Ngöbe-Buglé* de Alto Chibrital, Corregimiento de Cerro de Casa, Distrito de las Palmas, Provincia de Veraguas, presentó ante la Defensoría una queja, en la que manifestaba ser víctima de desalojo de sus tierras ancestrales el que fue solicitado por don Jorge Elías Montemayor, propietario inscrito de dichos territorios (Defensoría del Pueblo, *Informe Especial Pueblos Indígenas*, 2000).

269 <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/informe2004/5.pdf>.

La queja fue admitida por la Defensoría por Resolución 720ª-98. Para mayor ilustración de la Defensoría se solicitaron informes sobre los hechos que fundaban la presentación, a la Alcaldía del Distrito de las Palmas, Provincia de Veraguas y a la Dirección Regional de Reforma Agraria de la misma Provincia. La Dirección Regional de Reforma Agraria respondió al requerimiento informando²⁷⁰ que el 19 de octubre de 1994 representantes de la Comunidad Alto Chibrital formalizaron queja contra el mismo señor Montemayor, antes individualizado, por los daños causados en propiedades indígenas a causa de la utilización de herbicidas, colocación de ganado y maquinaria agrícola (Informe Especial Defensoría 2000).

Sobre las gestiones realizadas, la Dirección Regional de Reforma Agraria informó que se habían efectuado las siguientes:

- Citación al recurrido Jorge Elías Montemayor con el objeto de acreditar la propiedad de los terrenos donde se suscitaban los conflictos. Habiéndose constatado que el área de conflicto correspondía a la Finca “La Sabaneta”, de propiedad de Josefina Ábrego de Sotomayor, inscrita con el número 9.728, Tomo 1.111, Folio 80, en la sección de Propiedad del Registro Público, adquirida por herencia por Jorge Elías Sotomayor, cuya superficie es de 111 hectáreas y 7.900 metros cuadrados.
- Constitución *in situ* de una Comisión integrada por el Gobernador de la Provincia de Veraguas y funcionarios del Ministerio de Educación, del Ministerio de Obras Públicas, del Ministerio de Vivienda, del Ministerio de Planificación y Política Económica (hoy Ministerio de

270 Nota N° DRAV-394 de 1998.

Economía y Finanzas), de la Policía Nacional y de la Dirección de Catastro Rural del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, cuya misión era constatar si los terrenos indígenas se encontraban dentro de los deslindes de la Finca privada “La Sabaneta” (Defensoría del Pueblo, Informe Especial Pueblos Indígenas, 2000).

El informe de la Dirección de Reforma Agraria concluye que, habiéndose constatado la propiedad inscrita de los terrenos en disputa a favor de particulares, se determinó que el asunto escapaba a la competencia de la Dirección de Reforma Agraria y se abogó por buscar un mecanismo de entendimiento pacífico entre las partes, sugiriéndose la cesión de una cantidad justa de terrenos para transferir a las comunidades indígenas las que deberían ser segregadas de la Finca.

Estas gestiones para la resolución pacífica de la controversia no prosperaron.

El informe anterior fue complementado, a petición de la Defensoría, con la siguiente documentación:

- Historia de la constitución de la propiedad particular en la Finca “La Sabaneta” y especificación de los deslindes inscritos de la misma.
- Copia Plano N° 33-3585, denominado “La Sabaneta”, aprobado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro (hoy Ministerio de Economía y Finanzas) el 19 de octubre de 1962, donde consta la superficie del predio correspondiente a 111 hectáreas y 7.900 metros cuadrados.
- Copia del Croquis N° 9-842, elaborado por la Dirección de Catastro Rural del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, en octubre de 1994 (Defensoría del Pueblo, Informe Especial Pueblos Indígenas, 2000).

A través de las investigaciones se constató que los funcionarios de la Dirección de Catastro Rural de la Reforma Agraria en conjunto con la Dirección de Política Indigenista del Ministerio de Gobierno y Justicia habían iniciado las labores de levantamiento del polígono ocupado por las comunidades indígenas y que el proceso no estaba finalizado.

Según lo informado por la Defensoría, el día 23 de marzo de 1999 tuvo lugar la primera reunión a la que asistieron todas las partes interesadas y que contó con la presencia del Gobernador de la Provincia de Veraguas, los Dirigentes de la Comunidad de Alto Chibrital, propietarios ancestrales de las tierras y el Sr. Jorge Elías Montemayor, propietario inscrito de los terrenos disputados. El objetivo de la reunión era conocer la postura de las partes e indagar sobre posibles líneas de conciliación. En dicha oportunidad fue planteado por el propietario su disposición a ceder 4 hectáreas a las comunidades indígenas, lo que fue rechazado por los dirigentes.

Posteriormente, se procedió a la mensura de los terrenos ocupados tarea que estuvo a cargo de la Dirección de Catastro Rural de la Reforma Agraria, pero donde participó como garante la Defensoría. La mensura concluyó el 8 de abril de 1999, y ha sido relevada por la Defensoría como un hito trascendental en su gestión toda vez que, con anterioridad, no había sido posible concluir con éxito esta gestión y menos contar con la participación de todas las partes, incluido el particular.

En base a los antecedentes recabados y a las mensuras efectuadas se plantearon las siguientes propuestas de conciliación²⁷¹:

271 Reunión, 28 de diciembre de 1999, Hotel Camino Real, ciudad de Santiago, Provincia de Veraguas.

- Propuesta del Defensor: Negociar con el particular la transferencia de 8 hectáreas dentro de las tierras que ocupan las comunidades indígenas al interior de la Finca “La Sabaneta” y gestionar ante el gobierno la titulación de unos terrenos fiscales que se encuentran en una faja lateral adyacente a las zonas que ocupa la comunidad de Alto de Chibrital.
- Propuesta del Señor Jorge Elías Montemayor: Ceder un máximo de 4 hectáreas dentro de las tierras que ocupan las comunidades indígenas al interior de la Finca “La Sabaneta”, condicionado a la ubicación de un asentamiento de viviendas, debidamente programado y lotificado a razón de mil metros cuadrados para cada una de las 35 familias que ocupan el área de conflicto.
- Propuesta de las comunidades indígenas: Cesión de 16 hectáreas dentro de las tierras que corresponden a las tierras que ocupan las comunidades indígenas al interior de la Finca “La Sabaneta”. Gestionar ante el Estado la compra de la Finca “La Sabaneta” y asignar la tierra a las comunidades indígenas y campesinos del área en una proporción de 50% para cada grupo. En caso de no prosperar estas acciones las comunidades sugirieron que el estado comprara 18 hectáreas de la Finca “La Sabaneta” para asignarlas a las comunidades indígenas.

Finalmente no hubo acuerdo. No obstante, se relevan como logros la mensura de las tierras en conflicto y el acercamiento entre las partes, lo que evitó el inminente desalojo de las comunidades (Defensoría del Pueblo, Informe Especial Pueblos Indígenas, 2000).

- Proyecto hidroeléctrico Tabasará

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 informó²⁷² 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.

La Autoridad Nacional del Medio Ambiente²⁷³ informó que el proyecto contaba con dos fase, 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

272 Nota N° D.P.E.R.-803, de 25 de abril de 2000.

273 Nota N° AG-09906-2000, de 24 de abril del 2000.

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 nacional²⁷⁴, 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 expuesto 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 indígenas, 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 quién incluso lideró algunas marchas.

Como resultado de estas movilizaciones, tuvo lugar una reunión en donde el Gobierno, representado por el Vice-ministro de Gobierno y Justicia, asumió el compromiso de

274 22 y 24 de octubre de 1999.

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 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).

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.

- **Cuestionamientos a la Ley N° 10 de 1997 que crea la Comarca Ngöbe-Buglé**

La Defensoría recibió una queja de la comunidad *Ngöbe-Buglé* de Cerro Pelado, denunciando la lentitud de las autoridades de Reforma Agraria en la investigación de problemas relacionados con la tenencia de la tierra y manifestando que se les había impuesto la Ley de 10 de marzo de 1997, normativa que no contempla todas las aspiraciones del pueblo *Ngöbe-Buglé*.

Admitida la queja se solicitó informe a la Alcaldía del Distrito de Las Palmas, Provincia de Veraguas, al Ministerio de Desarrollo Agropecuario, a la Presidencia de la República y a la Junta Comunal del Corregimiento de El Piro.

Las autoridades requeridas en general no respondieron y el Ministro de Desarrollo Agropecuario respondió que en dicha entidad no constaba queja alguna de parte de los recurrentes y que tampoco constaba que éstos hubieran procedido al depósito de los recursos necesarios para que la Dirección Regional de Reforma Agraria efectúe una visita ocular a la zona de conflicto, como lo establece la norma de procedimiento que rige en la materia.

Frente a estas circunstancias, la Defensoría se limitó a consignar:

En esta queja podemos notar que la voluntad política de diversos funcionarios públicos es negarse a responder con responsabilidad y esmero, los cuestionamientos de los Pueblos indígenas. Como Defensor del Pueblo hemos observado que es práctica habitual eludir referirse a los temas planteados por los quejosos. Por tal razón, somos de la opinión que la falta de respuesta generó más dudas,

sobre la actuación de dichos funcionarios públicos. La respuesta clara y oportuna, hubiera podido, no sólo despejar las dudas e incógnitas, sino que hubiese ayudado a que estuviéramos seguros de las transparencias de sus actuaciones (Defensoría del Pueblo, Informe Especial Pueblos Indígenas, 2000: 78).

En este mismo sentido, con fecha 13 de septiembre de 1998, se recibió una queja de la comunidad Indígena de Trinidad, ex Corregimiento del Piro, Distrito de Las Palmas, provincia de Veraguas. En dicho reclamo se planteaba que la Ley 10 del 7 de marzo de 1997 que creó la Comarca *Ngöbe-Buglé* produjo divisiones internas entre los *Ngöbe-Buglé* y denunciaron actuaciones arbitrarias de diversos agentes del Estado en hacer operativos los recursos destinados a la Comarca. El Defensor inició una investigación tendiente a esclarecer los hechos denunciados sin lograr mayores resultados.

- Tala y quema por colonos en tierras de la Comarca Kuna de Madungandí

Queja presentada por el Consejo General *Kuna* de *Madungandí*²⁷⁵, que manifiesta que los colonos han efectuado talas dentro de las áreas que comprende la Comarca *Kuna* de *Madugandí*, con fines agrícolas sin autorización, vulnerando su derecho a un medio ambiente sano y derecho colectivo de la tierra.

Los peticionarios denuncian que entre las personas involucradas en las talas y quemas llevadas a cabo dentro de la Comarca se encuentran el señor Alcibíades Batista, quien reside en el área de Tortí abajo, quien ha talado 10 hectáreas;

275 Actuaciones Dirección de Asuntos Ecológicos: Queja No. 408-03.

el padre Pablo Kusoboski quien alquila equipo pesado a los colonos que trabajan en la Comarca; la familia Murillo, en el Nuevo sector de Viejo Pedro, el señor Julio González, sector Río Seco, Señor Enrique Vargas Zuguganti, en el sector Icañdí.

La Defensoría solicitó información referente a la queja a la Autoridad Nacional del Ambiente, la que informó que el día 11 de abril del 2003 recibió la denuncia sobre invasión de tierras tala de montaña y quema en el territorio de la Comarca.

Las acciones realizadas por la Autoridad Nacional del Ambiente para investigar los hechos denunciados fueron las siguientes:

- El 19 de marzo de 2003, el señor Emiliano González, Jefe de Agencia de ANAM en Tortí, inspeccionó el área de Tortí Abajo y verificó que el Señor Irineo Batista había realizado tala de rastrojo dentro de la comarca. El señor Batista fue sancionado por talar y quemar 2 hectáreas de bosques secundarios sin contar con el permiso de la ANAM.
- El padre Kusobosky fue consultado sobre su participación en los hechos denunciados y negó que haya realizado trabajos de construcción de caminos en territorio de la comarca y que tampoco ha alquilado su equipo pesado para hacer trabajo dentro de la comarca.

Consigna la defensoría que la dirigencia indígena tiene más de 10 años confrontando problemas limítrofes en la Comarca *Madungandí*, en los sectores de Curtí, Loma Bonita, Wuacuco y Tortí Abajo. Los conflictos se han producido a consecuencia que los colonos inmigrantes no quieren respetar la trocha establecida como límite de la comarca que los indígenas mantienen y limpian periódicamente. Además, los

colonos se han establecido en estas áreas ignorando los límites establecidos. Las acciones por parte de los colonos es conocida por el Ministerio de Gobierno y Justicia, la Gobernación de Panamá, Alcaldía de Chepo y Reforma Agraria (Defensoría del Pueblo, 2004).

Las autoridades gubernamentales han realizado censos de población y algunos estudios sobre tenencia de la tierra en los territorios disputados. El Ministerio de Gobierno y Justicia, informa la Defensoría, evalúa los antecedentes recabados para proceder a realizar los desalojos necesarios de aquellos que ocupan ilegalmente la comarca (Defensoría del Pueblo, 2004).

Como medida preventiva la Autoridad Ambiental (ANAM), colabora con la Dirección Nacional de Política Indigenista del Ministerio de Gobierno y Justicia, Ministerio de Desarrollo Agropecuario, Gobiernos Locales y la Gobernación para frenar invasiones de inmigrantes al interior de las Comarcas Indígenas (Defensoría del Pueblo, 2004).

Informaciones de la Defensoría dan cuenta que en mayo del 2005, el Programa de Solución Pacífica de Conflictos, acudió a la Comarca Madugandí para participar en una reunión con autoridades indígenas y diferentes instituciones gubernamentales, en atención al descontento de los moradores de la comunidad por la continuidad de la invasión de sus territorios por parte de campesinos, así como por la tala ilegal de árboles.

En su intervención, la Defensoría recomendó el diálogo y la negociación entre las partes incluyendo también al Estado, para alcanzar una solución sin violencia y que resuelva el problema territorial.

A solicitud de la Defensoría del Pueblo, los funcionarios de la Dirección de Política Indigenista del Ministerio de

Gobierno y Justicia y la Gobernación de Panamá, se comprometieron a convocar una reunión urgente a los miembros de la Comisión de Límites para organizar el trabajo de campo²⁷⁶.

Hasta la fecha, sin embargo, persiste la invasión ilegal de Colonos en la Comarca Madungandí. El caso está en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la fase de arreglo amistoso, sin embargo, no se observa interés por parte del gobierno de resolver en forma amistosa el asunto, lo que se expresa en la existencia de ninguna señal de las autoridades gubernamentales en tal sentido (Valiente, 2005).

- **Conflictos de tierras de *embera wounaan* con colonos**

Un grupo de indígenas de *wounaan* de Chepo-Chimán, acudió a la Defensoría del Pueblo solicitando la atención a sus reclamaciones sobre la legalización de sus tierras. Se trata de tierras que habitan desde hace 50 años que como consecuencia de la presencia de colonos procedentes de la región de Azuero han sido invadidas y deforestadas.

El grupo fue atendido por el Defensor del Pueblo Encargado, quien constató el enfrentamiento registrado entre colonos e indígenas, evidenciando la necesidad de que el Estado preste una especial atención a la solución a este problema.

En junio de 2002, la Defensoría del Pueblo admitió la queja de los *wounaan*, quienes aseguraron que durante los últimos 15 años se ha realizado una tala indiscriminada en más de 100 hectáreas de terreno, por parte de los invasores.

²⁷⁶ Comunicación escrita de James Bernard, Defensoría, septiembre de 2005, en base a antecedentes extraídos de www.defensoria.gob.pa/Actividades

En esa misma fecha, el Defensor del Pueblo, Sr. Tejada Espino, solicitó al Ministerio de Gobierno y Justicia un informe de la situación presentada por los indígenas señalando: “Señalan los solicitantes (indígenas) que el Ministerio de Gobierno y Justicia, la Autoridad Nacional de Ambiente (ANAM), Reforma Agraria y la Gobernación de Panamá prometieron elaborar una resolución que pondría fin a la tala indiscriminada y se procedería al desalojo de los invasores, no obstante, no han cumplido su promesa”.

La Defensoría reiteró el 12 de marzo de 2004 una nota donde ponía en conocimiento de las autoridades del Ministerio de Gobierno y Justicia que el problema de las invasiones y talas se había incrementado. Las comunidades requerían al Estado para que este interviniera oportunamente en la solución del conflicto.

El Defensor del Pueblo encargado, Sr. Vargas, expresó que la Defensoría del Pueblo le dio al Estado una “alerta temprana”, señalando: “Muy probablemente la intervención del Estado hubiese evitado los lamentables episodios que fueron difundidos por los medios de comunicación; esperamos que la respuesta que se brinde, además de ser permanente y duradera traiga consigo la armonía y la paz en esta comunidad”.

Los *wounaan* reiteraron ante la Defensoría su posición de resolver pacíficamente el conflicto, por lo que aseguraron aspirar a solamente una porción de tierra legalizada donde vivir conservando sus tradiciones políticas, sociales y culturales²⁷⁷.

277 Ibid.

- **Mediación entre campesinos e indígenas en la Provincia de Darién**

Luego de varias reuniones de trabajo y tras la mediación de la Defensoría del Pueblo, moradores de Arimaé, Emberá Purú y Vista Alegre en la provincia de Darién lograron firmar un acuerdo que pone fin a una disputa de tierras que data de hace 20 años.

El acuerdo fue firmado en presencia del Defensor del Pueblo, Juan Antonio Tejada Espino, y la Directora de Política Indigenista del Ministerio de Gobierno y Justicia, Marianela Martinelli; así como asesores de la Comisión de Asuntos Indígenas de la Asamblea Legislativa en mayo de 2003.

En dicho acuerdo se reconoce los justos derechos de los diferentes grupos que habitan en esta región, entre ellos colonos, campesinos e indígenas.

La mediación de la Defensoría del Pueblo en este conflicto se realizó a través del Programa de Solución Pacífica de Conflictos, a cargo de Hermel Rodríguez, quien logró consensar en poco tiempo las aspiraciones de las poblaciones, las cuales también mostraron la disponibilidad de resolver este conflicto de vieja data²⁷⁸.

- **Informes temáticos**

Como parte de la labor de investigación, el Defensor elabora informes temáticos que permiten documentar en detalle situaciones de violación de derechos humanos que han adquirido niveles de notoriedad. Estos informes temáticos

²⁷⁸ Comunicación escrita de James Bernard, Defensoría, septiembre de 2005, en base a antecedentes extraídos de www.defensoria.gob.pa/Actividades

permiten hacer visibles los casos de violación de derechos de gran impacto, generar conciencia en la población y rectificar conductas de la administración que resulten lesiva a estos derechos, sobre todo cuando evidencian una práctica sistemática de violación por parte de los poderes del Estado.

La Defensoría ha elaborado tres informes temáticos que directa o indirectamente conciernen a los derechos indígenas:

- Informe Especial de los Estudios de Impacto Ambiental de los Proyectos Hidroeléctricos Tabasará N° 1 y N° 2, septiembre del 2000.
- Informe Especial contra el Racismo, septiembre del 2000.
- Informe Especial sobre la situación de los Pueblos Indígenas en la República de Panamá, diciembre del 2000.

Cabe hacer presente que el contenido de estos informes dan cuenta de los casos que latamente hemos detallado en este informe y, por lo mismo, no serán referidos nuevamente en este acápite.

ii. Función de promoción, difusión y educación

Según lo señalado por la Defensoría en su Informe Especial sobre Pueblos indígenas (2000), el Defensor y los funcionarios bajo su jefatura han realizado gira a las comunidades indígenas y campesinas para promocionar los derechos humanos. En dichas giras han distribuidos material educativo destinado fundamentalmente a la implementación de escuelas primaria.

A partir del 2001 se ha intensificado la labor promocional de los derechos indígenas por parte de la Defensoría, incluyendo entre otras actividades en este ámbito, las siguientes:

- Actividades impulsadas junto a UNICEF a partir del 2003 en las provincias de Bocas del Toro y Chiriquí en el marco del proyecto “derecho a la nacionalidad” para promover el derecho a la identidad de los niños y niñas indígenas de las áreas fronterizas.
- Participación en la convocatoria a reunión para la creación de la Red de *Ombudsman* del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos sobre Pueblos Indígenas realizada en Panamá en diciembre de 2003.
- Acciones conjuntas desarrolladas con la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica y dirigentes indígenas para abordar los problemas socio-económicos y de derechos humanos de las comunidades indígenas *Ngöbe-Buglé* de la zona fronteriza entre Panamá y Costa Rica.
- Y capacitación de mujeres indígenas del pueblo *kuna* sobre sus derechos junto a la Coordinadora Nacional de Mujeres Indígenas (2005)²⁷⁹.

En materia de promoción del derecho consuetudinario y acceso justicia no se observan grandes avances por parte de la defensoría. Ninguno de los informes de la Defensoría hace mención expresa a la promoción del derecho consuetudinario y tampoco validan los mecanismos utilizados por los pueblos indígenas y sus comunidades para resolver sus conflictos.

279 De acuerdo a investigaciones adelantadas por la Defensoría del Pueblo en el año 2000, se calcula que para ese año existieron cerca de 15 mil niños y niñas, nacidos en las áreas indígenas y campesinas de la zona fronteriza con Costa Rica, que no han sido registrados debidamente por diversas razones; vulnerando el derecho a la identidad (nombre y nacionalidad) al que tiene derecho la niñez desde el momento del nacimiento. No hay estimaciones ni un registro estadístico oficial sobre esta situación en la zona fronteriza con Colombia. En Comunicación escrita de James Bernard, Defensoría, septiembre de 2005, en base a antecedentes extraídos de www.defensoria.gob.pa/Actividades

La única acción de la Defensoría en el ámbito de acceso a la justicia se traduce en su participación en la Comisión de Estado por la justicia, a través de la cual se promueven reformas al sistema judicial panameño, que insten por su modernización y la incorporación de principios tutelares que den más garantías a los intereses ciudadanos. En esta Comisión no se consigna expresamente la participación indígena, si de las organizaciones afro-panameñas que han presentado una propuesta, con el objeto que el proyecto incorpore los principios de igualdad y no discriminación en razón de raza u origen étnico (<http://www.defesoriadelpueblo.gob.pa>).

iii. Función de iniciativa legislativa

Una de las funciones que ha desarrollado la Defensoría en esta materia es en relación con la promoción de iniciativas de reforma del ordenamiento jurídico panameño con miras a lograr un mayor reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Así la Defensoría ha desarrollado a lo largo de los últimos años diversas actividades con miras a respaldar la ratificación por el Estado panameño del Convenio 169 de la OIT. Tales actividades incluyen mesas redondas, conversatorios, exhortaciones a la Asamblea Legislativa y al Estado panameño en general y otras a objeto de obtener dicha ratificación, sin obtener resultados positivos a la fecha.

Otras iniciativas legislativas respaldadas por la Defensoría a favor de los derechos de los pueblos indígenas que deben ser destacadas y valoradas incluyen su participación el 2003 en la Comisión de Asuntos Indígenas de la Asamblea Legislativa en las discusiones de primer debate del Proyecto de Ley 44 por medio del cual se crea la Comarca *Naso Tjer Di*, ubicada en el Distrito de Changuinola en la provincia de Bocas del Toro; y la presentación a la Asamblea Legislativa junto al

Foro Panameño el 2004 del anteproyecto de ley “Por la Igualdad de Oportunidades de Acceso al Mercado Laboral en Panamá”, iniciativa que tiene como objetivo procurar una legislación que prohíba cualquier acto que denote alguna discriminación, exclusión, restricción o preferencia basada en el color, raza, sexo, edad, religión o clase social, entre otros²⁸⁰.

8.6. Análisis crítico y recomendaciones

Las normas regulatorias de la Defensoría del Pueblo así como aquellas que reconocen derechos a los pueblos indígenas el país dan cuenta de la existencia de un estatuto jurídico adecuado a los estándares más elevados de reconocimiento y protección de los derechos indígenas.

Si bien es cierto la Constitución Política de la República de Panamá, reformada el 2004, está lejos de ser la más avanzada de la región en materia de reconocimiento de derechos indígenas, las leyes complementarias de la misma y sus respectivas cartas orgánicas han avanzado en el reconocimiento de estos derechos. Las leyes que crean las Comarcas Indígenas y sus respectivas cartas orgánicas han reconocido a las autoridades tradicionales indígenas, les han otorgado facultades jurisdiccionales para la administración de justicia en base al derecho consuetudinario y para la administración de los recursos naturales y la administración de justicia. Se han reconocido derechos territoriales, derechos a la tierra y los recursos naturales, incluidos los del subsuelo y, en general, se han establecido normas tendientes a proteger y preservar las particularidades culturales de los pueblos indígenas, su territorios y ecosistemas.

280 *Ibid.*

Por su parte, las normas regulatorias de la Defensoría innovan respecto a otras normativas en aspectos fundamentales. En el ámbito de sus competencias, otorgan facultades al Defensor para conciliar asuntos en los que están involucrados la administración y particulares, abriendo su acción a situaciones en que los derechos son vulnerados por particulares y no sólo por agentes del Estado, lo que suele ser frecuente en los territorios indígenas. Además, faculta al Defensor para accionar judicialmente en defensa de los derechos humanos, permitiéndole ejercer acciones populares, recursos de amparo de garantías constitucionales y accionar procedimientos contenciosos-administrativos. Sin embargo, la práctica ha demostrado que estos estándares no se han traducido necesariamente en una mayor protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas de Panamá.

El Estado ha propiciado acciones tendientes a debilitar la institucionalidad de la Defensoría a través de restringir su competencia y reducir las partidas presupuestaria asignadas a la institución. Además, la práctica de las autoridades del Estado no ha sido coadyuvar a la gestión del *Ombudsman*, sino por el contrario dar respuestas evasivas o lisa y llanamente no responder a sus requerimientos.

En este sentido debe señalarse que la sentencia de la Corte Suprema a través de la cual deroga algunos artículos de la Ley que crea el *Ombudsman* y restringe su competencia impidiéndole accionar contra el Poder Legislativo, Poder Judicial, al Ministerio Público, es extremadamente grave. Evidencia una práctica a través de la cual el máximo tribunal suplanta una atribución soberana del Poder Legislativo y lesiona los derechos de la ciudadanía atribuyéndose la facultad de modificar un cuerpo legal para sustraer a estos poderes del Estado de su esfera de acción.

Los antecedentes estadísticos proporcionados por la Defensoría dan cuenta que los casos de violación del derecho al debido proceso representan un porcentaje no menor del total de quejas formulados, el que en el período 2001-2002 fue del 6%. La estadística demuestra que se ha producido una situación de indefensión de la ciudadanía como consecuencia directa de la decisión del máximo tribunal de impedir el accionar de la Defensoría contra el Poder Judicial y el Ministerio Público.

El Defensor del Pueblo, por su parte, carece de facultades coercitivas para imponer sus recomendaciones a las instituciones del Estado y, por tanto, al igual que en otros contextos de la región, estas tienen más fuerza moral que jurídica. En uno de los casos examinados concerniente a derechos indígenas, el Defensor aplicó la sanción moral de declararlo “funcionario hostil y entorpecedor” en virtud de su negligente e insuficiente colaboración en relación a la queja presentada. No existen antecedentes que permitan determinar la efectividad jurídica de esta sanción, en términos de haber propiciado una rectificación de conducta de parte de la autoridad sancionada y, menos aún, respecto al restablecimiento de los derechos vulnerados²⁸¹.

Tal vez el caso en que ha tenido un mejor manejo por parte de la Defensoría es aquel que hemos consignado como “Problemas de Tenencia de Tierras en la Comunidad de Alto Chibrital”, donde esta entidad propició una mesa de concertación que contó con la participación de todos los involucrados y que permitió al menos demarcar el territorio indígena ocupado y evitar el inminente desalojo de las comunidades afectadas.

281 Queja contra la Autoridad Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre por la negativa a otorgar certificado de operación de ruta de transporte colectivo tramo Buenos Aires-Santiago. Resolución 730 c-00-2000 (Defensoría del Pueblo, *Informe Especial*, 2000).

Las limitaciones presupuestarias de la Defensoría del Pueblo de Panamá parecen afectar también su trabajo en la promoción y defensa de los derechos humanos e indígenas. Según un informe elaborado por la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA, 2001), las dificultades de la Defensoría en este período estaban asociadas a las restricciones presupuestarias que reducían su accionar a una sola oficina central en la provincia de Panamá. Según señalaba CODEHUCA, en la discusión presupuestaria para el año 2001 hubo sectores que presionaron para disminuir el presupuesto de la Defensoría, lo que motivó que el Defensor y los funcionarios bajo su dependencia se manifestaran en la calles y ante la Asamblea Legislativa para garantizar el presupuesto necesario para su funcionamiento (CODEHUCA, 2001).

No todos los sectores compartían esta apreciación, ya que hubo quienes sostenían que los recursos de la Defensoría eran suficientes porque provienen tanto del presupuesto nacional como de la cooperación Internacional (González/ CODEHUCA, 2001).

Lo cierto es que la tendencia no ha sido el fortalecimiento de la institución, sino por el contrario, su debilitamiento al no existir ni compromiso político ni resguardos legales para evitar restricciones presupuestarias. En esta línea la Corte Suprema, mediante fallo del 9 de agosto de 2000, declaró la inconstitucionalidad de la frase que aludiendo al presupuesto determinaba que éste "... no podrá ser inferior al del año anterior", establecida en artículo 45, de la Ley.

Para la ciudadanía, la debilidad principal radicaba en el carácter limitado de la Defensoría para la solución de los problemas sometidos a su consideración. En efecto, la Defensoría fue limitada en su competencia por la Corte Suprema de Justicia, entidad que en ejercicio de sus funciones de salva-

guarda de la Constitución Política, declaró inconstitucional el numeral 3 de artículo 4 de la Ley 7 del 5 de febrero de 1997 mediante fallo de 12 de febrero de 1998 por medio del cual deja fuera del accionar del Defensor al Poder Legislativo, Poder Judicial, al Ministerio Público.

Algunas de las percepciones recabadas en esa etapa de la vida de la Defensoría en las organizaciones de derechos humanos sobre el quehacer de la Defensoría no fueron positivas²⁸². CODEHUCA realizó una consulta de percepción a nivel de la sociedad civil organizada y algunas instancias públicas las que coincidieron con lo señalado precedentemente. Los consultados manifestaron que la entidad carecía de autonomía política²⁸³, poseía un marco normativo inadecuado e insuficiente²⁸⁴, constituía una entidad alejada de los problemas, a la que le faltaba contacto con la sociedad civil y, en particular, con los organismos en pro de la defensa de los derechos humanos²⁸⁵, y requería ser más dinamizadora de la agenda de los derechos humanos en Panamá²⁸⁶ (CODEHUCA, 2001).

Es importante consignar que a nivel de conclusiones fue establecido que la situación de recesión económica que enfrenta Panamá ha afectado significativamente el pleno goce

282 Justino González, de Asistencia Legal Alternativa de Panamá manifestó que “En Panamá, una institución como la Defensoría del Pueblo, con tantos recursos y expectativas, es poco el trabajo efectivo que han realizado en materia de Derechos Humanos. Lo principal es que ninguna de las dos figuras (Antinori y Tejada) han trabajado el tema de los Derechos Humanos. No entienden lo que son las necesidades concretas de la población. No han definido una línea de trabajo que convierta a la institución en Defensora de los Derechos Humanos” (CODEHUCA, 2001: 70).

283 Fidel Torres, Instituto de Estudios Nacionales (IDEN).

284 Leandro Ávila, Federación Nacional de Servidores Públicos (FENASEP).

285 Nereida Ruiz, Nueva Identidad.

286 Conrado Sanjur, Coordinadora Popular de Derechos Humanos de Panamá (COPDEHUPA).

de los derechos humanos, sobre todos de los derechos económicos, sociales y culturales, y que la Defensoría no ha enfrentado adecuadamente esta situación.

El mismo estudio señalaba que el accionar personalista del primer Defensor Ítalo Antinnori, coadyuvó a un aislamiento entre la Defensoría y la sociedad civil. De acuerdo al mismo estudio, la sociedad civil valoraba los esfuerzos de la nueva gestión encabezada por Juan Tejada por romper esta brecha.

El estudio concluía que hecha la evaluación a cuatro años de haberse constituido la Defensoría se observaba que ésta “...presenta una imagen de institución no consolidada con serias limitaciones para la solución de conflictos con el Estado y una débil incidencia en el trabajo de Derechos Humanos local” (CODEHUCA, 2001: 70).

Para superar esta situación se recomendaba promover el diálogo entre la Defensoría y la sociedad civil, particularmente con aquellas instituciones que trabajan en el campo de los derechos humanos y, al mismo tiempo, instar por una reforma legal que otorgue más independencia al Defensor respecto del Poder Legislativo (CODEHUCA, 2001).

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, cabe valorar los esfuerzos desarrollados en este campo por la Defensoría, en particular a partir del 2001, a través de la investigación de situaciones violatorias de tales derechos como las señaladas en este informe, en materia de promoción y socialización de los mismos derechos a los pueblos indígenas y la sociedad panameña en general, así como el materia de respaldo a iniciativas para su reconocimiento y protección legal.

Algunos analistas indígenas, sin embargo, constatan que no ha existido en la Defensoría una estrategia específica destinada a la promoción de estos derechos. La Defensoría, de acuerdo a esta visión, ha participado de forma puntual en los casos que involucran intereses indígenas, sin conocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y, menos, de sus particularidades culturales (Valiente, 2005).

Buenas prácticas

Con todo, cabe destacar algunas de las acciones impulsadas por la Defensoría en favor de los derechos indígenas por su importancia para los pueblos indígenas de Panamá, así como por la significación que pueden tener para otros *Ombudsman* en América Latina. Entre estas se identifican las siguientes:

- La investigación desarrollada con miras a resolver problemas de tierras en la comunidad de Alto Chibrital que, si bien no prosperó, permitió la mensura de las tierras en conflicto, otorgando algún grado de certeza jurídica respecto de los derechos involucrados, y propiciando el acercamiento entre las partes y evitando el inminente desalojo de las comunidades.
- La investigación realizada en relación a los derechos de comunidades indígenas afectadas por el proyecto hidroeléctrica Tabasará N° 2, que determinó que, al menos transitoriamente, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, suspendiera los efectos de la resolución ambiental que autorizaba la ejecución del proyecto. El fallo del máximo tribunal, como se ha señalado, se sustentó en lo dispuesto por el título VII de la Ley General del Medio Ambiente sobre Pueblos Indígenas y Comarcas Indígenas, que

establecía la exigencia de efectuar un estudio de impacto ambiental y recabar el consentimiento previo de los pueblos indígenas para ejecutar proyectos en sus territorios.

- La labor de promoción de derechos humanos desarrollada por la Defensoría, en particular aquella impulsada junto al Defensor de los Habitantes de Costa Rica a favor de la población *Ngöbe-Buglé* que habita en sectores fronterizos de ambos Estados;
- Los esfuerzos desarrollados con miras a obtener la ratificación por el Estado panameño del Convenio 169 de la OIT y la aprobación de otras iniciativas legales a favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas;
- Y los informes específicos y generales sobre los derechos de los pueblos indígenas en Panamá elaborados por la Defensoría.

Vacíos u obstáculos

Uno de los principales obstáculos que ha enfrentado la Defensoría del Pueblo de Panamá es en relación con acciones propiciadas por otros poderes del Estado, que lejos de consolidar la institución han tendido a fragilizar sus bases normativas. Estas acciones han limitado la efectividad de la Defensoría en la defensa y promoción de los derechos humanos en general y de los derechos indígenas en particular.

La primera obstrucción que enfrentó la institución fue la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de diversos artículos de la Ley Orgánica de la Defensoría. La Corte Suprema, como se ha señalado, limitó la competencia de la Defensoría, impidiendo que

conociera de actos ilegales y/o arbitrarios que emanen de los órganos legislativo, judicial y tribunal constitucional, a pesar de que es un hecho incuestionable que las principales dificultades que enfrentan los ciudadanos tienen relación con las dificultades de acceso a la justicia, el pleno ejercicio del derecho de petición ante los entes de gobierno, la vulneración del derecho al debido proceso y en general, las falencias derivadas del no ejercicio de la iniciativa ciudadana para propiciar modificaciones legales que consoliden la democracia y garanticen los derechos de los ciudadanos frente a los abusos de la administración.

Estas falencias quedaban cubiertas con los artículos de la Ley Orgánica de la Defensoría, que otorgaban competencia a la entidad no sólo para conocer de los actos arbitrarios u omisiones cometidas por el poder ejecutivo, sino que permitía defender a los ciudadanos de eventuales abusos cometidos por el poder judicial y/o legislativo.

Lo propio ocurre con la jurisprudencia sentada por el máximo tribunal que declaró inconstitucional el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Defensoría, y que contenía una norma tendiente a evitar la disminución de la partida presupuestaria. Como consecuencia de este fallo, la Corte Suprema ha permitido que los opositores políticos de la Defensoría comprometan la acción del organismo por la vía de reducir su presupuesto.

A lo expuesto, se suma acciones propiciadas por el poder legislativo que han modificado normas sustantivas de reconocimiento de derechos indígenas, y que han terminado revocando acciones de protección propiciadas por la Defensoría en su favor. Este es el caso de la Ley N° 15 del año 2001 que modificó la Ley 10 de 1997, que establecía la exigencia de efectuar un estudio de impacto ambiental y reca-

bar el consentimiento previo de los pueblos indígenas para ejecutar proyectos en sus territorios y en la cual se sustentó el accionar de la Defensoría a favor de las comunidades indígenas afectadas por el proyectos Tabasará N° 2. Conforme a la Ley 15 del 2001, estas exigencias sólo son necesarias cuando el proyecto se emplaza íntegramente en territorio indígena, razón por la cual el fallo que suspendía la resolución ambiental que ordenó la ejecución del proyecto fue revocado, poniendo en cuestión la eficacia del accionar de la Defensoría.

A las presiones estatales contra el accionar de la Defensoría, se suman las falencias institucionales de la Defensoría y que se han reseñado en los acápites precedentes.

Examinados los casos más relevantes conocidos por la Defensoría del Pueblo de Panamá respecto a los pueblos indígenas, llama la atención que en ninguno de ellos la Defensoría ha accionado judicialmente a favor de las comunidades indígenas afectadas y, por el contrario, ha utilizado las facultades más débiles que le otorga el ordenamiento jurídico como son formular recomendaciones a la administración que no se han traducido en cambios sustanciales respecto de los hechos denunciados manteniéndose la situación de vulneración de derechos.

En el ámbito de la promoción del derecho consuetudinario y acciones para garantizar el acceso de los pueblos indígenas a la justicia, de acuerdo a la información disponible, las actuaciones de la Defensoría han sido incipientes y no han generado ningún efecto en la práctica.

Recomendaciones

Con el objeto de abordar los problemas antes señalados, y de potenciar la efectividad de la labor de la Defensoría del

Pueblo de Panamá en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, es que se formulan las siguientes recomendaciones:

1. Restituir a la entidad las competencias que le fueron entregadas originariamente por el Congreso panameño y que, posteriormente, fueron cercenadas por la Corte Suprema y darles reconocimiento constitucional.
2. Dotar a la Defensoría y a su Departamento de Asuntos Indígenas de personal profesional interdisciplinario con experiencia de trabajo con pueblos indígenas, así como de personal indígena que desarrolle una labor de facilitación intercultural y acercamiento de la Defensoría a las comunidades indígenas.
3. Formación y sensibilización del personal de la Defensoría en materia de derechos de pueblos indígenas de modo que este pueda ser incorporado en su gestión global.
4. Fortalecer la acción promocional de la Defensoría con miras a posibilitar un mayor reconocimiento y recepción del derecho consuetudinario indígena por las instancias jurisdiccionales de Panamá, permitir un mayor acceso de los indígenas a la justicia estatal, y potenciar el desarrollo de los sistemas de resolución de conflictos propios de los indígenas.
5. El fortalecimiento de la labor investigativa de la Defensoría tanto frente a quejas específicas sometidas a su conocimiento como frente a situaciones que por su importancia o gravedad, requieran de una investigación en profundidad para su adecuado tratamiento por la sociedad y el estado.

6. Desarrollo por la Defensoría de la función de procuraduría ejerciendo acciones contempladas en la ley y la constitución en favor de los derechos indígenas ante los tribunales de justicia frente a su violación, así como acudiendo directamente a las instancias del sistema interamericano de derechos humanos sea como denunciante o como amicus curie para con el mismo objetivo.
7. El fortalecimiento de la labor de iniciativa normativa desarrollada por la Defensoría con miras a abordar las carencias del ordenamiento jurídico de Panamá en la protección de los derechos indígenas.

Bibliografía

Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA), *El Desafío de la Independencia, VII Informe de las Procuradurías de los Derechos Humanos en Centroamérica*, 2001.

Defensoría del Pueblo de la República de Panamá. *Segundo Informe Anual*, Tomo I 1989-1999.

-----, *Informe Especial contra el Racismo*. Panamá, septiembre 2000.

-----, *Informe Especial presenta las irregularidades de los Estudios de Impacto Ambiental de los Proyectos Hidroeléctricos Tabasará N°1 y 2*. Panamá, septiembre 2000.

-----, *Informe Especial sobre la situación de los Pueblos Indígenas en la república de Panamá*. Panamá, Diciembre 2000.

-----, *Informe Anual, Resumen Ejecutivo, período 1 de abril del 2001 al 31 de marzo del 2002*, 2002.

-----, *Dirección de Asuntos Ecológicos*.
<http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/informe2004/5.pdf>

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de Progresos en Derechos Humanos*, CD s.f.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.

Valiente López, Aresio, *Derechos de los Pueblos Indígenas de Panamá: Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena*, Centro de Asistencia Legal Popular. Panamá, 2002.

-----, *Presentación a la Organización Internacional del Trabajo Informe sobre la situación de los Pueblos Indígenas de Panamá*. Inédito, 2003.

Yáñez Nancy y otros, *Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas*. CONADI. Temuco, Chile. Inédito, 2004.

Páginas web

<http://www.cedis.org.pa/>

<http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/>

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/>

<http://www.monografias.com/trabajos/explodemo/explodemo.shtml>

<http://www.monografias.com/trabajos14/indigenas-panama/indigenas-panama.shtml#GRUPOS>

<http://www.socwatch.org.uy/es/fichasPais/tratados>

Comunicaciones

Bernard, James, Secretario General Defensoría del Pueblo de Panamá, comunicación escrita al autor, diciembre 2004 y septiembre de 2005.

Castañeda, Amilcar, comunicación escrita al autor, abril 2005.

Valiente López, Aresio, comunicación al autor, abril y agosto de 2005.

9. PARAGUAY

9.1. Antecedentes generales

Al año 2002 la población de Paraguay llegaba a los 5.206.101 habitantes, de los cuales 85.674 eran indígenas, representando el 1,6% de la población total. Los datos oficiales registran un aumento sostenido de la población indígena desde 1981, año en que esta alcanzaba sólo a 38.703 personas²⁸⁷. El 98% de la población indígena vive en un total de 496 comunidades y aldeas, y el 2% restante fuera de ellas²⁸⁸.

Paraguay está habitado por 20 pueblos indígenas que se agrupan en cinco familias lingüísticas siendo mayoritarios los de la familia *tupi-guaraní*. Se trata de grupos que estuvieron al margen del proceso de mestizaje con los españoles hasta la independencia del país. Atendiendo a su clasificación lingüística, la población indígena en Paraguay se agrupa de la siguiente manera:

La familia lingüística Tupí-Guaraní. En la Región Oriental, de norte a sur, se encuentran numerosas comunidades de lengua y cultura Guaraní, agrupadas en 4 etnias: los *mbya guaraní*, los *ava chiripá*, los *paí tavytera* y los *ache (Axé)*. En el Chaco norte y central se encuentran los chiriguano y los *guarani ñandeva*. Se trata de los únicos que tienen idioma y una cultura guaraní en la región chaqueña.

La familia lingüística Zamuco. Pertenecen a ella los ayoreo y los chamacoco. Cada etnia tiene un idioma diferente, que no son mutuamente inteligibles y existen diferentes dia-

287 La tasa de crecimiento anual para el decenio 1992-2002 de 5,64%, es mayor que la registrada en el período 1981-1992 que fue de un 2,26%.

288 Dirección general de Estadísticas, Encuestas y Censos. II Censo Nacional Indígena de Población y Viviendas 2002.

lectos tanto del ayoreo como del chamacoco. Los ayoreo habitan actualmente el Chaco Central y el Alto Paraguay, aunque son originarios del Norte del Chaco y Bolivia. Los chamacoco viven principalmente en el Alto Paraguay.

La familia lingüística Mataco-Mataguayo. Está formada por los *nivaklé*, los *maká* y los *manjuy*. Estas tres etnias tienen idiomas distintos y el idioma *nivaklé* y el *manjuy* contienen diferentes dialectos. Los *nivaklé* viven en el Chaco Central, a lo largo del Río Pilcomayo medio y en el Chaco Norte. Los *maká*, aunque oriundos del Bajo Chaco, viven actualmente en la Colonia *Maká* de Mariano Roque Alonso. Los *manjuy* se encuentran en el Chaco Norte y algunos grupos en el Chaco Central.

La familia lingüística Guaicurú. En el Paraguay está representada por los *toba qom*, emparentados con los *toba* y *pilagá* del Chaco de Argentina y Bolivia. Los *toba* del Paraguay hablan un dialecto propio pero no tienen dificultad en entender los dialectos argentinos. Estos indígenas se encuentran en el Bajo Chaco, en dos asentamientos, San José y Cerrito.

La familia lingüística Lengua-Maskoy. Formada por los *lengua*, *angaité*, *sanapaná*, *guaná* y los *toba maskoy*. Cada etnia tiene su propio idioma y algunos son mutuamente inteligibles. Estas cinco etnias habitan principalmente el Bajo Chaco, Alto Paraguay y el Chaco Central²⁸⁹.

La población indígena recibe un tratamiento paradójico, ya que si bien el Estado paraguayo ha reconocido muchos de sus derechos, tales derechos no pueden ser objeto de un ejercicio y usufructo mínimo por parte de estos pueblos. De

289 Ver: http://www.proparaguay.gov.py/web_ind/Introduccion.pdf y Ramírez, 2004.

hecho, existen muchas comunidades indígenas que no tienen tierra propia. A esto se suma el deterioro ambiental, a velocidad alarmante, en especial en la Región Oriental del país, donde la mayor parte de los bosques han ido desapareciendo en los últimos veinte años (Tierraviva, 1996).

Las estrategias económicas de los indígenas y de sus comunidades son muy diversas, abarcando desde las actividades tradicionales (cacería, pesca y recolección, pequeño pastoreo y horticultura de autoconsumo), la producción agropecuaria y forestal rentable de pequeña y mediana escala, la producción sistemática de determinados rubros (artesanía), hasta la inserción laboral como mano de obra barata en establecimientos rurales e industriales y la mendicidad callejera. El grueso de la población indígena se ubica en el estrato de más bajos recursos de la población nacional (Villagra, 2003).

La discriminación en contra de los indígenas se manifiesta claramente en materia económica, social y cultural. Así por ejemplo, en materia de educación la tasa de analfabetismo entre los indígenas alcanza al 64% del total. En cuanto a los docentes de la educación indígena, solo 39 de los 655 tienen títulos (6%). En materia de salud, la mayoría de los recursos físicos y humanos del sector salud se encuentran en la capital y el departamento central, lejos del acceso de la población rural e indígena. Las precarias condiciones en que viven los indígenas determinan que sean los más vulnerables a enfermedades y epidemias, en particular al mal de Chagas, tuberculosis y malaria, y que aproximadamente el 80% de las viviendas indígenas se encuentran infestadas por mal de Chagas. En materia laboral, la explotación de la mano de obra indígena, las malas condiciones laborales y bajos salarios y ausencia de seguridad social son una constante en Paraguay (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001).

En materia de derechos territoriales, el hábitat boscoso de los pueblos indígenas ha sido destruido. La superficie boscosa de la región oriental del país era en 1945 un 55% de la superficie (8.805.000 has.) y en 1991 sólo un 15% (2.403.000 has.). El proceso de colonización agraria iniciado a principios de siglo en Paraguay favoreció preferentemente en la primera etapa a colonos europeos e ignoró las poblaciones indígenas que habitan la zona oriental, considerando sus territorios como tierra de nadie (*terra nullius*). Tanto en el Chaco como en la región Oriental, líderes indígenas han denunciado que actualmente continúa la deforestación de sus tierras en manos de personas o empresas no indígenas, y aún de miembros de sus comunidades presionados por la indigencia. A la deforestación se unen los problemas de contaminación de aguas y dos proyectos hidroeléctricos de gran envergadura –Yaciretá e Itaipú– que han inundado el hábitat indígena. A pesar de que estos proyectos han significado importantes inversiones estatales e ingresos a las arcas fiscales del país, sus beneficios no han alcanzado a la población local e indígena. Al respecto, se ha indicado que estos proyectos hidroeléctricos han significado la inundación de grandes zonas de bosques, hábitat natural de varias comunidades indígenas en la zona; que en el caso de la hidroeléctrica Yaciretá se destruyó un sistema único de islas dentro del río que contenía una invaluable biodiversidad y era el territorio ancestral de algunas comunidades indígenas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001).

Los pueblos indígenas han sido desplazados de muchas de sus tierras ancestrales. A pesar de la acción desarrollada por el Estado en los últimos años para enfrentar esta realidad, los problemas de acceso a la tierra subsisten hasta la fecha. De acuerdo a la CIDH OEA, durante el período 1994-1998, de un total de 47 reclamos territoriales, 19 (40,4%) han sido resueltos, 2 (4,2%) han sido parcialmente resueltos y 26 (55,3%) se encuentran pendientes. De los 47 reclamos

territoriales 20 estaban ya planteados en el año 1994. Sólo en uno de los 19 casos “resueltos” de compras de tierras el dominio está a nombre de la respectiva comunidad, mientras en los 18 restantes está a nombre del INDI (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001).

9.2. Marco jurídico de los derechos humanos e indígenas

9.2.1. Derechos humanos

La Constitución Nacional de la República del Paraguay fue sancionada por una Convención Nacional Constituyente el 20 de junio de 1992, tres años después de la caída de la dictadura de Alfredo Stroessner. Su artículo 1 establece que Paraguay “*es para siempre libre e independiente*” y que se “*constituye en Estado Social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado*” de acuerdo a la Constitución y las leyes. Para esos fines, la Constitución también señala que la República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana (artículo 1).

En su parte I, “*De las declaraciones fundamentales de los derechos, de los deberes y de las garantías*” y específicamente en su Título II, la Constitución detalla una serie de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentran: el derecho a la vida, a la libertad personal, al debido proceso, a la propiedad, a la libertad de expresión y de prensa, a la libertad de reunión y manifestación, a la objeción de conciencia, a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el Estado, a la igualdad, a la protección de la niñez, a la protección a las personas en la tercera edad, a los derechos de los indígenas, el derecho a la salud, al derecho a la educación y al derecho al

trabajo. La Constitución consagra también una serie de garantías, tales como el *hábeas corpus*, el amparo y el *habeas data* (CIDH, 2001).

En cuanto a la jerarquía de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, el artículo 137 consagra a la Constitución como la ley suprema del país. Los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, además de las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de menor jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional siguiendo el mismo orden jerárquico.

De acuerdo a su artículo 145, la República del Paraguay “admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”, aceptando en su artículo 143 el derecho internacional en sus relaciones internacionales, derecho que, entre otros principios, se ajusta al de la protección internacional de los derechos humanos. Por su parte, el artículo 142 señala que “los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”.

En suma, la promulgación de la Constitución de 1992, establece las bases para la construcción de un Estado democrático y social de derecho, consagrando la separación de poderes y además, recogiendo los derechos fundamentales enunciados en los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. De este modo, refleja por primera vez, un catálogo de derechos identificados en los instrumentos internacionales de defensa de los mismos y consagra la figura del Defensor del Pueblo, el recurso de *habeas data*, el derecho a la objeción de conciencia y la ini-

ciativa popular. Del mismo modo, la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales es acorde con los textos constitucionales progresistas. Se oficializa como lenguas oficiales el castellano y el guaraní, y contiene un evolucionado reconocimiento de las etnias originales (Cardozo, s.f.).

- **Ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos e indígenas**

Luego del término de la dictadura, el Estado paraguayo ha ratificado la mayoría de los tratados sobre derechos humanos tanto del sistema de Naciones Unidas como del sistema interamericano de la OEA.

En el marco de la ONU, a enero de 2004 el Estado paraguayo ha ratificado 8 de los 9 principales tratados de derechos humanos²⁹⁰, y 7 de los 10 tratados de la Declaración del Milenio²⁹¹.

290 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990. "Fuente: Sitio Web de la Colección de Tratados de Naciones Unidas, Base de Datos "Estado de los Tratados Multilaterales Depositados con el Secretario General" (<http://untreaty.un.org/>).

291 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, Italia, 1998; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción. Oslo, Noruega, 1997; el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales. Ginebra, Suiza, 1996; el Protocolo

En el ámbito de la OEA Paraguay ha ratificado entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (en 1989); la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Políticos de la Mujer (en 1963); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en 1995); la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (el 2000); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1996); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1990); y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997) (IIDH, Mapa de Progresos en Derechos Humanos, CD, s/f).

Paraguay, además, se ha hecho parte de los siguientes Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, OIT: N° 87 sobre la libertad sindical y protección al derecho de sindicación (1948) ratificado en 1962; N° 98 sobre derecho de sindicación y negociación colectiva (1949), en 1966; N° 105 sobre abolición del trabajo forzoso (1959), en 1968; N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, en 1969; N° 122 sobre política de empleo (1964), en 1969; el N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), en 1993.

de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Kyoto, Japón, 1997 (aún sin vigor); la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, EEUU, 1989; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Nueva York, EEUU, 2000; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Nueva York, EEUU, 2000; la Convención sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro, Brasil, 1992; la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África. París, Francia, 1994; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Nueva York, EEUU, 1979. *Ibid.*

Cabe señalar que el artículo 141 de dicha Carta Magna dispone que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento legal interno, con la jerarquía establecida en el mencionado artículo 137 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

9.2.2. Derechos indígenas

Los derechos de los pueblos indígenas encuentran fundamentación jurídica en la Constitución Política de Paraguay y en la legislación. Paraguay se define constitucionalmente como un país pluricultural y bilingüe, en el cual son idiomas oficiales el español y el guaraní. Las lenguas indígenas y de otras minorías forman parte del patrimonio cultural de la nación (Art. 140).

Los derechos y garantías de los pueblos indígenas del Paraguay, han sido recogidos en seis artículos del Capítulo V de la Constitución Nacional. Los pueblos indígenas, de acuerdo al artículo 62, son reconocidos por la Constitución y definidos como grupos de culturas anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo²⁹².

El artículo 63 reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar su identidad en sus propios hábitat, además de aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa. Reconoce también la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que no atenten contra los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Finalmente, señala que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

292 Artículo 62: “Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”.

Respecto de las tierras, el artículo 64 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. Agrega que el Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, pasando a ser estas inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas, además de estar exentas de tributo. Prohíbe además la remoción o traslado de sus hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

En materia de participación, el artículo 65, garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, la propia Constitución y las leyes nacionales.

En cuanto a la educación y a la asistencia, el artículo 66 señala que el Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a la educación formal, atendiendo, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.

El artículo 67 establece la exoneración a los miembros de los pueblos indígenas a prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establece la ley.

Otros artículos constitucionales, como el artículo 88 respecto de los derechos laborales, establece que no se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas y sindicales.

En materia de justicia cabe hacer una mención al artículo 268, el que establece entre los deberes y atribuciones del Ministerio Público, la de promover la acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas.

En el mismo ámbito, por último, el artículo 12 contempla que entre los derechos de la persona detenida se encuentra el de disponer de un intérprete cuando sea necesario.

Los derechos indígenas están regulados en diversos cuerpos legales incorporados al ordenamiento jurídico paraguayo desde comienzos de la década de los 80. El más antiguo de ellos es la Ley 904/81 que establece el estatuto de las comunidades indígenas. Esta ley, sancionada por el Parlamento durante la dictadura de Stroessner, tiene por objeto la preservación social y cultural de las comunidades indígenas, la defensa de su patrimonio y de sus tradiciones, el mejoramiento de sus condiciones económicas, su efectiva participación en el proceso de desarrollo nacional y su acceso a un régimen jurídico que les garantice la propiedad y otros recursos productivos en igualdad de derechos con los demás ciudadanos. Dicha ley establece que: “Los grupos indígenas desprendidos de sus comunidades, o dispersos, ya agrupados o que para el cumplimiento del objeto de esta Ley deban agruparse, constituidos por un mínimo de veinte familias, deberán ser ubicados en tierras adecuadas a sus condiciones de vida” (artículo 16).

Entre sus principios consagra el reconocimiento legal de las comunidades indígenas, el respeto a sus modos de organización tradicionales, el uso del derecho consuetudinario para la regulación de su convivencia y el deber de los jueces de tener en consideración el derecho consuetudinario en los

procesos que atañen a los indígenas. Además, contiene normas relativas al asentamiento de las comunidades indígenas, contempla la creación del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), institución oficial del gobierno encargada de aplicar la política indigenista²⁹³ y establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las reivindicaciones territoriales ante el Instituto de Bienestar Rural (IBR) y ante el INDI (CIDH, 2001).

Más tarde, en 1988, se aprueba la Ley 1372/88 que establece un régimen para la regularización de los asentamientos de las comunidades indígenas, modificada por la ley 43/89. Esta ley considera asentamientos de comunidades indígenas a un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural.

Respecto de las áreas reivindicadas por comunidades indígenas, la reforma legal contempla que no se admitirá innovación de hecho y de derecho sea por terceros ocupantes o miembros de la comunidad, en perjuicio de los asentamientos de las comunidades, durante la tramitación de los expedientes administrativos y judiciales relacionados con la titulación definitiva de las tierras (CIDH, 2001).

Más cercana en el tiempo es la Ley 1.863/02 que viene a derogar a la Ley 854 de 1963, que establecía el Estatuto Agrario y cuya normativa disponía los fines y medios para realizar la reforma agraria en el país. La Ley 854/63 estaba acompañada, como normativa de fondo, por la Ley 852/63 de creación del Instituto de Bienestar Rural (IBR), como órgano de aplicación²⁹⁴.

293 El INDI se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura.

294 Actualmente el IBR fue reemplazado como órgano de aplicación por el Instituto de Desarrollo Rural y Tierras (INDERT).

El espíritu del nuevo estatuto agrario es regular la propiedad inmobiliaria rural conforme a su función económica y social. Las innovaciones de esta ley son las referidas a la justificación de este uso económico y social, señalado como uso racional donde deben concurrir un adecuado uso productivo (determinado por la relación del tipo de suelo con la superficie utilizada y las inversiones introducidas por los titulares) y la sostenibilidad ambiental de las explotaciones. Si bien no se establece una extensión fija para la condición de latifundio improductivo (que amerita la expropiación), la falta del uso racional de las tierras hace incurrir en aquella calificación y en una mayor carga impositiva.

En cuanto a los indígenas, la Ley en su artículo 17 a) considera beneficiarios a las Comunidades Indígenas, que constituyen hábitat sobre las tierras del organismo de aplicación. En coherencia con el artículo 64 de la Constitución Nacional y la Ley 904/81, el artículo 40 declara: “Las tierras del patrimonio del Organismo de Aplicación, en las cuales se encuentren asentadas comunidades indígenas, constituyendo aquellas su hábitat tradicional, serán delimitadas en forma indivisa y adjudicadas en forma gratuita a las mismas, conforme a las prescripciones de la Ley N° 904/81 ‘Estatuto de las Comunidades Indígenas’ o la legislación que lo sustituyere”.

Finalmente, esta ley remite el tratamiento normativo de la cuestión de tierras indígenas a las disposiciones del Convenio N° 169 al señalar en su artículo 115: “En lo referente a los derechos los Pueblos Indígenas se estará a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT sobre los ‘Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes’, ratificado por el Paraguay por la Ley N° 234/93”.

Por primera vez, en esta ley y de acuerdo con el artículo 115, se escinde el tratamiento de la restitución territorial indígena de la cuestión agraria, es decir, que la función económica y social de la propiedad inmobiliaria rural y su uso racional no constituye el parámetro para determinar el mejor derecho de los pueblos indígenas a sus tierras frente a terceros, sino los establecidos en el Convenio N° 169, y aunque no lo mencione esta ley, la misma Constitución (Villagra, 2003).

A las leyes antes mencionadas cabe agregar las leyes 234/93 que ratifica el Convenio 169 de la O.I.T. sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes” y la Ley N° 253/93 “Que ratifica el Convenio sobre Diversidad Biológica”.

9.2.3. Reconocimiento del derecho consuetudinario y acceso de los pueblos indígenas a la justicia

El ordenamiento jurídico paraguayo ha avanzado en el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y en la regulación de su derecho a acceder a la justicia. Junto a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT ratificado por Ley 234 de 1993, existen diferentes cuerpos normativos que regulan la materia.

El marco general en este ámbito está establecido en el Artículo 63 de la Constitución Nacional de 1992 que dispone:

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna,

siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

En lo relativo a la incorporación del derecho consuetudinario y de las lenguas indígenas en la justicia estatal, la legislación más relevante es la siguiente:

- El artículo 6 de la Ley 904 de diciembre de 1981 (Estatuto de las Comunidades Indígenas modificada por la Ley 919 de julio 31 de 1996), que dispone que “en los procesos que atañen a indígenas, los jueces tendrán también en cuenta su derecho consuetudinario, debiendo solicitar dictamen fundado al Instituto Paraguayo del Indígena o a otros especialistas en la materia. El beneficio de la duda favorecerá al indígena atendiendo a su estado cultural y a sus normas consuetudinaria”.
- El artículo 7 de la Ley 1286 (Código de Procedimiento Penal) que dispone el derecho del imputado a tener un intérprete para que lo asista en su defensa cuando no comprenda los idiomas oficiales.
- El artículo 26 del mismo Código relativo a las comunidades, que establece la extinción de la acción penal “cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que se declare la extinción de la acción penal ante el juez de paz”.

- El mismo Código de Procedimiento Penal dispone en su artículo 432 y siguientes (Título VI del libro II) de un conjunto de normas que la justicia penal debe seguir cuando “el imputado sea miembro y viva permanentemente en una comunidad indígena; o cuando sea la comunidad o uno de sus miembros residentes la víctima del hecho punible...”.

Dicho procedimiento contempla fundamentalmente la asistencia de peritos antropológicos y consultores a través de las distintas etapas del proceso –preparatorio o de investigación, intermedias o de audiencia de las partes, y la del juicio propiamente–, que velen por la conciliación de las características culturales de las comunidades, imputados y/o víctimas indígenas con las medidas y penas a establecer.

En la etapa intermedia, establece la posibilidad de una reparación alternativa conforme a la cultura de la etnia afectada, conforme al común acuerdo de todas las partes homologado por juez y a efectos de la extinción de la acción penal. Una vez en el juicio, el tribunal oral competente, sin afectar el orden jurídico general, puede cambiar el procedimiento basándose en el respeto a la cultura del procesado, y debe escuchar el dictamen correspondiente del perito. La sentencia, a su vez, debe dejar constancia del derecho consuetudinario invocado “...con un juicio valorativo de sobre su sentido y alcance” (artículo 435 inc. 4).

Si la pena impuesta a un indígena sobrepasa los dos años de prisión, cualquier líder reconocido de su etnia puede solicitar una alternativa de ejecución al Juez de la ejecución. Finalmente, dispone que la Corte Suprema debe elaborar una lista de peritos, preferentemente antropólogos, para prestar la asesoría técnica establecida en este título (artículo 438).

En cuanto al reconocimiento de la jurisdicción indígena, el artículo 5 de la Ley 904 de diciembre de 1981 (Estatuto de las Comunidades Indígenas modificada por la Ley 919 de julio 31 de 1996) dispone que “las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea incompatible con los principios del orden público”.

Como norma de coordinación entre el la jurisdicción estatal e indígena cabe destacar el artículo 63 constitucional que dispone que “en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

9.2.4. Los problemas en la implementación de los derechos indígenas reconocidos en el ordenamiento jurídico

Los problemas que afectan la vigencia efectiva de los derechos que son reconocidos a los pueblos indígenas por el ordenamiento paraguayo parecen ser numerosos. Ellos serían no tan solo de orden económico, relacionados con la falta de recursos para la implementación de la políticas públicas para hacerlos efectivos, sino también de carácter político, relacionados con la ausencia de voluntad de la autoridad para cumplir con la normativa constitucional sobre la materia²⁹⁵.

295 El saldo negativo en materia del disfrute de los derechos fundamentales por parte de los indígenas obedecería, a juicio de Andrés Ramírez, al vacío institucional creado por el acelerado derrumbe del modelo indigenista estatal establecido dos décadas atrás, así como al fracaso de sucesivos gobiernos en establecer un marco institucional alternativo. Esta realidad, junto a la ausencia de una real preocupación financiera y política de las autoridades encargadas de la política indigenista determinarían la existencia de una situación de denegación estructural de derechos a los pueblos indígenas y de un estado de inconstitucionalidad en la materia (Ramírez, 2004).

Los problemas vinculados con el derecho a la tierra se encuentran entre los principales que afectan a los pueblos indígenas. De ello dan cuenta las conclusiones de la segunda plenaria de la Comisión por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas (CAPI)²⁹⁶, celebrada en octubre del 2004 en Asunción del Paraguay, en la que se da cuenta de, entre otras situaciones violatorias de estos derechos, las siguientes:

a) Numerosos casos de reivindicación de tierras que llevan más de una década de tramitación y que violan el derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales; b) comunidades con tierras insuficientes que no satisfacen el mínimo legal, con efectos violatorios de otros derechos (bosques que se pierden junto con los animales silvestres, imposibilidad de garantizar alimentos suficientes con la siembra y ausencia de apoyo técnico para la producción). Esto genera a su vez inseguridad alimentaria que, sumada a razones de degradación ambiental, fuerza a desplazamientos a los centros urbanos, donde se produce la violación a la vida y la seguridad e integridad personales, en perjuicio de niños, niñas y adultos, fundamentalmente; c) pérdida de medicina tradicional y prácticas tradicionales de subsistencia sin alternativas viables (tecnología) para el consumo y la venta a terceros, incorporando rubros tradicionales; d) ausencia de políticas estatales de reparación a daños ambientales y territoriales; e) prácticas de discriminación contra los indígenas, expresadas en intentos de asimilación religiosa y política, en la distribución de recursos para compra de tierras (diferencia en los fondos para tierras campesinas e indígenas) o la venta privilegiada de tierras a extranjeros, entre otras; f) falta de respeto, protección y garantías a las tierras indígenas (invasiones campesinas, desmontes), que involucran denega-

296 La CAPI aglutina a representantes y comunidades indígenas de Paraguay en base a un programa de defensa de sus derechos de consulta y participación establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT.

ción de justicia y garantías judiciales (irrespeto a resoluciones judiciales a favor de indígenas); g) en el contexto de la inseguridad territorial también se producen violaciones al patrimonio cultural de las comunidades (idiomas, religiones y culturas extrañas que son introducidas en ellas); h) ausencia de servicios públicos de salud, educación, agua potable, en comunidades con tierras o sin tierras, tanto de jurisdicción del gobierno central, como de gobernaciones y municipalidades; i) exclusión de la participación indígena en distintos niveles de gestión estatal y en la elaboración de políticas públicas; y f) estado de corrupción.

Otras de las preocupaciones que surgieron durante el encuentro fueron respecto al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), evaluada negativamente en su diseño, negociación y efectos para los derechos indígenas, como también los casos de desalojos forzosos de comunidades de su hábitat y de indígenas asesinados con ocasión de la reivindicación de sus tierras, hechos que permanecen sin ser esclarecidos judicialmente (Ramírez, 2004).

No se dispone de información específica relativa a la aplicación de la normativa constitucional y legal antes reseñada sobre derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en Paraguay.

Los antecedentes disponibles se refieren a la aplicación de la normativa alternativa establecida para los imputados indígenas en el artículo 432 y siguientes del Código Procesal Penal en que se considera de manera importante el este derecho. De acuerdo a Rodrigo Villagra, cuando los hechos punibles cometidos involucran a miembros de una misma comunidad, de distintas comunidades y aun de pueblos distintos, se ha dado una aplicación relativamente regular de esta normativa. Sin embargo, cuando los hechos representan

por un lado indígenas miembros de una comunidad (como imputados o víctimas) o a la comunidad misma (como víctima), y por el otro no indígenas (como víctimas o imputados), la aplicación de estas normas ha sido poco frecuente (Villagra, 2003)²⁹⁷.

En cuanto al acceso a la justicia, la proliferación de denuncias indígenas ante el sistema interamericano, da cuenta de que sus reclamos, mayoritariamente relativos al derecho de propiedad indígena, no están encontrando la acogida que estos esperan en la justicia de Paraguay. En efecto, a la fecha se encuentran en trámite ante dicho sistema cuatro denuncias de comunidades indígenas contra el Gobierno de Paraguay, que hacen alusión, fundamentalmente, a la denegación de sus derechos de propiedad y posesión respecto a sus tierras ancestrales.

Posiblemente el caso más emblemático, por su gravedad, es el que afecta a la comunidad *Yakye Axa*. Esta comunidad se encuentra ubicada a la altura del Km. 80 de la ruta que une las localidades de Pozo Colorado (departamento de Presidente Hayes) y Concepción (departamento de Concepción) en el bajo Chaco, asentada en precarias viviendas en un fragmento de la franja de dominio público. Desde el año 1993 reclama al Estado la restitución de parte de su territorio tradicional que le fuera privado por actos continuos de despojo, sin que hasta la fecha haya tenido una respuesta efectiva por los mecanismos

²⁹⁷ Villagra menciona los casos de Rufino Benítez, asesinado por policías y un ganadero, a finales de 1999, que hasta el presente no ha pasado de la etapa inicial o la denuncia de atropello de propiedad de la comunidad Sombrero Pirí por parte de una empresa constructora del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC), que en su momento no tuvo impulso alguno por parte del Ministerio Público, así como las innumerables denuncias de invasión de propiedades indígenas por parte de campesinos en la región Oriental, que a pesar de haberse presentado formalmente no cuentan con un mínimo impulso en la investigación de los hechos y formulación eventual de acusaciones en contra de los responsables por parte del Ministerio Público.

de derecho interno para la protección de sus derechos fundamentales, esto es, a través del INDI o del Poder Legislativo, incluso, del Poder Judicial.

Por ello, en el 2000, la comunidad acudió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), demandando al Estado de Paraguay por no garantizar sus derechos fundamentales en violación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Luego de analizar la denuncia, la CIDH resolvió declarar que el Paraguay violó en perjuicio de *Yakye Axa* los derechos a la vida, a la propiedad de sus tierras ancestrales, a las garantías y protección judiciales y al deber de garantizar los derechos de la Convención y adoptar medidas de derecho interno. Asimismo, solicitó al Estado que adoptara una serie de medidas en reparación por la violación de los derechos de la comunidad, entre ellas medidas destinadas a la restitución de tierras, a la atención a la salud y educación de sus miembros, y reformas legales que no permitan la repetición de este tipo de violaciones.

Dado que el Estado no cumplió con dichas recomendaciones, la CIDH presentó el 2003 una demanda por los mismos hechos ante la Corte Interamericana, para que ésta hiciera justicia en el caso concreto (Ramírez, 2003).

9.3. Defensoría del Pueblo de Paraguay

9.3.1. Antecedentes generales

La Defensoría del Pueblo fue incorporada al ordenamiento jurídico por la Constitución de Paraguay del año 1992, inspirándose en las legislaciones de España, Portugal y otros

países latinoamericanos. Como antecedentes remotos, se invoca la figura del *tribuno de la plebe*, de la República Romana, y la *Justicia* y el *Protector de Naturales*, funcionarios del Paraguay colonial, que recibían las quejas de los vecinos y procuraban la defensa de los indígenas, respectivamente.

Tres años después de su incorporación en la Constitución, el Congreso dictó la Ley N° 631 Orgánica de la Defensoría del Pueblo, y un año después la Ley N° 838/96 “Que indemniza a víctimas de las violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989”. La puesta en marcha de la Defensoría, sin embargo, solo se verificó el 2001, nueve años después de vigente la Constitución, y luego que el Congreso hubo llegado a un consenso en torno al candidato al cargo de Defensor después de revisar más de 30 postulaciones. Ello en virtud de la Resolución N° 768/2001 de la Cámara de Diputados. Por ello La Defensoría del Pueblo de Paraguay es, en los hechos, la más joven entre su pares latinoamericanas.

La institución del Defensor del Pueblo tiene rango constitucional y se rige por los artículos 276 al 280 de la Constitución Nacional de 1992, además de la Ley N° 631 “Orgánica de la Defensoría del Pueblo” promulgada en 1995 antes referida. De acuerdo a su marco jurídico, el Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario que goza de autonomía para el cumplimiento de sus atribuciones establecidas en la Constitución y en la Ley. Es nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por la Cámara de Senadores. Dura cinco años en sus funciones, coincidiendo con el período del Congreso y podrá ser reelecto (artículos 276 y 277 CP). La Cámara de Senadores deberá proponer la terna respectiva dentro de los cuarenta y cinco primeros días del inicio del período legislativo constitucional. Presentada la misma, la Cámara de Diputados nombrará a uno de los propuestos en un plazo similar (artículo 4 Ley N° 631).

Sus funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios. El Defensor del Pueblo no tiene función judicial ni competencia ejecutiva para dictar, modificar o anular resoluciones de la administración pública, ni ejercer funciones de competencia propia de la Justicia Electoral (artículos 2 y 3 Ley N° 631).

De acuerdo al artículo 279 de la Constitución Nacional son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo, las siguientes: 1) Recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos contra violaciones de los derechos humanos y otros hechos que establecen esta Constitución y la Ley; 2) requerir de las autoridades en sus diversos niveles, incluyendo los de los órganos policiales y los de seguridad en general, información para el mejor ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna. Podrá acceder a los sitios donde se denuncie la comisión de tales hechos. Es también de su competencia actuar de oficio; 3) emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos; 4) informar anualmente de sus gestiones a las Cámaras del Congreso; 5) elaborar y divulgar informes sobre la situación de los derechos humanos que, a su juicio, requieran pronta atención pública, y los demás deberes y atribuciones que fije la ley.

La Ley N° 631 Orgánica de la Defensoría del Pueblo agrega además los siguientes deberes y atribuciones: denunciar ante el Ministerio Público las violaciones de derechos humanos cometidas por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales, así como las de personas particulares; interponer *hábeas corpus* y solicitar amparo, sin perjuicio del derecho que le asiste a los particulares; actuar de oficio o a petición de parte para la defensa de los derechos humanos; la canalización de los reclamos populares y la protección de los

intereses comunitarios; promover las acciones tendientes a la protección de los intereses difusos; ejecutar proyectos y programas para divulgar y promover el conocimiento y la práctica de los derechos humanos y sus mecanismos de protección, por sí o con la participación de otras organizaciones gubernamentales o no gubernamentales; sugerir la modificación de normas o procedimientos implementados en los órganos del Estado o de las conductas de sus funcionarios, cuando éstas violaren los derechos de las personas. Podrá también hacerlo con el propósito de mejorar los servicios de la administración y el funcionamiento de los órganos del Estado.

Respecto de sus informes, la Ley establece que el Defensor deberá elaborarlos de acuerdo a los siguientes criterios: a) Informe Anual. En él se dará cuenta del número y tipo de las denuncias recibidas, las que hubieran sido rechazadas y sus causas, las investigadas y el resultado de las mismas, los nombres de las autoridades o funcionarios que no hubieran justificado adecuadamente los comportamientos que le fueran cuestionados o que hubieran obstaculizado la actuación de la Defensoría del Pueblo. Dicho informe se presentará a las Cámaras del Congreso al inicio de cada período anual de sesiones; b) Informe Especial a cualquiera de las Cámaras del Congreso, cuando lo considere necesario o fuere requerido, atendiendo a la gravedad y la urgencia del caso; c) Informe Individual presentado a los recurrentes, a fin de comunicar el resultado de la actuación solicitada; e d) Informe de Divulgación sobre la situación de los derechos humanos²⁹⁸.

De acuerdo a la Ley, podrá solicitar la intervención del Defensor del Pueblo, toda persona sin restricción alguna y sin necesidad de agotar instancias previas. Toda queja deberá ser

298 Ley N° 631 Orgánica de la Defensoría del Pueblo, artículo 10.

presentada por el interesado en papel común y sin necesidad de patrocinio de letrado u otra formalidad. Ella deberá contener la indicación de su nombre y apellido, domicilio, número de Cédula de Identidad y la exposición de los hechos y la petición del recurrente. La queja puede formularse también en forma oral ante los funcionarios habilitados por la Defensoría del Pueblo, debiendo asentarse la denuncia por escrito y otorgarse certificado de su presentación. Las quejas deberán llevar la firma o impresión digital de quienes las presten.

El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos de autoridad que violen los derechos humanos.

9.3.2. Actuación del Defensor del Pueblo

La Defensoría del Pueblo dio inicio a sus funciones en un contexto de crisis económica y social, debido a lo cual las demandas ciudadanas y sociales se encontraban insatisfechas. En este contexto, la Defensoría ha debido jugar un papel mediador entre la sociedad y el Estado, pero sin disponer de los recursos financieros adecuados para extender su atención a todo el país. En su informe del 2003, el Defensor del Pueblo daba cuenta que recién entonces se había logrado la expansión defensorial a 14 Departamentos de Paraguay. Estas Defensorías Delegadas, en ninguno de los Departamentos contaba con una oficina propia y los Delegados desempeñaban sus funciones en espacios físicos que les eran cedidos por Municipalidades, Gobernaciones, Parroquias, Obispados o personas con deseos de cooperar (Defensor del Pueblo, Informe 2003).

Desde sus inicios, la Defensoría del Pueblo se orientó prioritariamente a la recepción de denuncias sobre las viola-

ciones de los derechos humanos cometidos durante la larga dictadura del general Alfredo Stroessner. Para su esclarecimiento se apoyó en los archivos encontrados en el pabellón de producciones del Departamento de Investigaciones de la Policía de la ciudad de Lambaré, en el año 1992. El descubrimiento de este archivo, conocido popularmente como “del terror”, impulsó la creación de la Ley No. 838/1996, en la que establecen mecanismos para la indemnización de la víctimas de la dictadura. La recepción de estas reclamaciones ocupa en la actualidad gran parte del trabajo realizado por Defensoría (Villalba, 2003).

De acuerdo a dicha ley, las solicitudes de indemnización a las víctimas de la dictadura de 1954 a 1989, serían presentadas a la Defensoría del Pueblo. Cuando el Defensor del Pueblo fue designado el 11 de octubre del 2001, el plazo establecido para la presentación de solicitudes estaba vencido. En razón de ello, el Defensor del Pueblo presentó un proyecto de Ley que establecía un nuevo plazo, de treinta y seis meses, contado desde el 11 de octubre de 2001, plazo que fue aprobado como Ley N° 1.935/02. La indemnización procedería en casos de: a) Desaparición forzosa de personas; b) Ejecución sumaria o extra judicial; c) Tortura con secuela física y psíquica grave y manifiesta; y, d) Privación ilegítima de la libertad sin orden de autoridad competente o en virtud de procesos o condena por aplicación de las Leyes N° 294 del 17 de octubre de 1955 y N° 209 de 18 de septiembre de 1970, por más de un año. La Ley N° 838/96 fija los montos de la indemnización²⁹⁹.

²⁹⁹ En su Art. 5° dispone: a) Las violaciones previstas en los incisos a) y b) del artículo mencionado, 3.000 (tres mil) jornales mínimos legales para actividades no especificadas; b) La violación prevista en el inciso c) del artículo mencionado, hasta 2.500 (dos mil quinientos) jornales mínimos legales para actividades no especificadas; y, c) Las violaciones previstas en el inciso c) del artículo mencionado, 500 (quinientos) hasta 1.500 (un mil quinientos) jornales mínimos legales para actividades no especificadas.

El principal objetivo que se ha trazado la Institución es el de revertir el estado de desesperanza y descontento de quienes ven conculcados sus derechos y buscar por todos los medios a su alcance apegarse a lo establecido en la Constitución Nacional y en las leyes, en demanda de justicia (www.paraguaygobierno.gov.py/defensoria/).

De acuerdo a lo informado por el Defensor al Congreso el 2003, otras actividades impulsadas por esta Defensoría incluyen:

- La presentación de proyectos de ley, decretos y resoluciones. En el Informe de 2003 se da cuenta de diversos proyectos de ley presentados por el Defensor a la consideración del Congreso³⁰⁰. Ninguno de ellos, sin embargo, trata sobre materias relacionadas con pueblos indígenas.
- La atención de reclamos y denuncias y el desarrollo de diversas acciones tanto administrativas como judiciales para dar respuesta a ellas. Así la Defensoría del Pueblo-Asunción, brindó atención durante el 2003 a 1.680 personas. De los reclamos formulados se han formado 842

300 Entre los proyectos de ley señalados en el Informe 2003 se incluyen: La afectación a la Defensoría del Pueblo de un inmueble del Distrito La Encarnación (Asunción); Bien de Familia; Proyecto de Ley que Introduce Modificaciones a la Ley N° 223 “Que crea la Escribanía Mayor de Gobierno”; Proyecto de Ley que modifica el Artículo 1 de la Ley N° 838/96 “Que indemniza a víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989; Proyecto de ley “Que establece la reconducción tácita de la función del Defensor del Pueblo en determinadas circunstancias”; Proyecto de ley “Que reconoce el Instituto de Altos Estudios Estratégicos como Institución de Educación Superior”; Proyecto de ley “Que establece procedimientos para la elaboración del Presupuesto Municipal”; Proyecto de Ley “Por la cual se introducen modificaciones al inciso d) del artículo 36 de la Ley 1590/00”; Proyecto de Ley “Que introduce modificaciones en el inc. r del artículo 32 de la Ley 834/96 “Que establece el Código Electoral Paraguayo” (Defensor del Pueblo, 2003).

expedientes, de los cuales 125 corresponden a solicitudes de indemnización de víctimas de la dictadura dentro del marco de Ley N° 838/96. En lo que hace referencia a denuncias ciudadanas se han formado 667 expedientes y 50 expedientes sobre intervenciones de oficio. Se ha solicitado al Archivo del Terror 69 informes sobre datos existentes de víctimas de la dictadura y se ha brindado asesoramiento legal a 769 personas.

En las Delegaciones del interior del país, fueron atendidas el mismo año un total de 1.063 personas. Se ha brindado asesoramiento legal a 622 personas³⁰¹. En cuanto a las materias de estas denuncias estas tratan mayoritariamente sobre derechos civiles, específicamente derechos a la información; sobre las garantías procesales, el reconocimiento de la personalidad y a la vida; sobre derechos sociales, específicamente derecho al trabajo; el acceso a los servicios públicos y a la salud; sobre derechos económicos y derechos a la propiedad privada; derechos del consumidor; derechos de las personas privadas de libertad; derechos de la niñez y la adolescencia y sobre derechos culturales, entre ellos, el derecho a la educación (Defensor del Pueblo, Informe 2003).

Cabe señalar que no se identifica como una materia de reclamos a la Defensoría la de los derechos de los pueblos indígenas. En el Informe 2003, el Defensor sólo hace referencia a dos casos en que se realizaron gestiones de carácter administrativo ante el INDI. Instituto Paraguayo del Indígena. Los casos fueron la solicitud al Presidente del INDI en Ciudad

301 Se cuenta con Delegaciones del Defensor del Pueblo en: Fernando de la Mora, San Lorenzo, Luque, Capiatá, Areguá, Caacupé, Eusebio Ayala, Isla Pucú, San Ignacio, Ciudad del Este, Presidente Franco, Pedro Juan Caballero, Puerto Casado, Villarrica, Sapucaí, Pirayú, Carmen del Paraná, Coronel Bogado, General Delgado, San Cosme y Damián, Encarnación, Pilar, Caaguazú, Coronel Oviedo, Lima, General Aquino y Villa Hayes. *Ibid.*

del Este de gestionar un predio a favor quienes residían desde hace unos años en las cercanías del depósito de basuras del Municipio de Ciudad del Este, y vivían de la venta de los residuos; y la solicitud ante el INDI de Puerto Casado de medidas a favor de pobladores afectados por tuberculosis y otras diversas enfermedades. La misma solicitud fue formulada al Ministro de Salud Pública y Bienestar Social.

- Visitas a instituciones penitenciarias, a unidades policia-les, a unidades de las fuerzas armadas, a establecimientos educativos, así como a establecimientos de salud, y al poder judicial.
- Organización de seminarios, talleres y conferencias sobre derechos humanos y para el mejor conocimiento de sus funciones y atribuciones, actividades que se realiza-ron con la cooperación de entidades algunas nacionales y otras del exterior³⁰². (Defensor del Pueblo, *Informe 2003*)

9.4. Actuación de la Defensoría en materia de derechos indígenas

En la estructura institucional de la Defensoría se han contemplado tres direcciones generales (Dirección de Planificación, de Administración y Finanzas y de Atención al ciudadano) con sus correspondientes oficinas y departamen-tos. Dentro de la Dirección General de Planificación se ubica la Oficina para los Pueblos Indígenas. Ello junto al Depar-

302 En mayo de 2003, en Asunción, fue realizado un “Seminario Taller sobre Derechos Humanos”, con una duración de 27 horas. Este seminario fue realizado con la cooperación del COSUDE (Cooperación de la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación). En julio del mismo año, también en Asunción, fue realizado el “Seminario Defensoría del Pueblo y Consolidación Democrática”. En octubre de 2003 fue realizado en la misma ciudad el “Seminario Corrupción y Derechos Humanos en la Agenda de las Defensorías del Pueblo”, con la cooperación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) (Defensor del Pueblo, Informe 2003).

tamento de Análisis e Informes, la Oficina para la Mujer, la Oficina de la Niñez y la Adolescencia, y al Departamento de Asuntos Parlamentarios (www.paraguaygobierno.gov.py/defensoria/).

No obstante ser considerada en la estructura de la Defensoría, en los hechos, tal Oficina parece no está en operaciones. Es decir, no existe en ella un departamento, unidad o programa específico que pueda abocarse a los problemas de derechos humanos que afectan a los pueblos indígenas^{303*}. Ello se debería, a juicio de representantes de la Defensoría, a la ausencia de recursos económicos para su puesta en marcha³⁰⁴.

De acuerdo a informaciones de la Defensoría, esta entidad ha asumido algunas investigaciones, tanto de oficio como derivadas de denuncia, relativas a derechos de pueblos indígenas. Entre esos casos destacan:

i. Intervención de oficio ante crítica situación de comunidades indígenas

A consecuencia de una prolongada sequía que afectó al Chaco Paraguayo, y con mayor énfasis al Departamento de Alto Paraguay, con graves consecuencias para la población

303 Para recabar información sobre la actuación de la Defensoría del Pueblo en materia indígena se tomo contacto vía e-mail con el Defensor del Pueblo de Paraguay, Sr. Páez Monges. En respuesta a este requerimiento el Defensor envió una compilación sobre la Defensoría del Pueblo y legislación indígena en el Paraguay. La información enviada, sin embargo, no daba cuenta de la organización o actuación concreta desarrollada por la Defensoría en esta materia.

* **Nota del editor:** Posterior al cierre de edición se recibió nota del Defensor del Pueblo de Paraguay informando que por Resolución N° 867 del 1 de setiembre del 2005 se creó la Dirección de Acciones Específicas, que incluye un Departamento de Derechos de los Pueblos Indígenas en cuya jefatura fue nombrada la Dra. Noelia Boggino.

304 Marión Almada, Hellen, abogada de la Dirección de Atención al Ciudadano de la Defensoría del Pueblo de Paraguay, información escrita al IIDH, San José, agosto de 2005.

indígena, cuyos integrantes padecieron afecciones gastro-intestinales, las que provocaron la muerte de 2 niños, la Defensoría realizó gestiones ante el Ministerio de Salud a fin de que se les dotara de medicamentos y atención médica urgente. De igual manera realizó gestiones ante otras instituciones que también debían intervenir a los efectos de proveerles de víveres para su alimentación.

La ayuda humanitaria solicitada a través de la Defensoría del Pueblo, consistente en el urgente envío de tanques-cisternas con agua potable, asistencia médica, así como víveres de primera necesidad, fue distribuida a la población, especialmente a los indígenas, que fueron los más afectados por el consumo de agua contaminada³⁰⁵.

ii. Caso de la desaparición y homicidio de dos integrantes de comunidad *maskoy* de Puerto Casado

A partir de la formulación de la denuncia, la Defensoría conformó una delegación multi-institucional para realizar la investigación y el acompañamiento en este caso. La investigación incluyó la reunión con el cacique de la comunidad Don Gregorio Traversa, la constitución en la comisaría local a fin de iniciar nuevas averiguaciones. Además, se desarrolló una reunión entre la Delegación de las distintas instituciones, la Policía local y el Juzgado de Paz, realizándose una serie de declaraciones de quienes pudieran aportar datos a fin de esclarecer los hechos.

Siguieron una serie de diligencias que fueron acompañadas por la Delegación multi-institucional. La Delegación permaneció en el lugar por el lapso de 7 días, realizando un

305 Ibid.

arduo trabajo que posibilitó la identificación de los supuestos autores materiales del homicidio, quienes se habían marchado de Puerto Casado con destino a la ciudad de Luque. Actualmente los Delegados del Defensor del Pueblo de dicha ciudad se encuentran realizando el seguimiento correspondiente³⁰⁶.

iii Intervención de oficio en caso de indígena *guaraní*

La Delegación de la Defensoría del Pueblo del Departamento del Alto Paraná, intervino ante la situación inhumana en la que se encontraban los indígenas en el vertedero municipal de Ciudad del Este. La comunidad indígena estaba compuesta por 39 familias, totalizando 123 personas, 40 de ellos menores.

En conocimiento de su crítica realidad, la Delegada de la ciudad de Presidente Franco solicitó a las autoridades adoptasen medidas, logrando obtener atención médica, consistente en vacunación e inspección de cada poblador. Solicitó, igualmente, al Director de la Entidad Binacional Itaipú, asistencia para los pobladores de dicha localidad, como alimentos, vestimentas, frazadas y todo lo que pudiera servirles para mejorar de alguna manera la situación en la que se encontraban, obteniéndose un resultado satisfactorio.

Al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social se pidió la adopción de medidas que permitiesen su acceso a los servicios de salud pública. Además, se solicitó que las partidas presupuestarias destinadas a creaciones de cargos y gastos de capital se destinasen exclusivamente a las comunidades que, de acuerdo a los indicadores del 2002 y 2003, tuviesen porcentajes inferiores de acceso a los servicios de salud.

306 Ibid.

Se recomendó al Ministerio de Educación y Cultura la adopción de medidas para ofrecer a todos los habitantes de la República posibilidades de acceso a la educación pública. En ese sentido se solicitó que las partidas presupuestarias destinadas a creaciones de cargos docentes, a la construcción de aulas y locales escolares, se destinaran exclusivamente para comunidades con porcentajes inferiores de posibilidades de acceso a los servicios de educación. Igualmente se señaló la necesidad de que los indígenas contasen con un local para la educación de nivel primario y medio y la concesión de becas de estudio.

Finalmente se desarrollaron gestiones, aún en trámite, para la adquisición de tierras a favor de la comunidad *ka amindy*, del distrito de Mauricio José Troche, Dpto. de Guaira, afectada por esta realidad³⁰⁷.

9.5. Análisis crítico y recomendaciones

El pasado de los pueblos indígenas de Paraguay y su situación actual de marginación al interior de este Estado no muestra diferencias significativas con el que existe en otros contextos geográficos de la región. Tampoco son sustancialmente diferentes los ordenamientos jurídicos que les han sido impuestos, los que en el caso de Paraguay han evolucionado significativamente en las últimas décadas, desde aquel de carácter integracionista propio de la legislación de comienzos de los ochenta, hasta el más avanzado contenido en la Constitución de 1992 que reconoce a los pueblos indígenas como “grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo” (artículo 62), y en el Convenio 169 de la OIT ratificado por Paraguay en 1993.

307 Ibid.

La normativa que crea la Defensoría del Pueblo de Paraguay, que como se señalara, está contenida en disposiciones de la Constitución de 1992, la legislación orgánica N° 631 en 1995, y en la resolución que designa al Defensor el 2001, establece un marco, que si bien no es óptimo, ni el más avanzado de la región en materia de *Ombudsman*, permitirían a esta entidad desempeñar una labor investigativa, promocional, de iniciativa normativa, y protectora de los derechos indígenas que, de acuerdo a todos los antecedentes disponibles, ella no desarrolla.

La Defensoría, como se ha señalado, comienza sus funciones casi diez años después de haber sido creada por la Constitución Nacional de 1992. Durante esa década el Congreso conoció más de 30 candidaturas al cargo de Defensor, pronunciándose a favor de una de ellas recién en el 2001. La Defensoría del Pueblo es una institución relativamente joven y probablemente aun poco conocida para la mayoría de la población de Paraguay. Ello, además de los problemas encontrados para obtener información tanto de la propia Defensoría como de la visión de los indígenas y de las organizaciones que trabajan con ellos sobre su trabajo, dificultan su evaluación crítica.

Desde su puesta en marcha a la fecha, sin embargo, la Defensoría parece haber estado centrada en la reparación de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen militar del Alfredo Stroessner. Ello en virtud del mandato que le otorga la ley para la recepción de reclamaciones para el pago de indemnizaciones a las víctimas de la dictadura.

La omisión de la actuación de la Defensoría en materia de derechos indígenas resulta evidente. Por lo mismo no se encuentran en ella prácticas que destacar o relevar en este

ámbito. Ella resulta grave por cuanto, de acuerdo a la información disponible, los pueblos indígenas constituyen uno de los grupos más vulnerables y desprotegidos de la sociedad paraguaya, cuyos derechos, de acuerdo a antecedentes proporcionados por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos y entidades nacionales de derechos humanos, la más de las veces no son respetados.

De acuerdo a informaciones proporcionadas por profesionales integrantes de Tierraviva, ONG con un trabajo de larga data respecto a pueblos indígenas de Paraguay, el Defensor del Pueblo no ha dado prioridad a la atención de casos de derechos indígenas en su labor. Sostienen no conocer ninguna actuación especial ni ordinaria del Defensor del Pueblo en asuntos indígenas, o de casos que haya asumido la oficina central del Defensor en este ámbito³⁰⁸.

Señalan que, de existir alguna actuación del Defensor con respecto a los derechos indígenas, ésta debería haber acontecido en alguna de las oficinas departamentales, especialmente en el Departamento de Alto Paraguay. Mencionan como ejemplo un caso de actuación relativo a un desalojo indígena en Puerto Colón, caso de escasa relevancia respecto del cual no se tienen mayores antecedentes. Sostienen que de existir quejas indígenas en las oficinas departamentales, éstas son presentadas en tanto ciudadanos comunes, ya que en la Defensoría no hay mediación de criterios culturales o étnicos para el ejercicio de las funciones que le asigna la Constitución y la ley³⁰⁹.

308 Información proporcionada al IIDH por Andrés Ramírez, Rodrigo Villagra y Oscar Ayala de Tierra Viva, Paraguay, marzo de 2004.

309 *Ibid.*

Lo anterior parece verse corroborado por los informes del Defensor, en los que la dimensión étnica está prácticamente ausente y no se da cuenta de actividades defensoriales, de promoción, protección o de iniciativa legislativa relevantes en materia de derechos indígenas.

En razón de lo anterior, las organizaciones indígenas no parecen tomar como referencia al Defensor del Pueblo en la defensa de sus derechos. Al menos éstas no presentan sus reclamos ante ella, prefiriendo llevarlos ante instancias no gubernamentales³¹⁰, e inclusive, a la Oficina de Pueblos Indígenas de la Fiscalía, en el Ministerio Público, como lo hacían desde antes de la creación de la Defensoría.

Por su parte, los pueblos indígenas y ONG's de defensa de sus derechos –como Tierra Viva– han denunciado varios casos de violaciones de estos derechos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ninguno de los cuales fue previamente presentado al Defensor del Pueblo. Ello habla de que no se considera esta como una instancia pertinente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Llama la atención, de todas formas, que frente a las medidas cautelares decretadas por la CIDH en estas causas –en particular en el caso por derecho a la tierra de la comunidad Yakye Axa– el gobierno de Paraguay respondió formando una Mesa Institucional a la que no invitó al Defensor del Pueblo³¹¹.

No son claras las razones que explican la evidente omisión de la Defensoría en este ámbito de los derechos huma-

310 Entre ellas Tierra Viva, la Comisión de Derechos Humanos de Paraguay, GAT (Grupo de Apoyo a los Totobiesgosodes), y CONAPI (Coordinadora Nacional de Pastoral Indígena).

311 Información proporcionada al IIDH por Andrés Ramírez, Rodrigo Villagra y Oscar Ayala de Tierra Viva, Paraguay, marzo de 2004.

nos. La ausencia de recursos económicos con que asumir la compleja realidad de los derechos indígenas, si bien claramente dificulta el desarrollo de un trabajo más activo en esta materia, no puede señalarse como una razón de fondo para impedir un compromiso mayor de la Defensoría en esta temática.

De la información recabada se deduce que la Defensoría del Pueblo, no obstante sus cortos años de existencia, no parece contar con una buena recepción por parte del movimiento de derechos humanos ni de otros actores sociales, cuyas organizaciones cuestionan a sus autoridades por su supuesta falta de imparcialidad frente al gobierno³¹².

Por otra parte las rivalidades públicas entre el Defensor Páez Monges y el Defensor Adjunto Raúl Marín, podrían incidir en una falta de unidad de criterios al interior de la Defensoría, cuestión que repercutiría negativamente en su relación con las organizaciones sociales³¹³.

Tampoco la Defensoría parece ser un buen referente en la búsqueda de alianzas para la defensa de los derechos indígenas, tal como lo demuestra la opción de las organizaciones

312 De acuerdo a la información disponible, la elección del Defensor del Pueblo, Sr. Páez, así como del entonces Defensor Adjunto, Sr. Marín, habrían estado influenciadas por variables político partidarias, cuestión que ha dificultado la relación entre ambos y en general el trabajo encomendado por la Constitución y las leyes a la Defensoría. A la fecha el Sr. Páez ha sido reelecto como Defensor por el Parlamento, y en el cargo del Sr. Marín fue designado el abogado Edgar Villalba, del partido Liberal Radical Auténtico. A juicio de Andrés Ramírez, esta elección se habría realizado sin considerar la propuesta de la Coordinadora de Derechos Humanos de Paraguay (CODEHUPY), que promovió el nombre de la Dra. Soledad Villagra (ex Directora de la Mancillaría de Paraguay) como titular, y del Dr. Juan B. Rivarola como Adjunto (Andrés Ramírez, comunicación con el autor, junio 2005).

313 La Marginación del Defensor Adjunto cuando este buscaba un acercamiento con las organizaciones sociales habría afectado la relación con dichas organizaciones según información proporcionada al IIDH por Andrés Ramírez, Rodrigo Villagra y Oscar Ayala de Tierra Viva en Costa Rica, marzo de 2004.

indígenas y de Tierra Viva de llevar sus denuncias por violaciones de derechos indígenas a la CIDH sin presentarlas previamente a la Defensoría³¹⁴.

De acuerdo a la información de Tierra Viva, el que la población indígena busque la protección de sus derechos en instancias ajenas a la Defensoría, puede ser demostrativa de una opinión poco favorable de las organizaciones indígenas respecto de la institución fundada en su inoperancia en la defensa y promoción de sus derechos³¹⁵.

Vacíos y obstáculos

Entre los principales vacíos y obstáculos identificados en este estudio en el accionar de la Defensoría del Pueblo de Paraguay en materia de derechos indígenas cabe destacar los siguientes:

- Falta de determinación por parte de las autoridades de la Defensoría para impulsar una acción más decidida en defensa y promoción de los derechos de los pueblos indígenas que la Constitución y las leyes de permiten desarrollar;
- Inexistencia de una instancia en operación en su interior que le permita asumir esta tarea con la especificidad que ella requiere;
- Ausencia de recursos económicos con los que dar impulso a un trabajo más efectivo con pueblos indígenas;
- Problemas internos en la Defensoría que dificultan el desarrollo de una acción coherente y mancomunada de esta entidad en materia de derechos de los pueblos indígenas.

314 *Ibíd.*

315 *Ibíd.*

Recomendaciones

Con el fin de abordar los múltiples problemas y omisiones de la Defensoría del Pueblo de Paraguay en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, es que se hacen las siguientes recomendaciones:

1. Introducir reformas institucionales, en el ámbito legislativo, de modo de establecer explícitamente entre las funciones de esta entidad el velar por la protección, promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas de Paraguay;
2. Dar vida a la Oficina para los Pueblos Indígenas considerada en el organigrama de la Defensoría, como área especializada abocada en forma exclusiva a la investigación, mediación y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, dotándola de facultades amplias para el conocimiento de las quejas de los indígenas y de sus organizaciones representativas, para la investigación de oficio de casos graves de vulneración de sus derechos, así como para la promoción de sus derechos y la proposición de reformas legislativas en la materia;
3. La dotación a esta unidad de personal profesional interdisciplinario con experiencia de trabajo con pueblos indígenas, así como de personal indígena que desarrolle una labor de facilitación intercultural y acercamiento a las comunidades indígenas, tanto en su sede central de Asunción, como en las Delegaciones del interior del país;
4. La dotación de recursos y del equipamiento necesario para que esta unidad pueda desarrollar en forma adecuada sus funciones, y en particular, realizar el trabajo de terreno que se requiere en las áreas indígenas en las que

ocurren las violaciones a los derechos indígenas o a las que se quiera llegar para ejercer su labor de protección, mediación y promoción de derechos indígenas;

5. El desarrollo por esta oficina de una metodología de trabajo para la atención de quejas relativas a derechos indígenas, que le permita llevar una documentación específica sobre la materia, que sea de acceso público, y una sistematización de los resultados alcanzados a través de su acción defensorial;
6. El fortalecimiento de la labor investigativa frente a quejas específicas sometidas a su conocimiento, a investigaciones desarrolladas de oficio por la Defensoría, así como también frente a situaciones que por su gravedad requieran de estudios en profundidad y pronunciamientos fundados de la Defensoría;
7. La formación y sensibilización del personal de la Defensoría en su conjunto de modo que esta puede incorporar la dimensión de los derechos indígenas en su quehacer global;
8. El desarrollo de una acción promocional, en coordinación con el Poder judicial y el Ministerio Público, con miras a posibilitar un mayor conocimiento del derecho consuetudinario indígena por parte de las instancias jurisdiccionales de Paraguay, de permitir un mayor acceso de los indígenas a la justicia estatal, así como de hacer posible el ejercicio de los mecanismos alternativos de resolución de conflicto en base al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas previstos en la Ley.

Bibliografía

- Cardozo Dure, Celsa Dolores. *Fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en Paraguay*. Fotocopia de ponencia, s/f.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*. OEA/Ser./L/VII.110, doc. 52, 9 marzo 2001, en http://www.cidh.oas.org/countryrep/Paraguay_01sp/indice.htm
- Convención Nacional Constituyente. *Constitución Nacional de la República del Paraguay*. Asunción, Paraguay, 20 de junio de 1992.
- Defensoría del Pueblo de Paraguay, *Informe Anual al Congreso 2003*, en <http://www.defensoriadelpueblo.gov.py/informes.html>
- Dirección General de Estadística, *Encuestas y Censos. Paraguay Indígena- Resultados Preliminares*. en: http://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/censo_indigena_rp/Paraguay.pdf
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de Progresos en Derechos Humanos*, CD, s/f.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.
- Poder Legislativo, *Ley N° 631 Orgánica de la Defensoría del Pueblo*. Aprobada por la H. Cámara de Diputados el 25 de abril de 1995 y por la H. Cámara de Senadores el 13 de julio de 1995. Paraguay, 1995.
- Ramírez, Andrés. De la denegación estructural de derechos al estado de cosas inconstitucional. En: "Derechos

Humanos 2004”, Paraguay, 2004, en http://www.pidhdd.org/noticias/codehupy_informe_2005/19_indigenas.pdf

-----, *Derechos de los Pueblos Indígenas* (Informe Anual) Paraguay, 2003, inédito, facilitado por el autor.

Tierraviva. *Situación de los Pueblos Indígenas*. En: “Derechos Humanos en Paraguay-1996”, SERPAJ Paraguay. Diciembre de 1996. En: <http://www.derechos.org/nizkor/paraguay/ddhh1996/indigenas.html>

Villagra de Biederman, Soledad. *Implementación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el Paraguay*. En: “Derechos Humanos en Paraguay-199”, SERPAJ Paraguay, diciembre de 1996 en <http://www.derechos.org/nizkor/paraguay/ddhh1996/instrumentos.html>

Villagra, Rodrigo, *Tierra y territorio indígena en el Paraguay. Legislación, políticas públicas y actores sociales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Asunción, 2003 (inédito).

Villalba Benítez, Laura. *La tutela de los derechos fundamentales y el defensor del pueblo. Estudio comparativo de la institución del defensor del pueblo en España y Paraguay*. Universidad de Alcalá, España, junio 2003.

Páginas web

<http://www.cidh.oas.org/countryrep/Paraguay01sp/indice.htm>

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/>

www.paraguaygobierno.gov.py/defensoria

http://www.pidhdd.org/noticias/codehupy_informe_2005/19_indigenas.pdf

<http://www.socwatch.org.uy/es/portada.htm>

<http://untreaty.un.org/>

Comunicaciones

Castañeda, Amilcar, comunicación escrita al autor, abril 2005.

Marión Almada, Hellen, abogada de la Dirección de Atención al Ciudadano de la Defensoría del Pueblo de Paraguay, información escrita al IIDH, San José, agosto de 2005.

Páez Monges, Manuel María, Defensor del Pueblo, comunicación escrita enviada al autor en marzo de 2005.

Ramírez, Andrés, comunicaciones escritas al autor, mayo y junio de 2005.

Ramírez, Andrés, Rodrigo Villagra y Oscar Ayala, Tierra Viva, Paraguay, comunicación al IIDH, San José, marzo de 2005.

10. PERÚ

10.1. Antecedentes generales

En Perú habitan más de 65 pueblos indígenas, siendo los de mayor representación demográfica los *quechuas*, *aymaras*, *aguarunas* y *ashaninkas*. En total la población peruana es de aproximadamente 25 millones de personas, de los cuales 8 millones³¹⁶ son de origen indígena (Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, 2000).

La mayoría de las comunidades indígenas del Perú habitan en la zona de la sierra y la costa³¹⁷. Existen, además, pueblos indígenas establecidos ancestralmente en la Amazonía o selva peruana, cuya incidencia demográfica es menor a los pueblos de la sierra o costa pero que albergan la mayor diversidad cultural. En efecto, de las 65 etnias existentes en el país, el INEI censó en el territorio de la Amazonía 48 grupos étnicos, estimándose su población en 300 mil personas (CIDH, 2000).

La incidencia demográfica y cultural de los pueblos *aymara* y *quechuas* en el identitario peruano, ha determinado que sus respectivas lenguas vernáculas hayan sido reconocidas como idioma oficial en el Perú. Lo mismo ha ocurrido con las lenguas indígenas de la Amazonía.

La población indígena en el Perú vive en condiciones de extrema pobreza presentando los peores índices de calidad de vida del país (CIDH, 2000). El Centro Latinoamericano de Demografía CELADE, ha afirmado que el 79% de los indí-

316 Según Aroca, los indígenas en Perú suman unos 10 millones (Aroca, 2003).

317 Del total de comunidades indígenas existentes en Perú, 5.000 se identifican como comunidades campesinas del área andina y de la costa, en tanto que 1.200 lo hacen como comunidades nativas en la selva amazónica (De la Cruz, 2005).

genas en Perú son pobres, y que la mitad vive en extrema pobreza. La población bajo la línea de la pobreza es comparativamente mucho mayor (79%), en el caso de los indígenas que en el caso de los no indígenas (50%). Adicionalmente no tienen igual acceso a los servicios del Estado y presentan en general, problemas de alimentación (Aroca, 2003).

En la Amazonía el 23% de la población indígena, aproximadamente 40 mil personas, no saben leer y escribir. “La falta de acceso a una educación bilingüe intercultural es uno de los principales problemas que afectan a los niños de minorías étnicas y explica el hecho que 22% de los niños de la selva rural no asista a la escuela, lo que constituye el porcentaje más alto del país” (CIDH, 2000).

Según el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), durante el tiempo que duró el Conflicto armado en Perú (1980-2000) hubo un total de 69.280 víctimas fatales. En el departamento andino de Ayacucho se concentra más del 40 por ciento de muertos y desaparecidos reportados a la CVR, en tanto el resto se concentra en otras áreas rurales como son los departamentos de Junín, Huánuco, Huancaavelica, Apurímac y San Martín, alcanzando un 85 por ciento de las víctimas registradas por la CVR. La CVR ha constatado que la población campesina e indígena fue la principal víctima de la violencia. De la totalidad de víctimas reportadas, el 79 por ciento vivía en zonas rurales y el 56 por ciento se ocupaba en actividades agropecuarias. La CVR concluyó que, conjuntamente con las brechas socioeconómicas, el proceso de violencia puso de manifiesto la gravedad de las desigualdades de índole étnico-cultural que aún prevalecen en el Perú. Del análisis de los testimonios recibidos por la Comisión resulta que el 75 por ciento de las víctimas fatales del conflicto armado interno tenían el quechua u otras lenguas nativas como

idioma materno. Este dato contrasta, según lo expresado por la CVR en sus conclusiones, con el hecho de que la población que comparte esa característica constituye solamente el 16 por ciento de la población peruana de acuerdo con el censo nacional de 1993 (Lerner Febres, 2003; en: www.nodo50.org/derechosparatodos/Areas/Peru.html).

Aunque el informe de la CVR indica como principal responsable al grupo “Sendero Luminoso”, admite la existencia de una práctica generalizada y sistemática de violaciones a los derechos humanos cometidas por las instituciones armadas (Comisión de la Verdad y Reconciliación en IWGIA, 2004).

En este contexto de atropellos a comunidades indígenas en el marco del conflicto armado (1980-2000), particular mención amerita la situación de las comunidades indígenas de la selva central, la que es relevada en el informe elaborado por IWGIA en el año 2004. “El pueblo *asháninka* fue víctima de asesinatos, destrucción y arrasamiento de comunidades, a lo que se suma el secuestro de familias enteras por parte de Sendero Luminoso, lo que desplazó en un segundo momento, a su área de operaciones a la selva central” (IWGIA, 2004: 150)³¹⁸. Hasta el año 2003 se informaba que aun se podían encontrar grupos de indígenas desplazados huyendo de grupos armados, y, asimismo, grupos armados infiltrándose en territorios indígenas como es el caso de Satipo (IWGIA, 2004).

En el plano organizativo, y no obstante la importancia demográfica del mundo indígena en Perú, en los últimos treinta años, las organizaciones sindicales agrarias nacionales invisibilizaron al interior del movimiento social la dimensión

318 Véase Espinosa, 1966.

étnica, censurando el término “indígena” y valorando más lo campesino. Una de las pocas excepciones fue el caso de Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), organización que tuvo en cuenta la dimensión indígena y que –según lo expresado por algunos autores– a propósito de dicha identificación, debió enfrentar los embates de Sendero Luminoso y del MRTA, especialmente en el territorio de los pueblos *ashaninka* de la selva central (Aroca, 2003).

AIDSESP junto a la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) y la Coordinadora Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería (CONACAMI), organización que no obstante ser de carácter nacional y agrupar a organizaciones indígenas del área andina, involucra también a comunidades de la cuenca amazónica, han jugado un rol gravitante en los últimos años. Dichas organizaciones han denunciando las actividades extractivas como fuente de marginación y pobreza en el mundo indígena y promovido activamente un nuevo marco jurídico para el reconocimiento de sus derechos como pueblos diferenciados y una política pública orientada en los principios de participación y pluralismo jurídico reconocidos en el Convenio 169 de la OIT.

10.2. Marco jurídico de los derechos humanos e indígenas

La Constitución peruana de 1993 consagra sus primeros 30 artículos al reconocimiento de los derechos fundamentales, distinguiendo un capítulo primero donde se reconocen los derechos civiles y políticos, y cuyo artículo inicial se enuncia con el principio liberal fundacional de los derechos humanos; la dignidad humana. En el capítulo II, se consagran los derechos sociales y económicos, dejando un tercer capítulo para el desarrollo de la ciudadanía y el derecho a sufragio, fundamentalmente.

Pese a seguir la clásica distinción entre derechos de primera y segunda generación, el artículo 3 da cuenta de la integridad y complementariedad de los derechos constitucionales al establecer: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (artículo 3).

No obstante los denominados derechos económicos y sociales considerados en la Constitución no se corresponden del todo a los del respectivo Pacto de Naciones Unidas, sino más bien constituyen una combinación de declaración de principios morales (la familia, paternidad y maternidad responsable, condena al tráfico de drogas, etc.) con enunciación de servicios en el ámbito de la salud y la educación, en los que se consagra fundamentalmente la libertad e igualdad de acceso por parte de la población.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre la situación de Derechos Humanos del Perú correspondiente al año 2000, revela que existe una involución en el ordenamiento jurídico peruano en materia de reconocimiento de derechos humanos, a propósito de la modificaciones introducidas por la Reforma Constitucional de 1993 en lo referente al rango legal de los tratados internacionales sobre la materia³¹⁹.

319 El artículo 55 de la Constitución Política Peruana de 1993 reconoce que los tratados internacionales celebrados por el Estado son parte integrante del derecho peruano. En el artículo 56, el mismo texto constitucional regula el procedimiento para la efectiva incorporación de dichos instrumentos internacionales al derecho interno. Dispone el precepto que los acuerdos internacionales, en particular los referidos a derechos humanos, deberán ser aprobados por el Congreso, antes de proceder a su efectiva ratificación por el Presidente de la República (CIDH, 2000).

En cuanto al valor que estos instrumentos internacionales tienen en el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de 1993 no aborda sistemáticamente el problema de las fuentes del derecho y su rango normativo. El artículo 55 sólo menciona que los tratados internacionales celebrados por el Estado son parte integrante del derecho peruano y el artículo 56 regula el procedimiento para su incorporación como ley interna. Sin embargo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución del 93 establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, lo que da preeminencia a los estándares de interpretación de derechos humanos adoptados en el seno de la comunidad internacional por sobre los adoptados en el derecho interno³²⁰.

La carta constitucional de 1979, en cambio, establecía expresamente la prioridad que merecía el respeto de los derechos humanos en el orden normativo y político del Estado peruano. Así, el artículo 80 de la Constitución, afirmaba que asegurar la plena vigencia de los mismos, constituía uno de los deberes “primordiales” a cargo de las autoridades. En tanto que, el artículo 211 (1), en la parte referida a las obligaciones y atribuciones del titular del Ejecutivo, disponía el sometimiento del Presidente de la República al cumplimiento, entre otras normas, de las disposiciones emanadas de los tratados (CIDH, 2000).

Por otra parte, el artículo 16 del título VIII del texto constitucional del año 1979, enumeraba expresamente tres instrumentos internacionales concernientes a derechos humanos, a los cuales les confería rango constitucional, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo al mismo Pacto, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En su informe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos releva que, con relación a la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 16 en mención se refería expresamente a la adhesión por parte del Perú a los artículos 45 y 62 respectivamente, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana, y a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Complementado estas normativas jurisdiccionales, el título quinto, artículo 305, reconocía competencia a instancias internacionales para conocer cuestiones de derechos humanos. La citada cláusula habilitaba a los ciudadanos peruanos a acudir, en caso de haber agotado la jurisdicción interna, a los “tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú” (CIDH, 2000).

320 Véase: <http://www.cajpe.org.pe/guia/tratados.htm>

No obstante, a fines de los 90, surgen jurisprudencias contradictorias en el sentido de establecer el rango de los tratados en relación al derecho interno peruano. La discusión se generó a propósito de la aplicación del artículo 14 N° 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos referido al derecho al debido proceso. Mientras una sentencia establecía la primacía de las normas de los tratados, por sobre las leyes internas, otra señalaba que de las normas de la Constitución se desprende claramente que la ley interna tiene primacía sobre el derecho internacional.

La importancia de este debate en Perú es incuestionable toda vez que existen antecedentes que denotan que el Estado peruano si bien ha suscrito la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos³²¹, en múltiples

321 Entre los instrumentos internacionales ratificados por Perú a enero del 2004 figuraban: La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, (1965); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (1976); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990); la Convención para la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1976); la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1954); la Convención sobre la Esclavitud (1927); y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967)

(http://www.socwatch.org.uy/es/fichasPais/tratados_16.htm#dato_hrt).

A ellos se agregan los tratados internacionales mencionados en la Declaración del Milenio, suscrita por los Jefes de Estado de la ONU el 2000, incluyendo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998); la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción. (1997); el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales (1996); el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1997) aún sin vigor; el Pro-

ocasiones ha incumplido sus compromisos internacionales en la materia. Así fue consignado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que señaló que, de los instrumentos jurídicos del sistema universal de protección de los derechos humanos ratificados por el Perú, seis han establecido comités de expertos independientes para monitorear el cumplimiento de los Estados partes con las obligaciones consagradas en dichos instrumentos. Para ello, prosigue, emiten informes periódicos en los cuales analizan la evolución de la situación interna de los países en relación a los derechos respecto de los cuales tienen competencia para investigar. Perú, consigna la Comisión, ha sido objeto, en distintas oportunidades, de la atención de estos órganos, los cuales han resaltado diversos problemas de derechos humanos, recomendando a las autoridades peruanas la realización de cambios o medidas correctivas específicas³²² (CIDH, 2000).

toloco Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (2000); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (2000); la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992); la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación (1994); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981). Perú no ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (Ibíd.). Asimismo, se agregan las convenciones de la OIT (N°s 87, 98, 105, 100, 111, 138 y 182) (Ibíd.). Finalmente, en el ámbito americano, Perú ha ratificado las principales convenciones de derechos humanos de la OEA, entre ellas, la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José” de 1969; el “Protocolo de San Salvador” de 1988; la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; la Convención Americana sobre la desaparición Forzada de Personas de 1994. Perú no ha ratificado la Convención Americana relativa a la abolición de la Pena de Muerte de 1990 (IIDH, Mapa de Progresos en Derechos Humanos, CD s.f.).

- 322 El Comité contra la Tortura, en sus observaciones finales emitidas en oportunidad de la sesión de noviembre de 1999, señaló como especialmente preocupantes, las siguientes situaciones: “a) Las numerosas denuncias de tortura que siguen presentándose; b) La falta de ‘independencia’ de los miembros del poder judicial que no tienen seguridad en el cargo; c) El período de prisión preventiva en condición de incomunicado, que es de 15 días, para los sospechosos de la comisión de actos de terrorismo; d) El uso de tribunales militares para juzgar a civiles; e) La pena automática de un año como mini-

La Constitución de 1993 asume la configuración pluricultural de la nación. El reconocimiento que se hace en el artículo 2 N° 19 de la Carta peruana en verdad plantea una nueva relación entre Estado y nación. La Constitución Política del Perú consagra que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación³²³. El texto constitucional agrega que, el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas³²⁴.

Cabe resaltar que, de acuerdo a lo expresado en la normativa constitucional, el Estado peruano no reconoce a los pueblos indígenas, sino a las comunidades campesinas (población rural en las regiones de costa y sierra) y nativas (pueblos indígenas de la Amazonía peruana). También se reconoce el derecho de cada persona a usar su propio idioma. La Constitución reconoce como idiomas oficiales del Perú el castellano, el *quechua*, *aymará* y otras lenguas aborígenes.

Basándose en la Ley General de Educación de 1972, la Constitución consagra el fomento de la educación bilingüe y bicultural (artículo 17), y el derecho del educando a recibir una formación que respete sus identidades (artículo 15).

mo de reclusión solitaria, a partir de la fecha del juicio, aplicable a las personas condenadas por un delito de terrorismo; f) La falta manifiesta de una investigación y un enjuiciamiento efectivos de las personas acusadas de haber cometido actos de tortura; g) La aplicación, en particular, de leyes de amnistía que excluyen la posibilidad de enjuiciar a presuntos torturadores que, conforme a los artículos 4, 5 y 12 de la Convención, deben ser sometidos a una investigación y un enjuiciamiento cuando corresponda; h) El mantenimiento en algunas partes del país de leyes de emergencia que derogan las disposiciones ordinarias de protección de los derechos humanos; i) El hecho de que la Oficina del Fiscal no ha establecido un registro preciso de las personas que denuncian haber sido torturadas” (Comité contra la Tortura ONU, 1999).

323 Artículo 2, Constitución Política del Perú.

324 Artículo 89, Constitución Política del Perú. Se supera el modelo integracionista que valoraba a la cultura hegemónica como superior y que imperaba en la Constitución de 1979, la que en su artículo 161 establecía que “el Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes”.

La Constitución asegura el reconocimiento de la existencia de las comunidades indígenas como un hecho social y político y les asigna el estatus de personas jurídicas para actuar válidamente en el ámbito legal.

El mismo artículo 89 dispone que las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas, lo cual es ratificado por el DL 22.175 de 1978, Ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva. Esta Ley además contiene un sistema de titulación de territorios indígenas restrictivo, que “responden a un criterio andino [y es] inadecuado a las condiciones de vida de los Pueblos Indígenas de la Amazonía” (Barie, 203: 493).

La Ley 24656 de 1987, Ley General de Comunidades Campesinas, dispone que éstas son organizaciones de interés público, dotadas de existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. Se les reconoce un autogobierno limitado, como consecuencia de cuya imposición resulta que los comuneros individualmente están dispuestos a las mismas leyes que los otros ciudadanos y que los gobiernos de la comunidad están dispuestos a normas estrictas que regulan el funcionamiento de su gestión (Laats, 2000).

Las tierras y comunidades indígenas son reconocidas en el Perú desde 1920. En efecto, producto de diversos levantamientos indígenas, a principios del siglo XX son reconocidas las comunidades indígenas en la Constitución de 1920, y “las tierras recibieron el mismo status legal que las

propiedades del Estado” (Ludescher, 2001: 410). De esta forma, la propiedad de las comunidades indígenas se regía por el derecho público y no por el derecho privado.

La Constitución de 1933 reconoció la existencia legal y personería jurídica de las comunidades indígenas y garantizó la integridad de sus propiedades, declarando sus tierras imprescriptibles, no enajenables e inembargables.

Las tierras indígenas en la Amazonía, no se encontraban incluidas en este estatuto especial en ninguna de dos constituciones. En general, estas fueron consideradas tierras vacuas de propiedad del Estado, y la propiedad ancestral de los indígenas fue ignorada. Sólo en 1975 (D.L. 20653) es regulada la propiedad y tenencia de estas tierras y el reconocimiento de las comunidades nativas a través de la Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria para las Regiones de Selva y Ceja de Selva. Esta norma condicionaba el reconocimiento estatal al “nucleamiento” y “sedentarización” de la población indígena.

En el año 1978, el DL 22.175 modifica la Ley de Comunidades Nativas, “divide en dos partes las tierras de las Comunidades Nativas demarcadas, sometiéndolas a dos situaciones jurídicas diferenciadas: las tierras con aptitud agropecuaria son entregadas en propiedad, mientras que las tierras con aptitud forestal sólo puede ser cedidas en uso” (artículo 11). (Ludescher, 2001: 411). Como la mayor parte de las tierras de la selva son forestales, resulta que los indígenas sólo tienen un restringido acceso a la propiedad de sus tierras ancestrales. En la práctica, además, el otorgamiento de reservas del Estado a indígenas en virtud esta ley, ha tenido muy poca aplicación.

En la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva se establece que el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas; levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad. Cuando posean tierras en cantidad insuficiente, se les adjudicará el área que requieran para la satisfacción de las necesidades de su población³²⁵.

La adjudicación de tierras con fines agropecuarios en los proyectos de asentamiento rural, se efectuará únicamente a favor de comunidades nativas, comunidades campesinas, cooperativas agrarias, sociedades agrícolas de interés social y empresas de propiedad social, así como a personas naturales debidamente calificadas³²⁶.

La Constitución actual garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada³²⁷, y garantiza en el artículo 88 especialmente el derecho de propiedad indígena sobre las tierras³²⁸. No obstante, aun cuando estas normas son claras en proteger la propiedad sobre las tierras indígenas, al igual que las del Convenio 169 de la OIT, las leyes dictadas con posterioridad, y que conciernen el interés indígena sobre las tierras, no reflejan estos principios, creando conflicto en torno a su interpretación.

325 Artículo 10, Decreto Ley No. 22175 de 1978.

326 Artículo 56, Decreto Ley No. 22175 de 1978.

327 Artículo 70: “el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común dentro de los límites de la ley...”

328 Artículo 88: “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunitaria o en cualquier otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las Tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”.

El nuevo régimen constitucional constituye un retroceso en relación con las normas del Convenio 169 de la OIT, ya que disolvió el régimen de protección de las tierras comunales, debilitando la protección de este derecho³²⁹. Actualmente no se encuentra establecida en la Constitución la inembargabilidad, ni la inalienabilidad, por lo que se entiende que existe libre disposición de su dominio, y aunque son imprescriptibles, pueden salir del patrimonio indígena por abandono según prescribe la norma legal. Según el artículo 88 de la Constitución y 5 de la Ley de Tierras No 26.505, las tierras de las comunidades nativas podrían declararse abandonadas –en cuyo caso pasan al dominio público– cuando las comunidades no cumplan los términos y condiciones de los contratos de cesión suscritos con el Estado³³⁰.

329 El artículo 89 dispone que las comunidades indígenas son autónomas “en su organización... y en el uso y la libre disposición de sus tierras”.

330 Luego que la Constitución de 1993 modificara el tratamiento de sus tierras, permitiendo la libre disposición de las tierras por parte de las comunidades campesinas y nativas, se han dado algunas normas que modificaron las leyes mencionadas, tales como la Ley N° 26505, Ley de Promoción de la Inversión en las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y las Comunidades Campesinas y Nativas, a la que se sumó la Ley de Titulación de Comunidades Campesinas de la Costa, Ley N° 26845. Adicionalmente, la aprobación de numerosas normas legales por el Poder Ejecutivo, mediante decretos supremos, muchos de ellos reglamentarios de las normas anteriores, ha hecho sumamente difícil manejar ese complejo normativo.

Ante esa realidad, en enero del 2004 se aprobó la Ley N° 28150, la cual conformó una Comisión Especial, encargada de revisar la legislación de comunidades campesinas y nativas y de preparar un “Anteproyecto de ley de comunidades campesinas y nativas”, el cual sería presentado ante la Comisión de Amazonía, Asuntos Indígenas y Afroperuanos del Congreso de la República. El Anteproyecto de Ley de Comunidades Campesinas, Comunidades Nativas y Pueblos Indígenas que ahora se presenta es resultado del trabajo de más de un año de sus miembros: congresistas de la República, funcionarios del Poder Ejecutivo, de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio Público y de representantes de dos organizaciones nacionales de campesinos y de dos organizaciones nacionales de nativos.

La Comisión Especial constató que pese al tratamiento constitucional y a la existencia de varias leyes relacionadas con las comunidades campesinas y nativas, para la mayor parte de los peruanos la realidad de estas comunidades es inexistente o, lo que es peor, son percibidas como instituciones arcaicas que deben desaparecer bajo el influjo de la modernidad. De acuerdo a cifras del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural –PETT– existen

La Constitución, si bien protege el pluralismo económico y el derecho de ser titular colectivo de la propiedad³³¹, liberaliza el régimen de propiedad. La necesidad de promover una reorganización sistemática de las propiedades en el agro desaparece de la prioridad legal; el término reforma agraria directamente no figura en estas nuevas leyes y conjuntamente tampoco se advierte un régimen de protección de las comunidades nativas. Las comunidades nativas de la Amazonía, según la nueva Carta Magna, dejan de merecerse cualquier amparo³³², y por tanto, en los hechos queda sin efecto el régimen de protección instaurado por la Ley de comunidades de 1975, que había permitido proteger, al menos en el texto legal, a estas comunidades de la desenfrenada explotación depredadora propiciada por terceros en sus territorios ancestrales (Barie, 2003).

El artículo 89 de la Constitución peruana, reconoce la autonomía de las comunidades indígenas “en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece”. La propiedad de sus tierras es

5818 comunidades campesinas reconocidas y 1265 comunidades nativas reconocidas. Aunque no hay datos exactos sobre su población, ellas concentran un porcentaje elevado de la población rural y, lo que resulta más delicado, en ellas se concentran los niveles más altos de pobreza y pobreza extrema del país. El Anteproyecto que busca responder a la necesidad de garantizar el derecho de las comunidades campesinas y comunidades nativas a sus tierras, pero también se orienta a desarrollar los mecanismos que permitan su desarrollo, al considerar a esta población como parte fundamental de la nación. Asimismo, tomando en cuenta el proceso de descentralización iniciado en los últimos años, se ha tratado en este anteproyecto de reforzar la vinculación de las comunidades campesinas y nativas con los gobiernos regionales y locales, de modo de ponerlas en mejores condiciones para enfrentar las tareas de su desarrollo. Acorde con las tendencias que se observan en la legislación internacional, en especial de los países vecinos. El Anteproyecto ha recogido también algunos principios contenidos en el Convenio N° 169 de la OIT, desarrollando aspectos de esta norma (Aroca, 2005).

331 Artículo 88, Constitución Política del Perú.

332 Artículo 89, Constitución Política del Perú.

imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo 88 y al que nos referimos en los acápites precedentes.

También en materia de tierras y territorio, la nueva Constitución no contiene normas que consagren la obligación de consulta o la posibilidad de colaboración en la explotación de recursos naturales entre pueblos indígenas y Estado, norma que está presente en casi todas las Constituciones adoptadas en Latinoamérica durante la década de los 90. Sin embargo, persiste en el derecho peruano algunas normas que regulan ciertos derechos indígenas sobre los recursos naturales.

En efecto, la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales prescribe que las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros³³³. La eficacia de esta norma está en cuestión pues supedita el acceso prioritario a los recursos naturales de las tierras tituladas y, según ha quedado demostrado precedentemente, existe una masiva situación de irregularidad en la terratenencia indígena.

La Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva reconoce algunos derechos prioritarios a las comunidades indígenas en la gestión de sus recursos naturales. En primer lugar, prescribe que los organismos del Sector Público Nacional dentro de los campos de su respectiva competencia darán prioridad a las comunidades nativas para acceder a los servicios que presten dentro de la región³³⁴. El citado cuerpo legal señala, además,

333 Artículo 18, Ley No. 26821 de 1997.

334 Artículo 21, Decreto Ley No.22175 de 1978.

que las comunidades nativas recibirán de los organismos públicos trato prioritario en lo que se refiere a la comercialización de sus productos³³⁵. También concede a las comunidades nativas prioridad para la obtención de contratos de explotación forestal, extracción forestal y reforestación³³⁶.

Tratándose de áreas protegidas, el legislador ha establecido que la administración de dichas áreas deberá dar una atención prioritaria para asegurar los usos tradicionales y los sistemas de vida de las comunidades nativas y campesinas ancestrales que habitan las áreas naturales protegidas y su entorno, respetando su libre determinación, en la medida que dichos usos resulten compatibles con los fines de las mismas. El Estado promueve la participación de dichas comunidades en el establecimiento y la consecución de los fines y objetivos de las áreas naturales protegidas³³⁷.

Para la gestión de sus recursos naturales las Comunidades Nativas y Campesinas, están sometidas a las normas de la Ley de Fauna Silvestre. La ley señala que dichas comunidades, previo al aprovechamiento de sus recursos maderables, no maderables y de fauna silvestre con fines industriales y comerciales, deberán contar con su Plan de Manejo aprobado por el INRENA³³⁸, de acuerdo a los requisitos que señale el reglamento, a fin de garantizar el aprovechamiento sostenible de dichos recursos. La autoridad competente asesorará y asistirá, con carácter prioritario, a las comunidades nativas y campesinas para el fin antes señalado³³⁹.

335 Artículo 22, Decreto Ley No.22175 de 1978.

336 Artículo 27, Decreto Ley No.22175 de 1978.

337 Artículo 31, Ley No. 26834 (1997).

338 Instituto Nacional de Recursos Naturales.

339 Artículo 12, Ley Número 27308 (2000).

El Decreto Supremo 052 2001 AG del 25 de octubre de 2001 declara cuestión prioritaria y autoriza atención preferente por parte de las Instituciones del Estado las solicitudes presentadas por las comunidades nativas de selva y ceja de selva para el aprovechamiento de Recursos Forestales en sus tierras³⁴⁰.

Existen normas específicas para el uso y aprovechamiento de “barreales”. Dispone el legislador que los “barreales” se otorgarán en usufructo en forma gratuita en superficies no mayores de diez hectáreas, mediante certificados de posesión con el carácter de intransferible por el término de una campaña agrícola. Tendrán derecho preferente los peticionarios que demuestren haberlos cultivado en la campaña anterior, salvo que se encuentren en áreas colindantes con territorios de comunidades nativas en cuyo caso los barreales se otorgarán a éstas en forma preferencial, mediante licencia gratuita de duración indefinida. Los certificados de posesión o licencias, otorgados para el uso de los barreales, tendrán validez para el otorgamiento de créditos de campaña por el Banco Agrario del Perú y serán otorgados por el Director de la región Agraria o por el titular de la dependencia de dicha Región Agraria a la que se delegue esta función³⁴¹.

Cabe agregar a este respecto que el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos señala que cuando un proyecto pueda afectar a comunidades nativas o campesinas, se incluirán en el EIA las medidas necesaria para prevenir, minimizar o eliminar los impactos negativos sociales, culturales, económicos y de salud³⁴² (Yáñez y otros, 2004).

340 Artículo 1, Decreto Supremo 052 2001 AG (2001).

341 Artículo 92, Reglamento de la Ley 22175 (1978).

342 Artículo 12, Decreto Supremo No.046-93-EM.

Finalmente, en el plano político institucional, resulta importante resaltar que en el año 2001 se acordó un Plan de Acción entre indígenas y el gobierno del Presidente Paniagua para intentar satisfacer las necesidades de los pueblos indígenas. Para ejecutar estas propuestas se creó más tarde la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos (CONAPA), cuya tarea era coordinar acciones con los servicios estatales competentes.

Este Plan de Acción reconocía el derecho al territorio de los indígenas, puntualizando que este implica no sólo la titulación y demarcación de las tierras sino, que se refiere al hábitat de los indígenas, incluyendo el uso y manejo de los recursos naturales. Se pronunciaba, asimismo, sobre el derecho de consulta y los procedimientos adecuados para el ejercicio de la consulta. En cuanto a la participación indígena, se proponía la incorporación de escaños especiales para representantes de pueblos indígenas en el Congreso. La Comisión, presidida en principio por la primera dama del Perú³⁴³, en la práctica avanzó muy poco en aprobar políticas del Estado.

Ya en el año 2000 la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, a propósito de su Segundo Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Perú, recomendó promulgar una ley que garantizara los derechos individuales y participación ciudadana de los indígenas; crear mecanismos estatales para verificar la implementación del Convenio 169; garantizar la adecuada demarcación de las tierras indígenas; mejorar el acceso de los indígenas a los servicios públicos de salud y educación; garantizar la protección del medio ambiente; y, arbitrar medidas para erradicar la discriminación étnica (CIDH, 2000).

343 El 3 de julio de 2003 se anunció la renuncia de Eliane Karp a la presidencia de la CONAPA y se planteó que un representante de los pueblos indígenas asumiera la presidencia de esta entidad gubernamental.

Por su parte la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR) recomendó incorporar a la Constitución el reconocimiento de derechos individuales y colectivos; la definición del Estado peruano como multinacional, pluricultural, multilingüe y multiconfesional; reconocer que las tierras y territorios tradicionales son inalienables, inembargables, imprescriptibles e inexpropiables; reconocer el derecho de los indígenas a tener su propio régimen de administración de justicia de acuerdo a los derechos humanos y garantizar el acceso de los mismos a una justicia estatal culturalmente pertinente; reconocer mecanismos tradicionales de justicia alternativa para la resolución de conflictos que conciernen los intereses indígenas (IWGIA, 2004).

Recientemente (2005) se aprobó la ley que crea el Instituto de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) entidad que viene a reemplazar a la CONAPA, como órgano de de coordinación de política pública indígena. De acuerdo a su artículo 2 “el INDEPA es el organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos”³⁴⁴.

10.3. Reconocimiento del derecho consuetudinario y acceso de los indígenas a la justicia

La Constitución peruana, siguiendo en esto a la de Colombia, reconoce en el artículo 149 a las comunidades cam-

344 Su reglamento fue aprobado el 10 de agosto de 2005.

pesinas, nativas y rondas campesinas el ejercicio de funciones jurisdiccionales, aplicando su propio derecho consuetudinario³⁴⁵.

La Constitución no establece límites en cuanto a la competencia de las autoridades indígenas para el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales. Tales facultades no se encuentran condicionadas por la materia, ni por la gravedad de los hechos, tampoco están limitadas por el Convenio 169 de la OIT. En consecuencia, es dable concluir que cualquier asunto puede ser resuelto en los órganos de jurisdicción indígena. El ámbito de acción, es el espacio de la comunidad o la ronda, y a ella están sometidos inclusive quienes no son indígenas, como es el caso de comuneros de origen campesino o ronderos.

Las rondas campesinas constituyen una forma de organización relativamente nueva. Surgen en departamentos de la Sierra norte del país a fines de 1976. Si bien nacieron para el control de la seguridad interna de las comunidades y como una fórmula para combatir el robo de ganado, posteriormente, han desarrollado una serie de funciones, administración de justicia, organización de la vida comunal, interlocución con el Estado.

En 2002 se dictó la Ley No 27.908 sobre Rondas Campesinas, que reconoce estas organizaciones democráticas y autónomas³⁴⁶, para apoyar las funciones jurisdiccionales de las Comunidades Nativas y Campesinas, y en la solución de

345 Artículo 149 Constitución. “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

346 Artículo 1.

conflictos y conciliación extrajudicial dentro de su ámbito territorial. En su artículo 1 dispone:

Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas se aplican a las rondas campesinas en lo que les corresponde y favorezca.

En cuanto a sus competencias el artículo 7 de la Ley dispone que “las Rondas Campesinas, en uso de sus costumbres, pueden intervenir en la solución pacífica de conflictos suscitados entre los miembros de la comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal”.

El artículo 8 establece que “para el ejercicio de sus funciones las Rondas Campesinas pueden establecer coordinaciones con las organizaciones sociales rurales y entidades privadas, así como con las autoridades políticas, policiales, municipales, representantes de la Defensoría del Pueblo y otras de la Administración Pública”.

En cuanto a su coordinación con la jurisdicción ordinaria la Ley establece en el artículo 9 que “las autoridades de la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación con los dirigentes de las Rondas Campesinas respetando las

autonomías institucionales propias”. Por otro lado agrega que “los dirigentes de las Rondas pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado”.

Respecto a la importancia de contar con una normativa legal de reconocimiento de las rondas campesinas y de su rol la Defensoría del Pueblo señala (2002):

Porque se requiere el reconocimiento constitucional de la atribución de administrar justicia campesina para regularizar el papel que se cumple en la solución pacífica y gratuita de numerosos conflictos entre pobladores de las comunidades, lo cual vuelve a los ronderos víctimas de la incomprensión de autoridades que malinterpretan sus prácticas y los someten a procesos judiciales injustos. Además, porque el artículo 149° de la Constitución de 1993 refiere la necesidad de establecer una norma de coordinación con las autoridades jurisdiccionales para la efectiva vigencia de la atribución dada por la norma constitucional que a la vez reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural (Defensoría del Pueblo, 2002: 17).

Al respecto Yrigoyen da cuenta de la importancia de las rondas y de su reconocimiento legal, ya que éstas no sólo cumplen funciones de seguridad, sino de gobierno local, de justicia, de autoregulación. En cuanto a la resolución de conflictos, sostiene que estas no sólo los resuelven a través de la conciliación, sino también aplican medidas coactivas. Por todas estas características, considera que el reconocimiento legal de las rondas resulta fundamental para el reconocimiento del pluralismo jurídico en Perú (en Defensoría del Pueblo, 2002).

10.4. Las amenazas a los derechos indígenas: el caso de los derechos sobre las tierras y recursos naturales

No obstante los reconocimientos a los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el ordenamiento jurídico de Perú, el ejercicio de estos derechos se enfrenta, al igual que en otros contextos de América Latina, a muchas dificultades. Posiblemente uno de los ámbitos más complejos es en relación con los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios.

En el caso de los indígenas de la Amazonía peruana, tales derechos se ven afectados por la implementación de megaproyectos, especialmente de hidrocarburos, en sus territorios ancestrales. La situación se ha agravado a consecuencia de la desaparición del régimen de protección de tierras en la nueva Constitución del Perú (Aroca [Defensoría del Pueblo], *Situación de las Tierras y Territorios de las Comunidades Nativas en la Amazonía Peruana*, 2000).

Al inicio de los años 80 fueron descubiertos inmensos depósitos de gas natural en la región de los valles de Uribamba y Camisea³⁴⁷. Las áreas de explotación corresponden a

³⁴⁷ Los yacimientos San Martín y Cashiriari, conjuntamente conocidos como Bloque 88, Camisea, albergan una de las más importantes reservas de gas natural en América Latina. Las reservas de Camisea son diez veces más grandes que cualquier otra reserva de gas natural en el Perú. El Proyecto Camisea consiste en la explotación de estas reservas, la construcción y operación de dos ductos, un gasoducto para gas natural y un poliducto para líquidos de gas natural y la red de distribución para gas natural en Lima y Callao. El 9 de diciembre de 2000, se suscribieron en Lima el Contrato de Licencia para la explotación de los hidrocarburos de Camisea y los tres Contratos de Concesión para el transporte de líquidos y gas y la distribución de gas.

A principios de mayo de 2002, TGP S.A. seleccionó a Tractebel como operador de la Compañía de Distribución de Gas. Gas Natural de Lima y Callao (GNLC) es una compañía propiedad de Tractebel, creada para desarrollar el servicio de distribución de gas natural en Lima y Callao. Tractebel se convertirá en socio de TGP S.A. para el proyecto del transporte (Aroca, 2005).

dos lotes identificados como lotes 88 a y 88 b. En marzo de 1997, se le autorizó además la explotación del denominado lote 75. La inversión prevista es de aproximadamente 2.8 millones de dólares americanos, lo que hace de este proyecto –conocido como Proyecto Camisea– el propósito de inversión de mayor envergadura en toda la historia peruana (Kuppe, 2001).

Los contratos se refieren a un territorio continuo de la selva central peruana de una extensión aproximada de 20.000 km², el que se superpone parcialmente al Parque Nacional Manú e impacta territorios ancestrales de 5 pueblos indígenas, entre los que se encuentran los territorios *matsigenka* y *nahua*.

En agosto de 2004, un grupo de organizaciones indígenas difundieron un documento titulado “Declaración de Pueblos en Defensa de la Vida, el Territorio y el Ambiente”. En esta declaración se da cuenta de los graves impactos generados por el proyecto Camisea en el bosque de Urubamba. Los antecedentes que fundan la declaración son extraídos de un informe conocido como “Resumen de Hallazgos”, presentado en junio de 2004 por una misión de investigación integrada por el Consejo Machiguenga del río Urubamba y ONG’s ambientalistas. Los cuatro hechos más preocupantes allí denunciados fueron: “a) erosión masiva del suelo y múltiples deslizamientos de tierra los que causan grave daño a los ecosistemas de agua pura, b) afectación de la alimentación y la salud local por la disminución de peces y por la calidad del agua, c) las defectuosas negociaciones y medidas de compensación que explotan la falta de preparación de las comunidades y d) el plan de monitoreo existente no es efectivo ni transparente y es ignorado por la compañía” (IWGIA, 2004: 153).

Los *nahua* son un pueblo en estado de aislamiento voluntario que habita en los departamentos de Cusco, Ucayali, y Madre de Dios. Este pueblo se refugió en dicha zona alejada para protegerse de las enfermedades, la esclavitud y el genocidio. Antecedentes tenidos a la vista dan cuenta que luego de las exploraciones efectuadas por la Shell para el desarrollo del proyecto Camisea, grupos de madereros aprovecharon las trochas de acceso abandonadas para tomar contacto directo con las población nahua y desencadenar, a partir de 1984, una epidemia de enfermedades respiratorias que causó la muerte de más de la mitad de la población (IWGIA, 2004).

En mayo de 2004, los *nahua* solicitaron al gobierno peruano que, finalmente, excluyese una parte de su territorio como solución permanente a la invasión de madereros ilegales y como una fórmula para materializar la titulación de sus tierras, aunque sea sobre el remanente.

En este escenario, organizaciones como la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas Amazónicos del Perú (COICA), adhiriendo a las demandas de los *nahua*, entre otros, han reivindicado el derecho de aislamiento voluntario como alternativa de supervivencia de los pueblos amazónicos.

El nivel de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos amazónicos tiende a incrementarse como resultado de la presión sobre sus espacios territoriales por parte de grandes intereses petroleros, madereros y construcción de carreteras. La COICA consigna que si bien se han implementado algunas medidas importantes para su protección, como las áreas intangibles en Ecuador, o la Reserva del Estado Nahua Kugapakori en Perú, estas políticas no han impedido que se provoquen enfrentamientos tanto entre los mismos pueblos indígenas como, principalmente, con aquellos que invaden sus territorios. Se cita a modo de ejemplo: la masacre a los Taro-

menane en Ecuador, incentivada por madereros; enfrentamientos entre Pueblos en Aislamiento con los *asháninka* en *Ucayali*, como producto también de la ocupación territorial de madereros; o, la concesión para explotación hidrocarborífera, el Proyecto Camisea en el corazón del territorio reservado, en Perú, al que se ha hecho referencia precedentemente. La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) es la organización en encargada de diseñar una estrategia específica para la defensa de estos pueblos, a través de su Programa de Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario. Entre otras acciones AIDSESP ha elaborado una Propuesta de Régimen Especial sobre pueblos indígenas en aislamiento y estabilidad jurídica para sus territorios. Ha realizado gestiones para el retiro de agentes externos que han invadido los territorios de estos pueblos. Falta, según lo consignado por la misma entidad, una política de coordinación entre las organizaciones miembros para un tratamiento común de defensa de los pueblos en aislamiento voluntario ubicados en zonas de frontera (http://www.coica.org/sp/aia_libro/II_2_2_8_aislamiento.html).

La Coordinadora Nacional de Comunidades afectadas por la Minería (CONACAMI) ha denunciado que la política minera del Perú ha generado, en la última década, más de 300 comunidades desplazadas de sus territorios, afectando no sólo a comunidades indígenas de la Amazonía, sino también a comunidades andinas, donde tienen lugar los megaproyectos para la extracción de minerales metálicos, principalmente cobre, oro y plata (<http://www.conacami.org/actividades.htm>). Además, ha provocado el procesamiento judicial de más de 600 dirigentes, denunciados y enjuiciados por defender sus derechos. Afirman que la política de otorgar facilidades a las inversiones mineras no ha variado en relación con el período de Fujimori, y que, de hecho, entre 1993 y 1996, se firmaron 156 convenios de estabilidad tributaria, de los cuales 40 beneficiaron al sector minería (IWGIA, 2004).

Las comunidades indígenas que habitan en sectores aledaños a las áreas de explotación deben sufrir los impactos que provoca la actividad minera: desplazamientos de sus tierras originarias, daños ambientales, transformaciones culturales, daños a la salud, producto de la contaminación del aire y el agua con mercurio, arsénico, plomo y otros metales pesados.

Otro gran proyecto minero es el de Yanacocha, que se emplaza en el valle de Cajamarca. En junio de 2004, se realizó una auditoría ambiental que determinó que en las operaciones allí realizadas el sistema de impermeabilidad es vulnerable; que, como producto de la sobrecarga de las canchas de lixiviación se producen escapes de cianuro y mercurio a las aguas, en una zona en que coinciden varias corrientes de agua, lo que ha producido un fuerte impacto en el medio ambiente y la salud de la población (IWGIA, 2004).

La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) ha denunciado la superposición de concesiones forestales con territorios indígenas, situación que ha generado numerosos conflictos en la Amazonía, especialmente en la zona de Ucayali.

Las denuncias formuladas dan cuenta que mientras los procesos de titulación de tierras, iniciado en 1996 y que está a cargo del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT), marchan excesivamente lentos, las actividades extractivas se desarrollan con rapidez generando mayor desprotección para los territorios indígenas y consolidando los derechos empresariales, situación imposible de revertir. Principalmente se ha denunciado irregularidades en el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) y al interior del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT). La Comisión Interamericana de

Derechos Humanos informó en el 2000, que el PETT ya no estaba otorgando títulos de propiedad a favor de las Comunidades Nativas, supuestamente por falta de presupuesto, y que se priorizaba la regulación de propiedad de pequeños agricultores por sobre la de las comunidades campesinas y nativas³⁴⁸ (CIDH, 2000).

LA CIDH (2000) ha informado que aún existen unas 300 comunidades nativas que no están reconocidas y tampoco tienen título de propiedad, y aproximadamente 3.431 comunidades campesinas que no disponen de ningún título legal sobre sus tierras (CIDH, 2000).

10. 5. Defensor del Pueblo del Perú

Los primeros antecedentes del Ombudsman o Defensor del Pueblo en Perú se pueden ubicar en la Constitución de 1979. Esta norma le entregaba al Ministerio Público algunas funciones de Defensoría del Pueblo, disponiendo que le correspondía “*actuar como defensor del pueblo ante la administración pública*”. Su titular era el Fiscal de la Nación, funcionario designado por el Presidente de la República con aprobación del Senado³⁴⁹. Más tarde, en abril de 1989, se creó la Fiscalía Especial encargada de los asuntos de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos, y en los 90 se crean oficinas para varios distritos judiciales del Perú.

Sin embargo, esta institucionalidad no resultó eficiente ante el contexto de violaciones de derechos humanos que se observaban en el país. En efecto, la profunda crisis de los 80, producto de la inestabilidad política y las masivas y sistemá-

348 En el derecho peruano la denominación “nativa” es homóloga a la expresión “indígenas”.

349 Artículo 251, Constitución Política del Perú de 1979.

ticas violaciones a los derechos humanos, la violencia política ejercida por grupos como Sendero Luminoso y Túpac Amaru, y la corrupción del aparato público, hizo ineficaz su accionar. Además de que resultaba inconveniente que el órgano estatal titular de la acción penal y acusador por antonomasia fuese, simultáneamente, el encargado de la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Estos motivos llevaron al constituyente de 1993 a crear un órgano autónomo, para “defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”.

El Congreso Constituyente Democrático de 1993 se planteó en los debates la conveniencia de mantener la fórmula de la Constitución de 1979 o crear la Defensoría del Pueblo como institución independiente del Ministerio Público, triunfando la fórmula de la autonomía.

En 1994, el parlamentario Carlos Ferrero presentó un proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, cuya discusión se postergó y retomó sólo un año después. La aprobación de dicha ley fue cuestionada de tal manera que se suspendió su aprobación (desaprobó). Se señaló que el establecimiento de un Ombudsman en Perú, implicaba la creación de un superpoder con facultades exorbitantes, que generaría una burocracia y gasto público excesivo, y principalmente que podría interferir con la seguridad nacional, dado que el Defensor estaba facultado para acceder a recintos militares. Finalmente, el 8 de agosto de 1995 se aprobó la Ley 26520, con varias restricciones respecto del proyecto original.

La crítica en relación a las excesivas atribuciones del Defensor, donde fue argumentado que esta institución podrían incluso poner en peligro la estabilidad jurídica y política, no hacen sino reflejar la falta de familiaridad de los países de la región con esta institución. Se trata de un órgano que no tiene facultades coercitivas ni sancionatorias, sino sólo esta facultado para recomendar, promover, investigar.

En cuanto la amenaza sobre la seguridad nacional, debe recordarse que la posibilidad del Defensor de ingresar a un recinto policial, sólo se justifica por el cumplimiento de la función del mismo; esto es, protección y defensa de los derechos humanos. Por cierto que no es admitido al Defensor *“acceder a instalaciones militares para fines ajenos a su función, o inmiscuirse en asuntos propios de la seguridad nacional”* (Eguiguren, 1995: 53). Por otra parte, no puede utilizarse la seguridad nacional para encubrir violaciones a derechos humanos (Eguiguren, 1995).

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo creado por la Constitución de 1993, pero inició sus actividades recién en 1996, luego de la elección del Defensor del Pueblo, debido a la demora en el Congreso por aprobar su Ley orgánica.

Las atribuciones y funciones del Defensor del Pueblo están regulados en la Constitución Política (artículos 161 y 162) y en su Ley Orgánica 26.520. Su misión es proteger los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración del Estado y la prestación de los servicios públicos a la población (artículo 162). En 1995, el Congreso peruano aprobó la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y el 11 de septiembre de 1996 la Defensoría inició sus actividades de atención al público, con la designación de su titular, doctor Jorge Santistevan de Noriega.

La Defensoría del Pueblo está organizada territorialmente de manera descentralizada, contando con representantes y módulos de atención en distintas localidades del país y con equipos itinerantes. Lo anterior le permite cumplir con sus funciones de forma extensiva en el territorio nacional. En cuanto a su estructura orgánica, la Defensoría se ha organizado en tres “Adjuntías”, conforme a los ámbitos de competencia asignados por la Constitución a la Defensoría del Pueblo: los derechos humanos, la administración estatal y los servicios públicos.

En lo concerniente a su presupuesto, en el año 2005 aproximadamente el 45% de tal presupuesto estaba constituido por fondos provenientes de cooperación internacional.

El trabajo de la Defensoría abarca distintos aspectos. En el área relacionada con la vigencia de los derechos humanos, la Defensoría se ha ocupado de importantes temas, como por ejemplo la Comisión Ad Hoc respecto a los inocentes procesados o condenados como terroristas, las personas privadas de libertad física, el servicio militar, el respeto a las garantías constitucionales, los derechos de la mujer y los derechos de las personas con discapacidad. Supervisando los deberes de la administración estatal, la Defensoría ha tratado temas como limitaciones al acceso a la información, el deber de la administración de tomar decisiones en los asuntos sometidos a su consideración, el respeto al principio de la legalidad y los derechos de los pensionados. En lo concerniente a la supervisión que efectúa la Defensoría de la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos, dicha institución ha atendido asuntos como el acceso a los servicios públicos, la calidad y seguridad de éstos y los cobros indebidos en los servicios de energía eléctrica. La Defensoría ha tenido una importante participación en casos que involucran la responsabilidad del Estado de Perú ante la Corte

Interamericana de Derechos Humanos y ante la propia Comisión Interamericana, presentando *amicus curiae* en favor de habitantes del Perú. Sin embargo, la Defensoría no ha utilizado el recurso de acción ante la Corte Interamericana, denunciando situaciones de violación de los derechos humanos en el Perú.

Para llevar a cabo su función la Ley le entrega una serie de atribuciones (artículo 9):

- a) Iniciar y proseguir investigaciones “con relación a decisiones o actos administrativos que puedan afectar la vigencia plena de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad” (Instituto de Defensa Legal, et. al., 2003: 173);
- b) ejercer acciones de garantía constitucional destinadas a proteger derechos fundamentales que puedan estar siendo amagados, como *hábeas corpus*, *hábeas data*, acción de amparo, acción popular y acciones de cumplimiento;
- c) iniciar o participar en cualquier procedimiento administrativo destinado a defender derechos constitucionales;
- d) presentar al Congreso anteproyectos de ley, o emitir informes sobre proyectos que están siendo discutidos actualmente, para que no contravengan la Constitución y los derechos fundamentales de la persona. Es el caso de la Ley N° 26655, del diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y seis que crea la Comisión Ad-Hoc para la recomendación de indultos, y que fue presentada conjuntamente con el Poder Ejecutivo, y la Ley 26900, del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete que transfiere el Registro Nacional de Detenidos

Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva, de la Defensoría del Pueblo al Ministerio Público. Presentada conjuntamente con el Ministerio Público;

- e) promover la firma, ratificación y adhesión de tratados internacionales sobre derechos humanos y promover la adecuación del orden jurídico interno a estos tratados;
- f) goza de autonomía normativa, puede dictar reglamentos para u organización interna;
- g) y emitir pronunciamientos sobre temas de interés general cada vez que lo considera necesario. Estos pronunciamientos están dirigidos fundamentalmente a la opinión pública y a la sociedad en su conjunto, para llamar la atención sobre hechos que ponen en riesgo la vigencia de los derechos de las personas y la institucionalidad democrática.

El Defensor del Pueblo es el titular de la institución, ejerce la representación y la dirección institucional del organismo. Para ser elegido requiere como mínimo el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República. Su mandato dura cinco años y puede ser reelegido por igual período. Goza de total independencia para el cumplimiento de las funciones que la Constitución le confiere. Se rige por la Constitución y su Ley Orgánica. El Defensor del Pueblo goza de total independencia y no está sometido a otra autoridad.

El Defensor no tiene facultades coactivas o sancionatorias. Su eficacia descansa en la persuasión, en las propuestas de modificación de conducta que formule en sus recomendaciones, en el desarrollo de estrategias de protección preventiva, en la mediación que asume para encontrar soluciones y en su capacidad de denuncia pública en casos extremos.

Los demás servicios públicos tienen la obligación proporcionar las informaciones solicitadas y facilitarán las inspecciones (Artículo 16). El Defensor del Pueblo puede, mediante petición al superior jerárquico, solicitar la presencia de algún funcionario público para que preste la debida colaboración. En todo caso, los funcionarios públicos pueden esgrimir, como único fundamento para negar la información, el secreto judicial y el interés superior del Estado, en casos justificados (por el propio servicio) relativas a la defensa nacional o a relaciones internacionales. Limitación que responde a la discusión coyuntural sostenida durante la aprobación de la Ley orgánica del Defensor.

El Defensor del Pueblo, goza de inviolabilidad, no responde civil ni penalmente por las recomendaciones, reparos, y en general, opiniones que emita en el ejercicio de sus funciones. El Defensor del Pueblo goza de inmunidad. No puede ser detenido ni procesado sin autorización del Congreso, salvo flagrante delito.

El Defensor del Pueblo se organiza territorialmente y por áreas temáticas. Así, la Defensoría del Pueblo cuenta con una serie de Defensorías y programas especializados como:

- a) La Defensoría Especializada de Asuntos Constitucionales, encargada de garantizar la supremacía y vigencia de la Constitución.
- b) La Defensoría Especializada para los Derechos de la Mujer.
- c) La Defensoría Adjunta para los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.
- d) La Defensoría Adjunta para la Administración Estatal. Su función consiste en supervisar que los organismos estatales actúen de acuerdo a la ley y cumplan sus funciones.

- e) La Defensoría Adjunta para los Servicios Públicos, encargada de atender las quejas y consultas de los usuarios respecto de los servicios públicos como gas, energía eléctrica, transporte, etc.
- f) El Programa de Comunidades Nativas. “Examina los problemas relativos a la protección y la promoción de los derechos de las comunidades nativas y los pueblos indígenas del país, velando también por el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado en esta materia” (Instituto de Defensa Legal, 2003: 175).
- g) El Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios, para verificar las condiciones de las personas privadas de libertad.

En cuanto a la distribución territorial, aun cuando no existen oficinas en todo el país, se ha logrado hasta ahora una importante cobertura, existiendo oficinas en las ciudades de Lima, Arequipa, Ayacucho, Trujillo, Cusco, Piura, Iquitos y Huancayo, además de oficinas en el norte y sur de Lima, en Callao, Tumbes, Tacna, Puno, Puerto Maldonado, Huancavelica, Satipo, La Merced, Tingo, Huánuco, Apurímac, Puquio, Mayobamba, Tarapoto, Pucalpa, Chahapoyas, Cajamarca y Jaén.

El procedimiento que usa el Defensor del Pueblo para conocer eventuales violaciones a Derechos Humanos es la queja. La queja se presenta por escrito al Defensor del Pueblo y en ella se describen los hechos que dan origen a la denuncia y el objeto de la misma. Eventualmente, si el caso lo requiere, la queja se presenta verbalmente, dejándose constancia en un acta.

Las decisiones del Defensor del Pueblo sobre la admisibilidad de las quejas, no son susceptibles de recurso impugnatorio alguno. En caso de rechazar la admisión a trá-

mite lo harán por resolución debidamente motivada indicando, en su caso, cuáles son las vías procedentes para hacer valer la acción o reclamo, si, a su juicio, las hubiere. No serán admitidas las quejas cuando sean anónimas, o se advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial, o cuando respecto de la cuestión planteada se encuentra pendiente resolución judicial

Admitida a trámite la queja, el Defensor del Pueblo procederá a su investigación en forma sumaria para el esclarecimiento de los hechos señalados en la misma, efectuando las diligencias y solicitando la documentación que considere convenientes. Se extenderán actas de las declaraciones y diligencias que se efectúen.

El Defensor del Pueblo está facultado a efectuar una acción inmediata para la resolución de las quejas presentadas a su conocimiento. Si como resultado de su intervención se soluciona la situación materia de la queja, lo hará constar en acta poniendo fin al trámite. En defecto de la acción inmediata a que se contrae el párrafo anterior, dará cuenta del contenido sustancial de la queja al organismo de la administración estatal correspondiente para que dentro del plazo máximo de 30 días calendario remita informe escrito al respecto. Dicho plazo podrá ser ampliado a juicio del Defensor del Pueblo cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen.

En relación con las acciones de constitucionalidad, el Defensor ha ejercido acciones por ejemplo, contra la norma que exigía que el Juez de familia sea casado o viudo y tenga hijos, por discriminatoria; contra la norma que sanciona a los policías que cometen algún delito, por infracción a la igualdad ante la ley y proporcionalidad de las penas, etc. (Zevallos, s.f.).

Sin duda que la principal función del Defensor lo constituye el responder las consultas, requerimientos y quejas que se le plantean. Sin embargo, el Defensor del Pueblo, también puede realizar investigaciones, en base a las cuales formula a las autoridades, funcionarios y servidores de la administración pública advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. Las autoridades, funcionarios y servidores, en repuesta a estas recomendaciones y/o sugerencias, están obligados a responder por escrito en el plazo improrrogable de 30 días. Si como consecuencia de las recomendaciones, no se adoptase una medida adecuada o la entidad administrativa no informase al Defensor del Pueblo sobre las razones para no adoptarla, este último podrá poner los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas en conocimiento del Ministro del Sector o de la máxima autoridad de la respectiva institución y, cuando corresponda, de la Contraloría General de la República.

El Defensor del Pueblo está obligado, además, a dar cuenta anualmente al Congreso de la gestión realizada en un informe que debe presentar durante el período de legislatura ordinaria. Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo amerite, podrá presentar informes extraordinarios. En su informe anual dará cuenta del número y tipo de quejas presentadas, de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que hubiesen sido objeto de investigación y el resultado de las mismas, con especificación de las actuaciones llevadas a cabo por la administración pública.

10.6. Acciones de la Defensoría del Pueblo en materia de derechos de los pueblos indígenas

Para atender la demanda de los pueblos, comunidades y personas indígenas, la Defensoría del Pueblo ha dispuesto de

un programa especial que recibe la denominación de “Programa de Comunidades Nativas de la Defensoría del Pueblo”, y que inició sus funciones en enero de 1997. El objeto del Programa es velar por la protección y promoción de los derechos indígenas, en particular, de las comunidades nativas, que pertenecen a 48 pueblos indígenas localizados en la Amazonía. De acuerdo a lo señalado por la Defensoría este Programa tiene como prioridad la atención de problemas relacionados con los territorios y los recursos naturales, y al acceso a la justicia, educación y salud de las comunidades nativas. Asimismo, propone lineamientos estratégicos para la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú (www.defensoria.gob.pe).

Además, la Defensoría ha dispuesto la atención preferente de cuestiones que conciernen el interés de comunidades indígena en otros ámbitos tales como: acceso a la tierra, criminalización de la demanda indígena, derechos políticos y pluralismo legal, según consta en los informes temáticos elaborados por la Defensoría en estas materias específica. También ha instado por la aplicación de los principios establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

Los objetivos del Programa de Comunidades Nativas son:

- a) La promoción de la capacidad de interlocución de los indígenas ante el Estado y el respeto y protección de los derechos de los pueblos indígenas;
- b) realizar una supervisión permanente a los funcionarios públicos;
- c) colaborar con las tareas de capacitación para funcionarios públicos y representantes de organizaciones indígenas;
- d) y velar por el cumplimiento de compromisos internacionales.

El Programa de Comunidades Nativas coordina sus actividades con las oficinas de la Defensoría de:

1. Amazonas y Jaén, incluyendo un módulo de atención en Santa María de Nieva, que atiende a comunidades de los pueblos *awajun*, *wampis*, en los departamentos de Cajamarca y Amazonas.
2. Loreto, incluyendo un módulo de atención en Tarapoto y Santa Clotilde, para los departamentos de Loreto, Ucayali y San Martín con comunidades *cocamas-cocamillas*, *yaguas*, *candoshis*, *achuales*, *boras*, *iquitos*, *kichuas*, *kichuas*, *huitotos*, *matsé*, *urarina*, *wampis*, *awajun* y *shipibo*.
3. Satipo, La Merced y Tingo María para organizaciones indígenas *asháninkas*, *nomastiguengas*, *yaneshas*, *ashéninkas*, *kakintes*, *nahuas*, de los departamentos de Junín, Pasco y Huánuco.
4. Cusco, con módulo en Quillabamba, para atención de comunidades *machiguengas*, *yine* y *asháninkas* que pueblan riberas del río Urubamba en la provincia de la Convención.
5. Puerto Maldonado, para atención de los grupos *ese'ejas*, *amarakaeris*, *machiguengas* y *harambut*, en el departamento Madre de Dios (Defensor del Pueblo, 2004).

Entre junio de 1999 y diciembre de 2001, la Defensoría atendió 1.165 casos relacionados con pueblos indígenas, de los cuales 25% fueron quejas, 16% petitorios y 59% consultas (Defensoría del Pueblo, 2001).

Los problemas más graves relativos a los derechos de los pueblos indígenas que han sido asumidos por la Defensoría incluyen los relativos a las tierras, territorios y recursos naturales indígenas, aquellos relacionados con los servicios de

salud y la educación intercultural bilingüe, y aquellos vinculados al acceso a la justicia (De la Cruz, 2005).

En cuanto a las tierras, se han presentado casos de estancamiento y dilación en los trámites de reconocimiento, titulación e inscripción de las comunidades nativas, así como de negativa a los trámites para otorgar ampliaciones territoriales. Respecto de los recursos naturales, se han presentado casos de superposición de concesiones forestales y mineras en los territorios de las comunidades nativas, algunos de los cuales han llevado a enfrentamientos poblacionales con consecuencias trágicas.

En cuanto a la salud, se ha venido supervisando la atención y la calidad del servicio, constatándose su deficiencia y ausencia. En lo referido a la educación bilingüe, se ha supervisado la infraestructura educativa y los nombramientos de los profesores, se ha constatado la precariedad de los locales y materiales escolares, así como la cantidad insuficiente de profesores bilingües titulados que puedan ser nombrados adecuadamente.

En cuanto a la administración de justicia se ha propiciado el respeto de la autonomía de los pueblos indígenas para contar con su propia jurisdicción. Asimismo, se ha realizado un seguimiento a los centros penitenciarios para conocer la situación de los indígenas privados de libertad. De igual modo, se ha enfatizado el respeto por el debido proceso, tomando en consideración las barreras lingüísticas y culturales existentes en un país pluricultural, para que se respeten los derechos de los miembros de los pueblos indígenas cuando son juzgados ante el Poder Judicial.

Finalmente, junto a otras organizaciones, especialmente las que representan a los indígenas, se ha instado por la introducción de reformas estatales y hecho seguimiento a la política pública con miras a lograr mayor equidad y justicia a los pueblos indígenas (De la Cruz, 2005).

A continuación se reseñan algunos casos que ejemplifican la labor desarrollada por este Programa en materia de derechos indígenas, los que son agrupados de acuerdo a la naturaleza de la actuación asumida por esta entidad.

i. Función de investigación

Las reclamaciones presentadas por comunidades nativas a la Defensoría, entre el año 2002 y el 2004 se han referido fundamentalmente a la excesiva dilación en los procesos de demarcación y titulación de las tierras, conflictos por la extracción y aprovechamiento de los recursos naturales, denegación de personalidad jurídica y/o de reconocimiento legal a las comunidades indígenas, daño ambiental y social intolerable, educación deficiente, situación de postergación de indígenas indocumentados, y violación de los espacios territoriales de comunidades indígenas aisladas voluntariamente.

Dado que son muchos los casos de reclamaciones indígenas, y por lo mismo las investigaciones realizadas por la Defensoría en relación a ellos, se señalan algunos de estos a modo de ejemplo:

- **Quejas planteadas por comunidades indígenas afectadas por la tala ilegal de recursos forestales**

Uno de estos casos fue la queja planteada por las comunidades *kugapakori-nahua*, se refería a los daños que le fueran ocasionados por extracción ilegal de recursos forestales en su territorio ancestral y por la mala gestión del Instituto Nacional de Recursos Naturales para ejercer sus facultades normativas y fiscalizadoras.

En los casos de tala ilegal, la Defensoría ha intentado llamar la atención de la autoridad encargada de la fiscalización solicitando que de fiel cumplimiento a las normas legales que le imponen la obligación de fiscalización y control. En el año 2004 la Defensoría promovió una reunión con el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), cuyo objeto fue tratar temas como: la adecuación de las concesiones forestales en áreas que circundan reservas territoriales indígenas como el caso de la Reserva Territorial Murunahua; exclusión de lotes forestales que se superponen a dichas reservas como ocurre con la Reserva Territorial Nahua Kugapakori; el ingreso de madereros ilegales a las reservas indígenas y la aplicación adecuada y efectiva de procedimientos sancionatorios para restablecer el imperio del derecho (Defensoría del Pueblo, 2004).

Asimismo la Defensoría ha realizado una supervisión de la labor de los funcionarios del INRENA, denunciando su ineficiencia³⁵⁰.

En esta misma línea cabe destacar que la Defensoría promovió acciones de reforma legal que culminaron con la

350 Como en el caso del distrito de Pevas.

derogación de la Resolución que permitía la extracción forestal en zonas declaradas de protección para pueblos indígenas.

- **Quejas por denegación de personalidad jurídica a comunidades indígenas**

La normativa vigente en Perú reconoce que las comunidades tienen el derecho a personalidad jurídica y existencia legal sin necesidad de reconocimiento oficial o burocrático, según lo dispone el artículo 89 de la Constitución y el Decreto Ley 22175 sobre Comunidades Nativas. Así por lo demás fue establecido por la Defensoría del Pueblo en un informe temático titulado *Análisis de la normatividad sobre la existencia legal y personalidad jurídica de las comunidades nativas*, editado por Carlos Yañez, Director del Programa Especial de Comunidades Nativas en el año 1998.

La Defensoría ha dado cuenta de que esta normativa es frecuentemente incumplida por los funcionarios públicos. De hecho, la presentación de varias quejas de comunidades nativas de selva y ceja de selva, determinó que la Defensoría hiciera una visita donde advirtió la demora en el reconocimiento de las comunidades. Posteriormente, la Defensoría formuló recomendaciones a las instituciones involucradas, instruyendo acerca de cual es la interpretación adecuada de estas normas y entregando algunas estrategias para evitar la excesiva morosidad en estos trámites.

- **Queja por daño ambiental y social intolerable**

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/modules/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 como 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.

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 una 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 quién 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.
- 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 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.

Como parte de su labor investigadora, el Programa de Comunidades Nativas ha realizado abundantes estudios sobre los problemas más graves que afectan la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú. Entre los más relevantes se encuentran las siguientes:

a. *Personas indígenas privadas de libertad y sentencias que vulneran el Debido Proceso*

Este estudio del año 2002 tuvo por objeto promover la implementación práctica de las normas que reconocen y esta-

blecen derechos indígenas y la verificación del cumplimiento de los derechos de las personas indígenas. En este trabajo se hace una descripción de los pueblos indígenas que habitan en el Perú, la legislación aplicable y su desarrollo histórico, en especial las normas del Código Penal peruano que hace aplicable el error de comprensión culturalmente condicionado para el caso de indígenas imputados de la comisión de un delito. También se hace referencia a las normas procesales, en especial las que dicen relación con la existencia de un intérprete. Asimismo, el documento se refiere a los derechos de los indígenas en este ámbito, como el derecho a la igualdad y su consagración constitucional, el derecho a su identidad étnica, derecho al uso de la lengua materna, los peritajes, derecho a defensa.

Se analiza también las condiciones de los indígenas en situación de encierro.

La investigación concluye que, pese a que se trata de normas vigentes, en la administración de justicia se desconocen la mayoría de los derechos consagrados; en general, los jueces no utilizan las pericias judiciales. Lo mismo ocurre con los indígenas privados de libertad. Finalmente se recomienda mejorar el presupuesto pertinente para garantizar el pleno derecho a defensa, que los auxiliares de la administración de justicia, apliquen las normas pertinentes y utilicen los peritajes antropológicos o culturales (Defensoría del Pueblo, 2002).

b. Situación del procedimiento para la titulación de los territorios de las comunidades nativas de la Amazonía peruana

Este estudio realizado en el año 1997 tuvo como objetivo enfatizar la relación de las comunidades nativas con su propiedad territorial así como con los recursos naturales que se

encuentran al interior de los territorios a los que han tenido acceso tradicionalmente.

En el se analiza la legislación aplicable a los pueblos indígenas de la Amazonía. Específicamente se hace una caracterización de la Amazonía, su población, características geográficas; se describe la realidad de las comunidades amazónicas, desde una perspectiva histórica y jurídica. También se revisa el régimen jurídico vigente sobre la propiedad y los recursos naturales, establecidos por la Constitución de 1993 y el DL 21147 Ley Forestal y de Fauna Silvestre, la Ley 26505. Los tratados internacionales de derechos humanos y el Convenio 169 de la OIT.

Se propone que la Defensoría del Pueblo, ejerciendo su derecho de iniciativa legislativa, presente un proyecto de ley de protección y respeto de la propiedad de las tierras de las comunidades nativas. Se formulan recomendaciones, entre ellas, que la Defensoría promueva la entrega de tierras colectivas; que se haga estudio comparado de legislaciones sobre tierras indígenas en algunos países de Latinoamérica; que la consulta se realice en forma adecuada; se levante un catastro de comunidades reconocidas y tituladas por el PETT; promover que el Estado formule estrategias de desarrollo que tengan en cuenta las formas de producción de los indígenas (Defensoría del Pueblo, 1997).

c. *Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*

Este documento de trabajo del año 2005, se refiere a la situación de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, que constituyen grupos que viven en la Amazonía, vulnerables a enfermedades, y que producto de situaciones traumáticas en el pasado han optado por aislarse. El informe hace un catastro de

las comunidades el lugar geográfico en que se ubican, además de cuales son sus conflictos, que habitualmente se relacionan con alguna actividad extractiva debido a la riqueza en recursos naturales de las zonas donde habitan estos pueblos. El estudio concluye que la presencia de foráneos en los territorios habitados por estos pueblos puede ser funesta para su existencia; que el Estado no ha implementado las medidas legales para que se protejan los derechos de estos pueblos. Se señala que se encuentra pendiente por la CONAPA el diseño de procedimientos para que el desarrollo en estas regiones no vulnere los derechos de estos pueblos.

El informe hace una serie de recomendaciones a distintos servicios públicos y a la CONAPA, actualmente INDEPA, para que se tomen medidas para que protejan a estos indígenas en su situación de aislamiento (Defensoría del Pueblo, 2005).

- **Superposición de concesiones mineras en tierras de comunidades nativas y extracción ilícita de recursos mineros**

Este documento de trabajo del año 2003, resume 6 quejas presentadas por distintas Comunidades Nativas a la Defensoría por la actividad ilegal realizada por empresas mineras, así como las acciones desarrolladas por la Defensoría y la respuesta de los órganos públicos requeridos.

Asimismo describe los resultados de este proceso por comunidad. Se analiza también la normativa aplicable, especialmente el Convenio 169 de la OIT.

El informe concluye que el procedimiento de concesiones mineras, no hace referencia alguna a cómo debe resolverse el caso en que ésta se superponga con territorios de comunidades nativas. Señala que no se ha realizado el proceso

de consulta ordenado por el Convenio 169 de la OIT. Se pudo constatar que en estos casos, se vulneraba el derecho de propiedad de las comunidades. Se recomienda mayor fiscalización de las actividades extractivas, y control e información para las comunidades nativas.

A los estudios antes señalados se agregan otros Informes Defensoriales se han publicado en los últimos años en defensa de los derechos de las Comunidades Nativas o Indígenas, entre los que destacan:

- Defensoría del Pueblo, Análisis de la normatividad sobre la existencia legal y personalidad jurídica de las comunidades nativas, Informe Defensorial N° 12, Lima, 1998.
- Defensoría del Pueblo, Situación de las tierras y territorios de las comunidades nativas en la amazonía peruana, Lima, 2000, Documentos de Trabajo/ Defensoría del Pueblo; 1.
- Defensoría del Pueblo, Situaciones de Afectación a los Derechos Políticos de los Pobladores de las Comunidades Nativas, Informe Defensorial N° 34, Lima, 2000.
- Defensoría del Pueblo y Ministerio de Justicia, Compendio de legislación para los pueblos indígenas y comunidades nativas, Edición: 2da Ed. Lima: Lima 2000.

ii. Función de mediación

Respecto a la función mediadora, aun cuando esta función no se encuentra definida en la Ley, sí se enmarca dentro de la misión institucional de la Defensoría y queda librada, por tanto, a la propia discrecionalidad de la institución. El Defensor debe interceder cotidianamente entre

el Estado y el ciudadano, tomando una posición parcial, a favor de este último. “La función mediadora del Ombudsman tiene por objeto restablecer el equilibrio entre la sociedad civil y el Estado, dentro del marco de la legalidad y la democracia”. (Defensoría del Pueblo, Informe Anual Defensor 2003-2004: 21).

El Defensor se vale principalmente de la persuasión, pues no tiene fuerza vinculante. Su eficacia se funda principalmente en su capacidad de convencimiento, legitimidad social, gravitación ética de sus funciones.

Son numerosos los casos en que las propias partes envueltas en un conflicto, recurren a la mediación del Defensor, como en el conflicto suscitado entre los gobiernos regionales de Tacna y Moquegua por la distribución del arancel de ZOFRATACNA y el uso del muelle peruano en el puerto de Arica.

El Defensor también colabora en la investigación y solución de las quejas y petitorios provenientes de las comunidades nativas ubicadas dentro del ámbito territorial de las Representaciones Defensoriales, realiza investigaciones, coopera en la solución de casos relevantes sobre sus derechos y establece relaciones de coordinación y cooperación entre las comunidades, la sociedad civil y el Estado.

Un caso de intervención en este sentido es el del conflicto de la Comunidad Nativa de *Naranjos*. En este lugar existía una disputa por usurpación entre la Comunidad Nativa Naranjos y la Asociación de Agricultores La Flor de la Frontera, producto del incumplimiento de una orden de desalojo del Juzgado Mixto de San Ignacio que favorecía a la Comunidad. Ante esta situación, la comunidad amenazó en varias oportunidades con resolver el conflicto de modo vio-

lento y al margen de los órganos judiciales. El Coordinador de la oficina de Jaén debió intervenir explicando que la falta de cumplimiento no se debía a una falta de voluntad de los órganos judiciales, sino a dificultades de acceso, y sobre las consecuencias que podía traer una reacción violenta de la comunidad. Finalmente los dirigentes accedieron a esperar la realización del desalojo mediante métodos judiciales.

La Defensoría del Pueblo intervino también en el replanteo de los límites entre Comunidades Nativas de *Kayamas Wee* y *Wawik*, con el apoyo de la municipalidad de Chiriaco y el Programa Especial de Titulación de Tierras. Ante la oposición de las comunidades a la utilización de los planos levantados por el PEET, la Defensoría debió intervenir para evitar que se abortara el proceso de titulación.

iii. Función de iniciativa normativa

- Reconocimiento del derecho consuetudinario y de la jurisdicción indígena

La Defensoría del Pueblo ha promovido diversas iniciativas de concertación entre el Estado y la sociedad civil, algunas de las cuales han tenido por objeto mejorar el marco institucional de dicha relación, como es el caso de las acciones realizadas con el objeto de adoptar una nueva Ley de Rondas Campesinas.

Esta iniciativa quedó consignada en un documento titulado *Iniciativas de Concertación entre Estado y Sociedad. Consulta Nacional: Hacia una Ley de Rondas*, publicado por la Defensoría del Pueblo, en la ciudad de Lima el 2 de abril del año 2002. En dicho documento se consigna que esta consulta ciudadana promovida por la Defensoría tiene como marco normativo su función constitucional de supervisión de la administración estatal para garantizar la promoción y protección de los derechos y garantías de las personas.

El documento recoge las ponencias presentadas en las mesas de trabajo, las que a su vez contaron con una amplia participación de los interesados civiles. Participaron 70 ronderos, procedentes de 30 provincias y 11 departamentos del país, quienes previamente habían participado en mesas regionales, constituidas con el preciso objeto de discutir los lineamientos de una nueva ley de rondas campesinas.

La iniciativa de generar una nueva ley de rondas campesinas responde a la necesidad de adecuar la normativa legal a la realidad que presenta dicha forma de organización. Habiendo transcurrido casi dos décadas desde el reconocimiento legal de las rondas campesinas en el año 1986, y a pesar de la férrea oposición de las instituciones formales, se han consolidado como una instancia pacífica, democrática y autónoma, capaz de garantizar el orden y la paz de sus respectivas localidades, protegiendo eficientemente la seguridad ciudadana y los bienes. Contemporáneamente, además, las rondas campesinas en Perú se han legitimado como una instancia de interlocución ante la administración del Estado y se han validado en la gestión de servicios básicos, apoyo productivo y social, redundado en beneficios directos para la población aledaña a sus respectivos territorios jurisdiccionales. Asimismo, han ejercido labores propias de la administración de justicia a través de la denominada “Justicia Campesina”, constituyéndose en garantía de respeto de la propiedad, la vida y la integridad de los campesinos frente a una justicia estatal percibida por la población como carente de legitimidad introduciendo variantes de derecho consuetudinario que constituyen las bases del respeto de sus bienes jurídicos amparados en el consenso y la vigencia práctica de sus propias pautas normativas (Defensoría, 2002).

La Defensoría del Pueblo conciente de los logros de esta instancia ciudadana de autoprotección de sus derechos fundamentales, ha considerado pertinente impulsar las refor-

mas legales necesarias para adecuar la ley de rondas campesinas y fortalecer el rol que en la práctica han ido adquiriendo estos mecanismos organizativos.

Cabe tener presente que estas experiencias se han localizado en las zonas más golpeadas por la violencia política, esto es en la zona centro y sur del país, pero también se han desarrollado en la región amazónica, todas áreas territoriales con una importante presencia indígena (Defensoría del Pueblo, 2002).

Han sido las mismas organizaciones ronderas, desde la expedición de la Ley de Rondas Campesinas, las que han planteado que el contenido normativo de este cuerpo legal dista mucho de recoger las características propias de su actuar. Por eso están impulsando una nueva propuesta legal que reconozca las funciones que realizan, adecuándola al marco legal internacional que favorece los derechos de las poblaciones marginadas, los pueblos indígenas y la acción ciudadana para la participación y control de las instituciones estatales (Defensoría del Pueblo, 2002).

La tendencia institucional y política por parte del Estado ha sido deslegitimar esta instancia. Este hecho es evidenciado por la Defensoría en su informe donde se consigna la existencia de una multiplicidad de leyes que con el objeto de reglamentar la organización y mecanismos de actuación de las rondas fueron desnaturalizando su origen. En primer lugar, el Decreto Supremo No. 012-88 IN vulnerando la autonomía de las rondas las definió como un componente auxiliar de los organismos estatales encargados de la seguridad y el orden público y supeditó su actuar a la Policía Nacional y al Ministerio del Interior. Por otra parte, el Decreto Legislativo No 740, facultó a las rondas campesinas ubicadas en zonas declaradas en régimen de excepción –estado de emergencia– a

adquirir armamento y municiones para enfrentar el terrorismo bajo la supervisión y control del Ejército. Además, el Decreto Legislativo No 741, creó los Comités de Autodefensa destinados a luchas contra la subversión y concebidos como instancias de apoyo a las Fuerzas Armadas y Policiales, sometidas a su control y supervisión y el Decreto Supremo No 002-93-DE/CCFFAA estableció que las rondas campesinas debían someterse al Reglamento de los Comités de Autodefensa.

La situación a nivel institucional parece ir cambiando y la Defensoría del Pueblo de Perú se ha avocado a refortalecer esta tendencia. La Constitución de 1993, conforme a los principios del Convenio 169 de la OIT, consigna el Defensor, reconoció como consecuencia del ejercicio del derecho a la identidad étnica y cultural, la facultad de ejercer la jurisdicción especial a las comunidades campesinas con el apoyo de las rondas.

Parece de suma relevancia que con esta iniciativa se está abriendo un debate que apunta a la necesidad de fortalecer estas organizaciones como agentes de participación y control ciudadano, pacífico, democrático, autónomo y culturalmente pertinente, proscribiendo prácticas reñidas con la democracia que abogan por la infiltración del movimiento social.

En el marco de discusión de la Ley de Rondas Campesinas fueron abordados como ejes temáticos las rondas y los gobiernos Locales, las rondas y la administración de justicia, y las rondas y seguridad ciudadana.

Los representantes ronderos abogan por el reconocimiento legal de la personería jurídica de sus organizaciones, la autonomía de las mismas y la necesidad de reconocer el uso del derecho consuetudinario para el ejercicio de sus facultades

jurisdiccionales, con pleno respeto de los derechos humanos. Existe consenso entre los representantes ronderos, que las rondas campesinas constituyen una instancia eficaz para la adecuada resolución de sus conflictos, a los que no encuentran solución en la administración de justicia estatal, y que, por otra parte, han fortalecido la identidad comunal colectiva.

A juicio de Raquel Yrigoyen, las rondas son el fenómeno más importante de recomunalización en América Latina en las últimas décadas porque han permitido que campesinos disgregados, con una identidad cultural medio perdida, se reen cuentren y fortalezcan su identidad colectiva (Defensoría, 2002).

Por lo expresado, la discusión en torno a la Ley de Rondas Campesinas en el Perú, constituye un proceso social y política de máxima incidencia en el respeto de los derechos indígenas y campesinos y en la consolidación de la democracia. Sobre todo en comunidades políticas de tipo multicultural, como es el caso de Latinoamérica, y es interesante considerar que éste debate ha contado con el respaldo institucional de la Defensoría del Pueblo.

En el encuentro propiciado por la Defensoría fueron establecidas las bases jurídicas y políticas que debieran orientar un proceso de consulta participativo, que concluyó, en definitiva, con la aprobación de una nueva Ley de Rondas Campesinas.

Se propuso convocar una consulta nacional para llegar a un acuerdo en torno a las siguientes propuestas:

- Reconocimiento constitucional y legal de las rondas campesinas.
- Reconocimiento pleno del pluralismo jurídico (derecho y justicia propia).

- Adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT.
- Conocimiento de la diversidad cultural del país-proceso de autoidentificación.
- Desarrollo del proceso de información y conocimiento de derechos fundamentales y legales.

Fue establecido que el Congreso, en el marco de discusión de una nueva ley de rondas campesinas, tiene la obligación de convocar a una consulta a los interesados y se propone como garante en defensa de este derecho de consulta a la Defensoría de Pueblo. Asimismo, fue establecido, que el órgano legislativo debe respetarse el proceso de autoconsulta convocado por las mismas organizaciones ronderas para debatir en torno al proyecto de Ley. En un sentido específico, la consulta debe hacerse a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y a las organizaciones comunales andinas y amazónicas. En el proceso es importante llegar a las bases. En un sentido amplio, la consulta puede abarcar también a instituciones del Estado y a organizaciones de la sociedad civil.

La consulta debe hacerse sobre los siguientes temas: Reconocimiento constitucional y legal de las rondas campesinas; Reconocimiento pleno del pluralismo jurídico, esto es derecho consuetudinario y justicia propia; Adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT (Defensoría del Pueblo, *Iniciativas de Concertación entre Estado y Sociedad. Consulta Nacional: Hacia una Ley de Rondas*, 2002).

iv. Función de educación

- **Promoción y difusión de derechos humanos e indígenas**

Según la Defensoría del Pueblo, las Adjuntías, Programas Especiales, Oficinas Defensoriales, Módulos de Atención y Equipos Itinerantes realizan en todo el país múltiples acti-

vidades de difusión, procurando emplear estrategias de comunicación adecuadas a las realidades regionales (Defensoría del Pueblo, *Informe 2003-2004*).

En esta función se encuadra la difusión del Programa de Descentralización y Buen Gobierno. Asimismo, se ha realizado una amplia difusión dirigida a promover una cultura de transparencia; supervisión y vigilancia de programas sociales. De igual modo, la Adjuntía para los Servicios Públicos difunde entre los usuarios mecanismos de protección para defender sus derechos a servicios básicos como luz eléctrica, agua potable, etc.

Respecto de los pueblos indígenas, el Programa de Comunidades Nativas y las Oficinas Defensoriales respectivas difunden los derechos de las comunidades y funcionarios públicos, tratando de generar diálogos, fundamentales en aspectos vinculados con reclamos de tierra y derecho a la participación y consulta previa.

Hasta el 2001 se habían realizado por el Programa de Comunidades Nativas 78 talleres de capacitación en los que han participado 3,436 indígenas de distintas comunidades (Defensoría del Pueblo, *Informe 2003-2004*). En estos talleres se han tratado temas como el rol y funciones de la Defensoría del Pueblo, derechos humanos, ley de tierras y titulación, Convenio 169 de la OIT.

Además se han publicado manuales de derechos indígenas, y una multiplicidad de documentos de formación.

La Defensoría del Pueblo del Perú a través de su página web mantiene información detallada sobre la gestión de la institución, los respectivos ejercicios presupuestario y antecedentes estadísticos de relevancia, que denotan una gestión eficiente y, sobre todo, transparente (www.ombudsman.gob.pe).

- **Derecho a la consulta y participación**

La Defensoría, para el efectivo ejercicio del derecho de consulta de los pueblos indígenas, ha elaborado cartillas informativas en las que se instruye sobre los contenidos del derecho a la consulta y participación y las formas de implementación.

En estas cartillas se informa a las comunidades nativas que son titulares de los siguientes derechos:

- Derecho a ser consultados por el Estado antes de otorgar una concesión que vaya a afectar sus territorios o actividades cotidianas.
- Derecho a ser consultados antes del inicio de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) destinados a evaluar proyectos que pretenden ejecutarse en sus territorios, para saber como les afectarán.
- Derecho a participar en la elaboración del EIA para señalar cuales son sus áreas de caza, pesca, pastos, fuentes de aguas y presentar sus aportes.
- Derecho a participar en los talleres informativos donde la empresa interesada les informe sobre el EIA que se ha elaborado y las medidas que se adoptarán para evitar, controlar y mitigar los daños.
- Derecho a acceder al EIA antes de que éste sea aprobado por el Ministerio de Energía y Minas.
- Y, derecho a participar en las audiencias públicas que realice el Ministerio de Energía y Minas.

Asimismo la Defensoría informa a las comunidades que los procesos de consulta previa y participación deben ser realizados de buena fe, en idioma indígena y a través de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

Este derecho de consulta opera cualquiera sea la actividad propiciada por la empresa, incluida aquellas que anteceden a la ejecución misma del proyecto como son la construcción de trochas, carreteras, plantas o campamentos provisorios.

También se informa a las comunidades que existe un procedimiento de conciliación para llegar a acuerdo con el ejecutor del proyecto. Pero, en caso que la conciliación no prospere, está abierta la instancia judicial para reclamar y oponerse a la ejecución del proyecto según se señala.

El derecho de consulta y participación no se limita al caso de la ejecución de proyectos de inversión en territorios indígenas, como los referidos en los párrafos precedentes. Hay otros asuntos donde los pueblos indígenas deben ser consultados y pueden participar. Al respecto, informa la Defensoría, las comunidades nativas tienen derecho a:

- Ser consultados para la elaboración de leyes o medidas administrativas que puedan afectarlos;
- ser consultados en caso que se ejecuten obras o programas de desarrollo en sus territorios;
- ser consultados en caso de ser trasladados de sus territorios;
- ser consultados para la ejecución de gastos de inversión referidos al canon;
- participar en la elaboración, aplicación y evaluación de los planes y programas del Estado que los puedan afectar;
- participar en instituciones responsables de políticas y en programas que los conciernen;
- participar en la elaboración y aplicación de los programas educativos bilingües;
- y, participar en las consultas populares para promover la revocatoria de autoridades (alcaldes y regidores provin-

ciales y distritales; Presidentes, vicepresidentes y consejeros regionales; y, jueces de paz elegidos mediante elección popular) (Defensoría del Pueblo, s.f.).

- **Promoción del derecho consuetudinario y del acceso a la justicia**

La Defensoría del Pueblo ha promovido, a través de las rondas campesinas, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las comunidades indígenas y campesinas del Perú en su ámbito territorial, con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, ha promovido el ejercicio de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas amazónicos, en los términos previstos en la Constitución.

La Defensoría ha manifestado que el ejercicio de la judicatura indígena es una vía consensual alternativa, “desjudicializador” para la resolución de conflictos que involucran personas o comunidades indígenas, que permite mejorar la administración de justicia en el Perú. El Estado, señala, puede delegar en las comunidades nativas la solución de controversias que son conciliables, corresponden a patrones culturales diferentes y no requieren pronunciamiento final del órgano judicial (Defensoría del Pueblo, agosto 1998).

Sobre la naturaleza del derecho consuetudinario y su articulación con el derecho nacional, se pronuncia la entidad en los términos siguientes:

El derecho consuetudinario indígena no posee normas escritas, no tiene procedimientos, ni administra justicia en forma similar al derecho nacional, pero es vigente y desarrolla su propia lógica inmersa en una cosmovisión integradora. El campo de aplicación de ese derecho es

interno, no rige en las relaciones entre los miembros indígenas y el Estado: allí la norma aplicable es el derecho nacional. La validez de ese derecho consuetudinario como regulador de relaciones sociales, su articulación con el derecho nacional e internacional, constituye un tema a implementar (Defensoría del Pueblo, agosto 1998:106).

Empeñado en la labor de implementar la necesaria articulación entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho nacional, la Defensoría ha promovido que el poder judicial conozca las costumbres de los pueblos indígenas, especialmente de aquellos que ejercen jurisdicción plena al interior de sus respectivos ámbitos territoriales, como es el caso de los pueblos indígenas de la Amazonía. La Defensoría, ha insistido en el hecho de que los jueces deben tener elementos de juicio suficientes para resolver cuestiones judiciales que involucren personas de origen indígena.

La jurisdicción especial indígena, en el parecer de la Defensoría, no atenta contra la unidad de la función jurisdiccional: "... no se trata de un fuero interno que usurpe funciones. Las normas constitucionales y legales del país establecen que el Estado protege y promueve las tradiciones comunales; las comunidades nativas están en condiciones de operar dentro de la racionalidad judicial, coordinando con los jueces de paz y los magistrados del Poder Judicial; de esta manera, se resuelven conflictos a bajo costos, independencia de órganos decisorios, honestidad, celeridad y previsibilidad en las decisiones" (Defensoría del Pueblo, agosto 1998:106).

Lamentablemente, en la práctica, no existe la articulación que se requiere entre la justicia estatal y la justicia indígena. Ello aparece como una prioridad en la gestión del *Ombudsman*

en Perú. Promover la necesaria promulgación de una ley que establezca a forma de coordinación entre las jurisdicciones especiales indígenas con los juzgados de paz y las demás instancias del poder judicial; y, al mismo tiempo, dar a conocer las formas a través de las cuales los pueblos indígenas, desde tiempos inmemoriales, vienen resolviendo sus conflictos sociales.

10. 7. Análisis crítico y recomendaciones

Los antecedentes recabados en el desarrollo de esta investigación permiten afirmar que la Defensoría del Pueblo del Perú a lo largo de su existencia ha jugado un rol muy relevante en protección y promoción de los derechos humanos de la población en general, y de los derechos de los pueblos indígenas en particular.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe correspondiente al año 2000 atribuye gran importancia a la creación y al funcionamiento eficiente de la Defensoría del Pueblo, y comparte lo señalado por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos respecto a que la Defensoría del Pueblo ha demostrado una postura de defensa de los derechos humanos y ciudadanos, ha tenido intervenciones significativas frente a abusos de poder y ha efectuado pronunciamientos y planteado recomendaciones diversas para superar problemas que afectan su vigencia (CIDH, 2000).

La Comisión considera que la existencia autónoma e independiente de la Defensoría del Pueblo y la excelente y esforzada labor que dicha institución ha venido realizando constituye uno de los más significativos elementos en favor del respeto a los derechos humanos en Perú. Por lo mismo, estima que la labor de la Defensoría del Pueblo debe apoyarse y reforzarse en los aspectos que puedan ser necesarios, ya sean institucionales, presupuestarios o de otra índole (CIDH, 2000).

En materia de derechos indígenas su labor es también destacable. Como se señalara, las denuncias que los indígenas hacen llegar a la institución son significativas en número, lo que evidencia la legitimidad de este organismo en un país donde las instancias institucionales de resolución de conflicto y protección de derechos enfrentan una severa crisis y el descrédito por parte de la ciudadanía. Es importante relevar la acuciosa labor investigativa que en la materia ha propiciado la Defensoría y que se ha traducido en una profusa edición de informes temáticos, a través de los cuales ha abordado, en su necesaria especificidad, los derechos indígenas, permitiendo su conocimiento y difusión hacia la sociedad peruana.

La Defensoría del Pueblo del Perú a través de su gestión en defensa de los derechos indígenas ha adscrito a los máximos estándares vigentes en materia de derechos humanos y de derechos indígenas. Lo ha hecho generando condiciones para la “interlegalidad”, es decir, para la armónica coexistencia entre el derecho interno y las normas de derechos internacional, contenidas en los tratados de derechos humanos ratificado por el Estado peruano y vigente en el ordenamiento jurídico nacional. Así, la Defensoría, mediante la interpretación jurídica conforme los principios de derecho internacionalmente aceptados, ha favorecido el desarrollo y evolución de los estándares de derechos humanos y, en particular de los derechos indígenas. Como ha quedado establecido, esta tendencia evolutiva se demuestra en el reconocimiento de derechos colectivos a las comunidades indígenas, el reconocimiento del principio precautorio en caso de daños ambientales, la exigencia de la consulta debida, etc.

Cabe recordar a este respecto que la Constitución de 1993 rebajó el rango constitucional de los tratados internacionales, al menos de aquellos a los cuales el constituyente le había asignado máximo rango legal. Por ello reviste particular

importancia que el Defensor del Pueblo promueva la efectiva aplicación y cumplimiento de las normas de derecho humanos adoptadas por el Estado peruano en virtud de la ratificación de tratados internacionales.

Otro ámbito de acción de la Defensoría que debe ser destacado ha sido su intervención como *amicus curiae*, mecanismo a través del cual obtuvo en muchos casos la libertad de indígenas injustamente detenidos en los centros penales. También la presentación por la Defensoría de peritajes antropológicos en proceso penales que involucran a personas indígenas fue valorada en las Cortes (Aroca, 2005).

Reviste además interés su acción en el ejercicio de su función de iniciativa normativa. La Defensoría ha cumplido un rol fundamental al generar condiciones para el mejoramiento de las normas legales, como ocurrió en el caso de la consulta para la formulación de una nueva Ley de Rondas Campesinas. Como consecuencia de esta iniciativa, y tal como ha sido consignado anteriormente, la Defensoría ha puesto en el debate la necesidad de fortalecer estas organizaciones no sólo como instancias jurisdiccionales para la resolución de conflictos en base al derecho consuetudinario, sino también como agentes de participación y control ciudadano, pacífico, democrático, autónomo y culturalmente pertinente.

Lo expuesto permite concluir que la Defensoría del Pueblo del Perú en lo concerniente a la defensa y promoción de los derechos indígenas es una de las más consistentes de la región. Tal percepción es, al parecer, compartida por las organizaciones indígenas y de derechos humanos, al menos del área amazónica, donde el Programa de Comunidades Nativas focaliza su acción. Ello se refleja en las palabras de un miembro de AIDSESP: “La Defensoría ha estado en intermediación de los conflictos de las invasiones de los colonos a los

territorios indígenas. Han apoyado también la intermediación de los casos de hermanos indígenas que son notificados injustamente por la justicia, sobre todo los dirigentes...” (Gil Inoach de AIDSESP, en Defensoría del Pueblo, 2001: 9).

Vacíos y obstáculos

No obstante lo anterior, existen limitaciones en su accionar en relación con los pueblos indígenas y a sus derechos que deben ser señalados. Una limitación es la que se refiere a la focalización de la acción del Programa de Comunidades Nativas en el área amazónica, en desmedro de los pueblos indígenas que habitan en la sierra, los que constituyen la población indígena mayoritaria del Perú. En efecto, como se señalara, su accionar se ha apoyado en las oficinas existentes en el territorio amazónico, razón por la cual la protección y promoción de derechos indígenas se ha centrado en los pueblos y comunidades que allí habitan. A pesar de las acciones impulsadas en relación a temáticas, como la minería y las rondas campesinas que atañen a los pueblos indígenas del sector andino, no cabe duda que su acción en este último espacio territorial ha sido más débil, cuestión que debe ser revisada para lograr un mayor impacto a favor de los derechos indígenas. Se atienden las quejas de todas las comunidades campesinas andinas y costeñas, pero la Defensoría del Pueblo ha priorizado desde su inicio a las comunidades nativas y a los pueblos indígenas amazónicos por ser más vulnerables; también, desde el inicio de la Defensoría del Pueblo, existe el Programa de Protección a Poblaciones Afectadas por la Violencia, que prioriza a las comunidades campesinas y nativas que han sido afectadas por la violencia política. La Defensoría del Pueblo hace un seguimiento y supervisión de las recomendaciones del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Otra limitación importante que se observa en su actuación es que, pese a que según la Ley orgánica tiene atribuciones para ejercer acciones constitucionales en casos de vulneración de derechos fundamentales, no se ha dispuesto de información sobre casos en que la Defensoría haya usado esta prerrogativa para la protección de derechos indígenas. Esto constituye una falencia, ya que dicho instrumento, además de que se puede compatibilizar con la labor de mediación y promoción, tiene la ventaja que poner en marcha el aparato jurisdiccional, cuyas resoluciones tienen plena fuerza coactiva, lo que no ocurre con las recomendaciones de la Defensoría, que tienen solamente fuerza moral.

Por otro lado, de acuerdo a informaciones obtenidas, las quejas indígenas son resueltas por las Oficinas Defensoriales y no por el Programa de Comunidades Nativas, actuando este Programa como un ente asesor de las primeras. El Programa de Comunidades Nativas imparte lineamientos institucionales para que las Oficinas Defensoriales puedan atender mejor los casos. En situaciones más complejas y difíciles se imparten orientaciones más especializadas.

Finalmente, al igual que la mayor parte de los Ombudsman de la región, la actuación de la Defensoría en su trabajo a favor de los derechos indígenas se ve limitada por la ausencia de los recursos financieros necesarios para dar respuesta adecuada a las denuncias indígenas, y para asumir un rol más activo frente a las múltiples situaciones de violación de sus derechos que han sido identificadas, debiendo recurrir para estos efectos a la cooperación internacional como se consigna en los informes de la entidad (Defensoría, *Informe Anual 2003-2004*).

Buenas prácticas

Dentro de las múltiples actuaciones desarrolladas por la Defensoría en favor de los derechos indígenas que han sido reseñadas aquí, cabe valorar en especial por su importancia para los pueblos indígenas de Perú, así como por la significación que pueden tener para otros *Ombudsman* en América Latina, las siguientes;

En el ámbito de la investigación:

- Las investigaciones asumidas frente a situaciones de violación de los derechos de las comunidades indígenas de Perú a consecuencia de proyectos forestales, mineros, petroleros y otros, las que se han traducido en resoluciones y otras actuaciones de la Defensoría a favor de sus derechos.
- Los estudios y recomendaciones desarrolladas por esta entidad en diversas materias en que los derechos indígenas se han visto amenazados (tierras y territorios, derechos políticos, personería jurídica de las comunidades nativas, pueblos indígenas en aislamiento, concesiones mineras, entre otros) con miras a garantizar los derechos de los pueblos indígenas de Perú y favorecer una intervención intercultural de la Defensoría.

En el ámbito de la promoción y difusión:

- Los esfuerzos desarrollados por la Defensoría con miras a promover a nivel de los órganos del Estado y, en particular, entre los miembros del Poder Judicial, las particularidades del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y la jurisdicción de sus autoridades.

- Y el diseño de material de difusión de derechos humanos e indígenas y, en particular, del derecho de consulta, en base a los lineamientos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

En el ámbito de la mediación:

- La labor impulsada por la Defensoría, durante toda su gestión, con miras a interceder frente a las entidades públicas involucradas para garantizar los derechos indígenas amenazados por proyectos hidroeléctricos, forestales y de hidrocarburos en los territorios de origen.

Finalmente en el ámbito de las iniciativas normativas:

- Los esfuerzos desarrollados por la Defensoría para lograr una modificación a la ley de rondas campesinas, sustentada en el derecho consuetudinario y en las necesidades reales de las comunidades campesinas e indígenas.
- La participación de la Defensoría en la elaboración del anteproyecto de Ley de Comunidades Nativas y Campesinas, a través del cual se busca mejorar el texto legal vigente incorporando principios de pluralismo jurídico y los lineamientos del Convenio 169 de la OIT.

Recomendaciones

Con el fin de abordar los problemas antes señalados, y de potenciar la efectividad de la labor de la Defensoría del Pueblo de Perú en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, es que se hacen las siguientes recomendaciones:

1. El fortalecimiento del trabajo de la Defensoría hacia los pueblos indígenas a través de la presencia efectiva del

Programa de Comunidades Nativas en la región andina del Perú, y de la dotación a dicho Programa de personal profesional interdisciplinario con experiencia de trabajo con pueblos indígenas, así como de personal indígena que desarrolle una labor de facilitación intercultural y permita un mayor acercamiento de la Defensoría a las comunidades indígenas;

2. La dotación de recursos financieros y del equipamiento necesario para que la Defensoría, a través del Programa de Comunidades Nativas, pueda desarrollar en forma adecuada sus funciones, y en particular, realizar el trabajo de terreno que se requiere en las áreas indígenas en las que ocurren las violaciones a los derechos indígenas o a las que se quiera llegar para ejercer su labor de protección, mediación y promoción de derechos indígenas;
3. La formación y sensibilización del personal de la Defensoría en su conjunto de modo que esta puede incorporar la dimensión de los derechos indígenas en su quehacer global, favoreciendo una mayor articulación entre el Programa de Comunidades Nativas y las demás dependencias de la Defensoría.
4. El fortalecimiento de la acción promocional y de iniciativa normativa hasta ahora impulsada por la Defensoría con miras a posibilitar una mayor reconocimiento y recepción del derecho consuetudinario indígena por las instancias jurisdiccionales de Perú, permitir un mayor acceso de los indígenas a la justicia estatal, y potenciar el desarrollo de los sistemas de resolución de conflictos propios de los indígenas y su validación en las instancias de gobierno.

5. El ejercicio por la Defensoría de la función de procuraduría impulsando acciones contempladas en la ley y la Constitución en favor de los derechos indígenas ante los tribunales de justicia frente a su violación, así como acudiendo directamente a las instancias del sistema interamericano de derechos humanos sea como denunciante o como amicus curiae para con el mismo objetivo.

Bibliografía

- Aroca, Javier, *Derechos de los pueblos indígenas en el caso peruano*, 2003, inédito.
- Barié, Cletus, *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Editorial Abya-Yala; 2ª edición en formato CD, 2004.
- Ballón Aguirre, Francisco, *Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas*, 2ª edición, Lima 2003.
- Ballón Aguirre, Francisco, *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas. Doctrinas, principios y normas*, 2ª edición, Lima 2004.
- Comisión Andina de Juristas, *Defensoría del Pueblo. Análisis Comparado*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996.
- Camino, Alejandra. *Población Indígena y Áreas Protegidas: Patrimonios, Resguardos, Intereses en Conflicto*. Serie Documentos de Trabajo N° 2. Defensoría del Pueblo. Lima, marzo 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*, 2000, en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Peru2000sp/capitulo1.htm>

Chichizola Guimet, Carlos, *Análisis de los Factores Limitantes para la Adecuada Implementación en el Perú del Convenio 169 de la OIT*. Serie Documentos de Trabajo N° 5. Defensoría del Pueblo. Lima, marzo, 2000.

De la Cruz, Pablo, *Perú: La Defensoría del Pueblo y los pueblos indígenas*, ponencia presentado al seminario *Ombudsman y Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas* organizado por el IIDH en San José, Costa Rica, 17 a 19 de agosto 2005.

Defensoría del Pueblo, *Situación de las Tierras y Territorio de las Comunidades Nativas en la Amazonía peruana*, 2000.

-----, *Primer Informe de la Defensoría del Pueblo: Descentralización y buen gobierno. 1996-1998*, 1999.

-----, *Segundo Informe de la Defensoría del Pueblo: Descentralización y buen gobierno. 1998-1999*, 2000.

-----, *Tercer Informe de la Defensoría del Pueblo: Descentralización y buen gobierno. 1999-2000*, 2001.

-----, *Cuarto Informe de la Defensoría del Pueblo: Descentralización y buen gobierno. 2000-2001*, 2002.

-----, *Sexto Informe de la Defensoría del Pueblo: Descentralización y buen gobierno. 2002-2003*, 2003.

-----, *Séptimo Informe de la Defensoría del Pueblo: En el camino de la verdad: por la inclusión, la justicia y la equidad*, 2003.

- , *Situación del procedimiento para la titulación de los territorios de las comunidades nativas de la Amazonía peruana*, 1997.
- , *Nosotros y los otros. Avances en la Afiración de los derechos de los pueblos indígenas amazónicos*. Lima, agosto, 1998.
- , *Situaciones de Afectación a los Derechos Políticos de los Pobladores de las Comunidades Nativas*, Informe Defensorial N° 34 Lima, 2000.
- , *Análisis de los Factores Limitantes para la adecuada implementación en el Perú del Convenio N° 169 de la OIT*. Documento de Trabajo N° 5. Lima, septiembre 2000.
- , *Reconociendo el derecho a la diferencia. La Defensoría del Pueblo y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas*, 2001.
- , *Reconociendo el Derecho a la Diferencia: La Defensoría del Pueblo y la Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima, diciembre 2001.
- , *Abriendo surcos de Paz. Programa de Protección a Poblaciones Afectadas por la violencia*. Lima, diciembre 2002.
- , *Personas indígenas privadas de libertad y sentencias que vulneran el Debido Proceso*, 2002.
- , *Superposición de concesiones mineras en tierras de comunidades nativas y extracción ilícita de recursos mineros*, 2003.
- , *Iniciativas de Concertación entre Estado y Sociedad. Consulta Nacional: Hacia una Ley de Rondas*, 200.2

-----, *Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*, 2005.

-----, *Pueblo Urarina; conciencia de grupo y principio precautorio*. Informe Defensorial N° 47.
http://ombudsman.gob.pe/modules/Downloads/informes/informe_47.pdf

-----, Aroca, Javier, *Situación de las Tierras y Territorios de las Comunidades Nativas en la Amazonía Peruana*, 2000.

-----, Yañez, Carlos ed., *Análisis de la normatividad sobre la existencia legal y personalidad jurídica de las comunidades nativas*. Informe Defensorial N° 12, Lima, 1998.

Defensoría del Pueblo y Ministerio de Justicia. *Compendio de legislación para los pueblos indígenas y comunidades nativas*. Edición: 2da Ed., Lima, 2000.

Revista de Defensoría del Pueblos. *Debate Defensorial*. N° 1, Septiembre 1998.

-----, *Debate Defensorial*. N° 4, Enero, 2002.

Eguiguren, Francisco, “El Defensor del Pueblo en Perú”, en *La Defensoría del Pueblo: retos y posibilidades*, Comisión Andina de Juristas, Perú, 1995; pp. 47-60.

Espinoza, Oscar “El pueblo Asháninka y su lucha por la ciudadanía en un país pluricultural” en *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana*, APEP y CAAAP, Lima, 1996, pp. 77-132.

Instituto de Defensa Legal, Universidad Católica del Perú, *Manual del Sistema Peruano de Justicia*, 2ª edición, Lima, 2003.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Mapa de Progresos en Derechos Humanos*, CD, sin fecha.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Banco Interamericano de Desarrollo, *Legislación Indígena*, CD, versión preliminar, agosto 2004.

IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas), *El Mundo Indígena 2004*, Copenhague, 2004.

Kuppé, René, “Pluralismo Jurídico en el Neoliberalismo: unas reflexiones críticas sobre el proyecto Camisea de la Amazonía peruana”, en Castro, Milka (ed.) *XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el tercer milenio*; pp. 394-407, 2000.

Laats, Henkjan, “Propiedad y autonomía en Comunidades Campesinas del Perú, proyecciones desde la población”; en Castro, Milka (ed.) *XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el tercer milenio*, pp. 744-752, 2000.

Landa Arroyo, César “*Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”; 2001, en <http://www.cajpe.org.pe/InformacionporPaises.htm>

Lerner Febres, Salomón. Presidente de la Comisión (Lima, 28 de agosto de 2003). *Discurso de presentación del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Conclusiones*, www.nodo50.org/derechosparatodos/Areas/Peru.html

Ludescher, Monika, “Derechos Indígenas y Recursos Naturales en la época del neoliberalismo: El caso de la Amazonía Peruana”, en Castro, Milka (ed.) 2000.

XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: desafíos en el tercer milenio, pp. 408- 418. Arica, 2000.

Yrigoyen, Raquel, “Tratamiento judicial de la diversidad cultural en el Perú”; en *Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, revista El otro derecho N° 25, ILSA, Bogotá, diciembre de 2000.

Yáñez, Nancy y otros, *Investigación Evaluativa de Impacto Ambiental en Territorios Indígenas*. CONADI. Temuco, Chile, 2004, Inédito.

Zevallos, Martín “¿Qué es el Defensor del Pueblo?”; en www.monografias.com

Zarzar, Alonso, *Tras las Huellas de un Antiguo Presente. La problemática de los pueblos indígenas amazónicos en aislamiento y en contacto inicial. Recomendaciones para su supervivencia y bienestar*. Serie Documentos de Trabajo N° 3. Defensoría del Pueblo. Lima, marzo 2000.

Folletos

Defensoría del Pueblo, *Derecho a la Consulta previa y Participación de las comunidades nativas*, s.f.

----- *Consulta popular de revocatoria de autoridades*, s.f.

Páginas Web

<http://www.cajpe.org.pe/>

<http://www.coica.org/sp/>

<http://www.conacami.org/>

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

http://www.iidh.ed.cr/mapas_it.htm

<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/Diversidades/>

<http://defensoria.gob.pe/>

<http://www.socwatch.org.uy/es/portada.htm>

Comunicaciones

Aroca, Javier, comunicación escrita al autor, mayo 2005.

Castañeda, Amilcar, comunicación escrita al autor, abril 2005.

De la Cruz, Pablo, Jefe de Programa de Comunidades Nativas,
Defensoría del Pueblo, Perú, comunicaciones escritas,
febrero y agosto de 2005.

IV. Análisis comparado

1. Tendencias generales

1.1. Derechos humanos e indígenas

Como se ha visto en los capítulos precedentes, los Estados latinoamericanos analizados en este estudio de casos, han ido progresivamente incorporando en sus ordenamientos jurídicos un conjunto de derechos humanos tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales que han sido recepcionados por el derecho internacional de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX. Asimismo, han reconocido su carácter pluriétnico y multicultural, así como derechos de diversa naturaleza relativos a las personas y a los pueblos indígenas.

Tal tendencia se ha materializado mediante la introducción en las últimas décadas de importantes reformas a las cartas fundamentales de dichos Estados relativas a estos derechos. También se ha materializado a través de la suscripción y ratificación por ellos de los principales convenios internacionales, tanto de la ONU como del sistema interamericano sobre los mismos derechos, el dictado de profusa legislación específica para su regulación, así como a través de las decisiones de las máximas instancias jurisdiccionales (Corte Suprema, Corte Constitucional, etc.) establecidas en sus ordenamientos internos.

El espectro de los derechos reconocidos en los ordenamientos constitucionales de los Estados analizados en este estudio se ha ido ampliando gradualmente a través del tiempo, de los derechos civiles y políticos de primera generación recogidos en todos los casos, a los derechos económicos sociales y culturales de segunda generación, e incluso los derechos de tercera generación, como el medio ambiente, el desarrollo, la paz. Estos últimos encuentran una mayor acogida en las constituciones más recientes, como es el caso de la carta fundamental de Colombia de 1991, Paraguay de 1992, Perú de 1993, y Ecuador de 1978 reformada en 1996. Dichas cartas, además, han ido fortaleciendo, como se verá a continuación, los mecanismos en ellas contemplados para la protección por parte de los ciudadanos de los derechos que les son reconocidos.

Importancia particular reviste el fortalecimiento de los derechos humanos por la vía de la ratificación de las convenciones internacionales sobre la materia, proceso del que se ha dado cuenta en este trabajo. En numerosos Estados las constituciones, o bien las instancias jurisdiccionales, han asignado a estos tratados rango constitucional, o autoridad superior en el ordenamiento jurídico, razón por la que prevalecen frente a otras disposiciones legales y vienen a constituirse en normativa orientadora de la legislación interna en esta materia³⁵¹.

La misma tendencia progresiva se observa en el caso de los derechos de los pueblos indígenas que interesan a este estudio.

351 Este proceso ha sido denominado por Brewer-Carías “constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos” (2001: 8).

La totalidad de los Estados aquí analizados han dado alguna forma de reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas, tanto en sus ordenamientos constitucionales como legales. De acuerdo a la clasificación propuesta por Barie (2003) en su estudio sobre los derechos indígenas en los ordenamientos constitucionales de los Estados latinoamericanos, dichos Estados, a excepción de Costa Rica, que solo protege en su carta fundamental las “lenguas indígenas nacionales” (art. 76), se encuentran en lo que denomina “la vanguardia” en esta materia, haciendo en sus ordenamientos constitucionales un reconocimiento sustancial de los derechos de los pueblos indígenas.

Salvo Costa Rica, todos reconocen en sus constituciones de alguna u otra manera su identidad étnica y el carácter multicultural de los Estados.

Así en Colombia (1991) “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Art. 7); en Bolivia (1994) se reconoce como “...libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural...” (Art. 1); en Ecuador (1998) se reconoce en términos similares como “...un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”; en Guatemala se señala que esta formado por distintos grupos étnicos (Art. 66) y reconoce “...el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”; en México (2001) se establece que “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...” (Art.2); en Perú (1993) “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación” (Art. 2 inc. 19); en Nicaragua (1987) se establece que “el pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica” (Art. 8); Panamá (1972) reconoce y respeta la diversidad étnica de las comunidades indígenas nacionales (Art. 86); y Paraguay (1992) se define como un “país pluricultural y bilingüe” (Art.140).

La naturaleza colectiva de los “pueblos indígenas” es reconocida en las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, México y Paraguay. Las constituciones de México (2001) y Paraguay (1992) reconocen además la precedencia de los pueblos indígenas con respecto a los Estados.

Junto a ello los ordenamientos jurídicos de los Estados en estudio han dado reconocimiento al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. En el plano constitucional, los países andinos (Bolivia [1994], Colombia [1991], Ecuador [1999] y Perú [1993]), así como Paraguay (1992) y México (2001), hacen un reconocimiento explícito de este derecho acogiendo en ellos no solo las “normas propias” o “consuetudinarias”, “sistemas normativos”, o “derecho consuetudinario” indígena, sino también en varios casos los procedimientos indígenas para su aplicación y de la jurisdicción de las autoridades dentro de su “ámbito territorial” o para resolver “conflictos internos”.

Cabe destacar que en el caso de Bolivia, la Constitución (1994) concibe la jurisdicción indígena como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, reconocimiento que puede entenderse en la perspectiva de los procesos de modernización y reforma de la justicia que hoy se impulsan en América Latina, que buscan mejorar el acceso a la jurisdicción del Estado o subsidiarla.

En todos los textos constitucionales antes reseñados se establece además como límite para la aplicación de las normas y procedimientos indígenas, el que éstos no sean contrarios a la Constitución y a las leyes del Estado o a los derechos fundamentales y/o garantías individuales. En el caso de México (2001) se agrega que éstos deben respetar la dignidad e integridad de las mujeres. Además, en la mayoría de los textos constitucionales se entrega a la ley la coordinación de la jurisdicción indígena con la jurisdicción nacional, tarea que, como ha sido señalado, hasta la fecha no se ha materializado.

En el caso de México se establece, además, el derecho de los indígenas a acceder plenamente a la jurisdicción del estado, debiendo este derecho ser garantizado a través de la consideración de sus “costumbres y especificidades culturales”, interpretes y defensores especiales en los juicios y procedimientos de que sean parte. En el mismo sentido, en el caso de Paraguay (1992) se establece que “en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho indígena”.

En el caso de México (2001) se incluye además otra dimensión del derecho indígena, diferente de la administración de justicia, al reconocer el derecho de los indígenas a elegir sus autoridades de gobierno interno o de gobierno municipal de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales (art. 2, letra B VII, reforma 2001). De manera similar, Colombia (1991) dispone que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados de acuerdo con los usos y costumbres de sus comunidades (art. 330).

Aunque en la mayoría de los Estados no se ha dictado la legislación de coordinación de la jurisdicción indígena con la justicia estatal de que disponen los textos constitucionales antes referidos, dicha coordinación se ha producido en algunos casos, como el de Colombia, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país. Dicha jurisprudencia, como se señalara, ha dado un importante respaldo e impulso a la jurisdicción indígena, permitiéndole definir sus alcances y contenidos y la relación que debe existir entre derecho indígena y los derechos humanos.

Por otro lado, los sistemas de justicia indígena, y la incorporación del derecho consuetudinario en la justicia estatal, han sido desarrollados mediante legislación en la mayoría de los Estados incluidos en este estudio. En el primer

caso destacan la legislación sobre rondas campesinas en el Perú (2002), el reglamento a la Ley de Autonomía de la Costa Atlántica en el caso de Nicaragua (2003), y la legislación comarcal más reciente en el caso de Panamá (2000). En el segundo ámbito debe mencionarse las modificaciones introducidas a la legislación penal y procesal penal en diversos Estados, entre ellos México, tanto en su legislación federal (2002, 2004) como en la legislación del estado de Oaxaca (1998), Paraguay (Ley 1286), y Bolivia (2001), legislación que obliga a las instancias de la justicia estatal a considerar los sistemas normativos indígenas y/o disponer de intérpretes para el uso de las lenguas indígenas en juicio. También cabe mencionar la legislación que dispone la creación de los Juzgados de Paz comunitarios en áreas preferentemente indígenas en el caso de Guatemala (1997)³⁵².

La gran mayoría de los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados incluidos en este estudio, además, reconocen y protegen el derecho de los pueblos indígenas a la tierra y/o al territorio y a los recursos naturales que hay en ellos. El carácter comunitario de las tierras y territorios indígenas es reconocido por Bolivia, Colombia, Ecuador, Costa Rica, Nicaragua, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú. El derecho a su demarcación, titulación o saneamiento a favor de sus comunidades es reconocido en Bolivia, Colombia, Ecuador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Perú. Las tierras y/o territorios que habitan son protegidos, declarándose su inalienabilidad, inembargabilidad, entre otros derechos, en favor de los indígenas en el caso de Bolivia, Colombia, Ecuador, Costa Rica, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá y Paraguay.

352 Aunque no se trata propiamente se juzgados indígenas, éstos han permitido la resolución de conflictos en base al derecho consuetudinario indígena.

Varios ordenamientos reconocen además derechos de los pueblos indígenas (usufructo, consulta o beneficio, derecho preferente) sobre los recursos naturales (renovables) que se encuentran en sus tierras (Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá). Otros reconocen el derecho de los indígenas de acceder a la tierra cuando carezcan de ella (Paraguay y Guatemala).

La mayoría de los países analizados reconocen, por último, en mayor o menor medida, los usos y costumbres de los indígenas en materia de asignación y sucesión de tierras indígenas.

El derecho a la participación política indígena es recogido por los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados de la región. Se reconocen derechos de participación especial de los indígenas en Colombia, cuya Constitución (1991) establece un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional indígena.

Como se señalara en el capítulo I, Colombia, México y Nicaragua, además, reconocen en sus constituciones el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía, estableciendo diversos mecanismos para su ejercicio. Panamá, desde mediados del siglo XX, establece en su legislación el derecho de los pueblos indígenas al ejercicio de dicha autonomía política territorial a través de la figura de las Comarcas.

En el caso de Colombia, la constitución (1991) considera a los territorios indígenas como una de las entidades territoriales del Estado. Tales entidades son autónomas para la gestión de sus intereses, los que incluyen el gobierno por autoridades propias y la administración de recursos y el establecimiento de tributos. Los territorios indígenas, cuya conformación queda entregada a la ley, serán gobernados por

consejos formados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades de acuerdo a la Constitución de ese país. En el caso de México, la Constitución (2001) reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y a la autonomía para decidir sus formas internas de organización, aplicar sus sistemas normativos propios, dejando, en lo central, la determinación de las características de tales derechos a las entidades federativas. La Constitución (1990) y legislación del estado de Oaxaca ha reconocido el derecho a la libre determinación y a la autonomía como expresión de este derecho. Asimismo, reconoce las propias formas de organización social indígena y la elección de los representantes indígenas a los gobiernos municipales mediante el sistema de usos y costumbres.

En el caso de Nicaragua, la Constitución (1987), y posteriormente la legislación del mismo año y su reglamentación del 2003, han permitido el establecimiento y desarrollo de dos comunidades autónomas en la Costa Atlántica. Aunque se trata de comunidades de carácter multiétnico, dicha normativa ha permitido el reconocimiento a los indígenas que allí viven del derecho a autogobernarse a través de consejos regionales electos democráticamente.

Panamá, si bien no reconoce este derecho en la Constitución, ha dotado a los pueblos indígenas de importantes atribuciones y de grados crecientes de autonomía en sus asuntos internos a través de la legislación comarcal desarrollada en las últimas décadas, y en particular en aquella aprobada en años recientes (1997, 2000) de la que se ha dado cuenta en este estudio.

La tendencia al reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos y personas indígenas aquí descrita se ha visto reforzada con la ratificación por parte de la mayoría

de los Estados aquí analizados, con excepción de Nicaragua y Panamá, del Convenio N° 169 de la OIT, a cuya relevancia y contenidos se hicieron referencia en el capítulo I de este trabajo. A ello se agrega la jurisprudencia de La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos indígenas, la que como se señalara en el capítulo I, ha establecido criterios de gran relevancia para la protección de los derechos indígenas en diversas materias, y en particular en materia de derecho a la propiedad indígena sobre sus tierras colectivas y, de manera más reciente, de su relación inherente con el derecho a la vida misma (Cf. Corte IDH. Caso Yakie Axa vs., Paraguay).

1.2. Los Ombudsman

Una preocupación de los constituyentes en América Latina ha sido la del establecimiento de mecanismos para la protección y resguardo de los derechos humanos incorporados en los ordenamientos constitucionales en años recientes. Tal preocupación ha motivado la inclusión en las cartas fundamentales de la región de diversas instituciones para con este objetivo, siendo una de las más comunes el amparo constitucional o tutela. Otra forma de protección de estos derechos ha sido la del control de constitucionalidad y el establecimiento de una jurisdicción constitucional que permita el amparo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (Brewer-Carias, 2001).

Sin embargo, tal como se ha señalado en este trabajo, en las últimas décadas, en especial luego de la dramática experiencia de los gobiernos autoritarios y de los conflictos armados que se vivieron en gran parte de la región latinoamericana, contexto en el que se violó en forma masiva y sistemática los derechos más esenciales de la persona humana, se ha desarrollado con gran fuerza la institución del

Ombudsman de origen inicialmente europeo, adaptándose a la realidad y desafíos de la región.

A diferencia del *Ombudsman* sueco, que fue concebido como mecanismo parlamentario de protección de derechos frente a la administración pública, las Defensorías del Pueblo, Procuradurías y Comisiones de Derechos Humanos y otras instituciones afines creadas en América Latina, en especial durante la década de los noventa, son en la generalidad de los casos instituciones independientes de los poderes del Estado que tienen funciones más amplias relacionadas no solo con los actos de la administración pública, sino con la protección y promoción de los derechos de los ciudadanos y habitantes en general.

Como se señalara en el capítulo III, los *Ombudsman* allí referidos, si bien tienen como objetivo común, a grandes rasgos, la protección, defensa y promoción de los derechos de los ciudadanos, tienen características, sistemas de nombramiento, y funciones que diferencian a uno de otros. A continuación analizaremos comparativamente algunas de las principales especificidades de los *Ombudsman* en los Estados incluidos en este estudio de caso, tomando para ello en consideración los siguientes aspectos³⁵³:

i. Rango jurídico de su creación: Inicialmente, los *Ombudsman* de algunos de los Estados en estudio, como en el caso de México por ejemplo, fueron creados por resolución o decreto del poder ejecutivo. Posteriormente, como se señalará, gran parte de ellos encontró su fundamentación jurídica en la Constitución Política del respectivo Estado. Su inclusión en la

353 Para la realización de este análisis comparado se ha tomado en consideración, por su claridad y ordenamiento, el trabajo de Lorena González V. (2004) y el de Roberto Cuéllar (2002), ambos sobre el *Ombudsman* en América Latina y disponibles en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

Constitución otorga, según todos los analistas, mayor legitimidad, independencia y protección en su actuar. Dicho reconocimiento constitucional va generalmente acompañado de uno de carácter legal, que permite la regulación de su actuación. Junto con ello, los *Ombudsman* cuentan con reglamentación interna a partir de su potestad de autorregulación, emanada de la Constitución o la ley.

Las excepciones en este sentido son los casos de Ecuador, Panamá y Costa Rica en que los *Ombudsman* fueron creados por ley. En el caso de Ecuador y Panamá, sin embargo, la Constitución ha venido a refrendar la institucionalidad creada por ley, siendo Costa Rica el único Estado de los considerados en este estudio en que no existe a la fecha consagración constitucional de esta institución. Como se señalara en el capítulo anterior, el reconocimiento constitucional de esta entidad fortalece su autoridad y la independencia de sus actuaciones frente al resto de los órganos del Estado.

ii. Nombramiento y duración: En la mayoría de los Estados en estudio la facultad para nombrar al *Ombudsman* recae en los parlamentos, ya sea por las dos terceras partes del Congreso o Cámara de Diputados o de Senadores (Bolivia, Ecuador, Guatemala, México, Perú y Paraguay), o por la mayoría absoluta (Costa Rica y Panamá). En el caso de Nicaragua, la elección se hace por el 60 % de los votos de la Asamblea. En algunos Estados, el poder ejecutivo tiene intervención indirecta en el nombramiento del *Ombudsman*. Así, en Colombia la Presidencia participa en la elaboración de la terna para su elección, y en el caso de Panamá, el Presidente se reserva la facultad de perfeccionar el nombramiento a propuesta de la Asamblea.

En cuanto a la participación ciudadana en este proceso, destacan los casos de Bolivia, donde se abre un concurso

público en que la sociedad civil tiene la posibilidad de proponer o impugnar un candidato, y en Nicaragua, donde los candidatos son propuestos por los diputados en consulta con asociaciones civiles. Se trata de una prerrogativa que, como se vio, es valorada por la ciudadanía (CODEHUCA, 2001). En el caso de Perú, el nombramiento se hace por medio de convocatoria pública en el Diario Oficial. Cuando se confeccionan las listas con los postulantes, éstas se publican para la formulación de tachas.

En cuanto a su duración en el cargo, en siete de los diez Estados (Bolivia, México, Panamá, Paraguay, Perú, Guatemala y Nicaragua) en estudio, el *Ombudsman* es elegido por cinco años, permitiéndose la reelección por igual período en cinco de ellos. En Colombia, Costa Rica y Ecuador la elección es por cuatro años, permitiéndose en estos últimos dos casos su reelección (González, 2004).

iii. Independencia jurídica y presupuestaria. Para el desempeño de las funciones que le encomiendan la Constitución y/o las leyes, los **Ombudsman** deben gozar de independencia política y funcional frente al Estado, así como de recursos financieros básicos. En la mayor parte de los Estados incluidos en este estudio los *Ombudsman* gozan, al menos formalmente, de independencia administrativa, sometándose solo a la Constitución y las leyes. La única excepción es el caso de Colombia, donde el Defensor debe actuar bajo la dirección del Procurador General de la Nación.

La independencia presupuestaria resulta fundamental, ya que no puede existir independencia política frente al Estado si éste controla los recursos a su arbitrio, o establece limitantes a su accionar por esta vía como se identificó ocurre en algunos casos (Panamá). En la mayor parte de los Estados en estudio el presupuesto del *Ombudsman* se incluye dentro del

presupuesto del poder legislativo o Senado (Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Panamá y Paraguay) o dentro del presupuesto de la Nación o Estado (Colombia, Ecuador, Nicaragua). Algunos Estados establecen en su ordenamiento jurídico el que los *Ombudsman* cuenten con recursos propios (México). Dada la estrechez presupuestaria existente en muchos contextos, algunos Estados (como Bolivia y Nicaragua) autorizan en su legislación a los *Ombudsman* a recibir donaciones tanto nacionales como internacionales, para financiar sus actividades (González, 2004). En la práctica, como se señalara en este estudio al referirse a la actuación de los *Ombudsman* en relación con los derechos indígenas, la mayor parte de ellos en los países andinos y centroamericanos recurre a la cooperación, sobre todo de carácter internacional, para complementar los escasos recursos de que son dotados de parte del presupuesto público. Dicha cooperación, sin embargo, no asegura la estabilidad de su acción en el tiempo, con graves consecuencias para el trabajo defensorial que estos desarrollan.

iv. Competencias: En cuanto a las competencias, estas también varían entre un Estado y otro. En la mayoría de los casos en estudio se asigna a los *Ombudsman* la tarea de defender los derechos humanos frente a la administración pública y de velar porque este sector ajuste su actuar a estos derechos (Costa Rica, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú). En algunos de esos casos, así como en otros, se les otorga una competencia genérica en la defensa de los derechos humanos consagrados en la Constitución Política y las leyes (Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Perú).

En otros casos (Bolivia), dicha competencia se limita a la protección y defensa de los derechos humanos en relación a la actividad administrativa del sector público.

En cuanto al poder judicial, diversos ordenamientos jurídicos coinciden en que los *Ombudsman* no tienen competencia para conocer de las quejas del poder judicial (Costa Rica, México, Panamá y Paraguay), ni tampoco para conocer asuntos pendientes de resolución por parte de éste o modificar sus resoluciones (Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Nicaragua).

Ello no obsta las competencias que los *Ombudsman* deben tener sobre el poder judicial en relación con la prestación de servicios del sector público (González; 2004). Tales competencias, como se señalara en el caso de Panamá, han sido limitadas en virtud de una decisión de la Corte Suprema de ese país, la que declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley Orgánica de la Defensoría, limitando su competencia para conocer de actos ilegales y /o arbitrarios que emanen de los órganos legislativo, judicial y del tribunal constitucional.

Existen otras materias sobre las cuales se limita la acción de los *Ombudsman*. Así por ejemplo, en materia electoral diversos Estados establecen restricciones a la actuación de esta institución respecto a las resoluciones de los tribunales electorales (Panamá), y otras respecto a temas electorales en general (México y Paraguay). En cuanto a la investigación en entidades militares, la ley de Nicaragua establece que los funcionarios militares deben colaborar con el *Ombudsman* cuando les sea requerido, en tanto que en el caso de Ecuador, el *Ombudsman* pueden realizar visitas a centros militares para comprobar el respeto por los derechos humanos (González, 2004).

v. Principales funciones: Como se ha señalado anteriormente, los *Ombudsman* de los Estados incluidos en este estudio tienen como funciones básicas las de investigación,

mediación y conciliación y de educación y promoción (Cuéllar, 2002). En relación a la función de investigación, casi todos los Estados facultan expresamente a los *Ombudsman* a iniciar y proseguir a petición de parte o de oficio cualquier indagación conducente al esclarecimiento de situaciones lesivas a los derechos humanos, y/o actos o resoluciones de la administración pública o de agentes estatales que afecten la vigencia de estos derechos. La mayor parte de los Estados también establecen la obligación de los funcionarios públicos de entregar la información solicitada por el *Ombudsman*. Algunos Estados, como Colombia, establecen la obligación adicional de informar de la investigación a la opinión pública.

En cuanto a las faltas en que incurren los funcionarios que no proporcionan la información requerida por los *Ombudsman*, en Costa Rica se incurre en el delito de desobediencia; en Ecuador, en el delito de desacato y los empleados públicos podrán ser sancionados con una multa y responder a las respectivas acciones penales y civiles; en Nicaragua se incurre en el delito de desacato y por responsabilidades administrativas; en Paraguay constituye una obstrucción a las funciones del Defensor y también desacato, pudiéndose remitir al Ministerio Público para las respectivas acciones judiciales. En Perú, el Defensor comunicará este hecho a la máxima autoridad o –según corresponda– a la Contraloría, en tanto en México las autoridades serán responsables penal y administrativamente por actos u omisiones durante la tramitación de las quejas (González, 2004).

En algunos casos se faculta a los *Ombudsman* para investigar y/o apremiar a particulares por la violación de derechos humanos. Es el caso de Panamá, en que el *Ombudsman* puede investigar actos u omisiones de personas naturales o jurídicas que desarrollen un servicio público (art. 4, Ley 7 de 1997); de Perú, donde similarmente se faculta al

Defensor del Pueblo para conocer de las actuaciones que se realicen con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de un acto administrativo habilitante (art. 9, Ley 26.520 de 1995); de Colombia en que el *Ombudsman* está facultado para hacer recomendaciones y observaciones a los particulares en caso de amenaza o violación de derechos humanos y apremiar a las organizaciones privadas para que se abstengan de desconocer un derecho humano (art. 29, Ley 24 de 1992); de Guatemala en que el *Ombudsman* puede investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier personas por la violación de derechos humanos (artículo 13, Decretos 54-86 y 32-87); y de la CNDH en el caso de México, la que puede actuar cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen a ejercer las atribuciones que les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas (art. 6, Ley de la CNDH de 1992).

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados incluidos en este estudio entregan a los *Ombudsman* funciones de mediación y conciliación, favoreciendo la solución amistosa de conflictos entre las partes. Aunque como se señalara en el capítulo II, existe consenso que esta función no puede ser ejercida en caso de violación de derechos considerados como irrenunciables, como el derecho a la vida, la integridad, y aquellos de lesa humanidad. Tal función es fundamental en la práctica de los *Ombudsman*. En cuanto a sus particularidades, cabe señalar que según se dispone en el ordenamiento jurídico de Colombia, el *Ombudsman* mediará frente a peticiones colectivas de organizaciones entre usuarios y empresas de servicios públicos. Según el ordenamiento de Ecuador, éste lo hará entre personas jurídicas y organizaciones populares ante conflictos con la Administración Pública. En el

caso de Panamá establece que el *Ombudsman* puede mediar en los conflictos entre particulares y la Administración con el consentimiento de ambas partes. Por su parte, la legislación de México y Nicaragua establece como función del *Ombudsman* procurar la conciliación al conocer de quejas entre personas con derechos vulnerados y las autoridades responsables.

En cuanto a la educación, los ordenamientos jurídicos de México, Panamá y Paraguay la conciben como la promoción y divulgación de contenidos sobre derechos humanos, del mandato del *Ombudsman* y de programas y políticas de derechos humanos. Colombia, Nicaragua y Ecuador incluyen en esta función la divulgación de la Constitución Política, y en este último caso se dispone que para ello puede utilizarse los medios de comunicación que otorgue el Estado (González, 2004).

A estas funciones, se agregan otras que son reconocidas a los *Ombudsman* en los ordenamientos jurídicos de los Estados aquí analizados. Una de estas funciones es la de la procuración, esto es la facultad de impulsar actuaciones jurisdiccionales y/o administrativas, interponer recursos y darles seguimiento, la que es considerada en los ordenamientos de todos los Estados aquí analizados, a excepción de México. En los casos de Bolivia y de Costa Rica se faculta al *Ombudsman* para interponer acciones de inconstitucionalidad.

En cuanto a la función de iniciativa normativa, esto es la facultad de los *Ombudsman* de promover reformas legales destinadas a modificar normas consideradas lesivas a los derechos humanos o a perfeccionar el ordenamiento jurídico vigente, esta está presente en varios de los casos de estudio. Así, en Bolivia el *Ombudsman* puede proponer modificaciones a decretos, leyes y resoluciones no judiciales, al igual que en

Colombia, tratándose de materia de derechos humanos. En el caso de Nicaragua, Perú, Bolivia, Ecuador y México, los *Ombudsman* pueden sugerir la ratificación o suscripción de tratados internacionales relativos a los derechos humanos.

Adicionalmente, como funciones especiales destacan;

- La de los *Ombudsman* de Colombia, Ecuador, México y Nicaragua de vigilar las condiciones de las cárceles y los derechos de los privados de libertad;
- La del *Ombudsman* de Ecuador de velar por los derechos humanos de sus nacionales residentes en el extranjero;
- Y la del *Ombudsman* de Paraguay para conocer asuntos relacionados con intereses difusos (González, 2004).

A ello se agrega la facultad de los *Ombudsman* para conocer de los derechos de los pueblos indígenas y minorías étnicas, facultades a las que se hará mención a continuación en este trabajo.

vi. Efectos de sus resoluciones; Finalmente, otro ámbito de relevancia en que existen diferencias entre los *Ombudsman* analizados en este estudio dice relación con los efectos de sus resoluciones.

Como se ha señalado en los capítulos anteriores, una de las características de los *Ombudsman* es que sus resoluciones no son vinculantes, y por lo mismo, su peso estará determinado por la autoridad y prestigio de su titular. Con todo, existen diferentes expresiones que adquieren sus resoluciones y recomendaciones en cada contexto.

Casi todos los Estados, a excepción de Ecuador y Guatemala, disponen en sus ordenamientos jurídicos que el

Ombudsman podrá formular recomendaciones, observaciones o sugerencias. En algunos casos, como Venezuela y Colombia, los ordenamientos señalan de manera expresa que estas recomendaciones se harán sólo en materia de derechos humanos. En otros Estados, como Costa Rica, México, Panamá y Perú, señalan que estas recomendaciones no serán vinculantes o que no modificarán resolución alguna. En varios Estados, el *Ombudsman* tendrá que limitarse a informar a reportar a la autoridad correspondiente las quejas, anomalías, infracciones de las que tenga conocimiento, por lo que por sí mismo no podrá conocerlas y resolver sino solamente reportarlas. Así, en Panamá debe reportarlas al Procurador General de la Nación; en Perú, a la autoridad respectiva y, cuando corresponda, a la Contraloría. En Colombia, una vez evaluadas las pruebas, el *Ombudsman* debe remitir el caso a la autoridad competente; en Ecuador, el *Ombudsman* podrá interponer las acciones y recursos necesarios para impedir daño o peligro. Además, podrá exigir a la autoridad respectiva que resuelva. En Guatemala, el *Ombudsman* podrá ordenar el cese inmediato de la violación e interponer la denuncia o querrela ante el órgano competente. En Nicaragua, podrá iniciar o promover acciones de responsabilidad y los recursos correspondientes.

Cabe señalar que Paraguay no señala nada en su ordenamiento jurídico en relación con esta materia. Finalmente, en el caso de Colombia, el *Ombudsman* podrá apremiar públicamente al violador de derechos humanos en caso de que éste sea un particular. El *Ombudsman* de Guatemala, finalmente puede emitir resoluciones de censura pública en contra de autores materiales e intelectuales (González, 2004).

2. Actuación de los Ombudsman en materia de derechos de los pueblos indígenas

Como se ha visto en los estudios de casos incluidos en el capítulo III, la mayoría de los *Ombudsman* desarrolla una acción de protección y promoción relacionada con los derechos de los pueblos indígenas. Ello a excepción del *Ombudsman* de Paraguay cuya actuación en este ámbito ha sido claramente insuficiente.

A continuación se analizarán en forma comparativa, y a grandes rasgos, las principales características y tendencias de la actuación de los *Ombudsman* aquí incluidos en relación a los pueblos y personas indígenas y con sus derechos.

2. 1. Fundamentación jurídica

Un primer elemento que debe ser destacado, es el de la fundamentación jurídica de la actuación de los *Ombudsman* en esta materia. Tal acción encuentra en varios casos fundamentación expresa de carácter legal. Es el caso de Bolivia, donde la actuación del *Ombudsman* en relación con los pueblos y personas indígenas responde a un mandato legal. Así, la ley que crea el Defensor del Pueblo le encomienda “velar por el respeto a la condición multiétnica y pluricultural de la sociedad boliviana y promover la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas” (artículo 11.9, Ley 1818 de 1997). Es el caso también de Colombia en el que la Ley le encomienda “velar por los derechos de las minorías étnicas y de los consumidores” (artículo 9 N° 20 Ley 24).

En otros casos, como el de Oaxaca en México, que ha sido abordado en este trabajo, si bien no existe un mandato explícito, existen lineamientos para una acción más efectiva

del *Ombudsman* en materia de derechos indígenas. El artículo 23 de la Ley de 1993 que crea la CEDH de Oaxaca señala que cuando la Comisión considere que la violación a los Derechos Humanos de individuos indígenas constituyan además actos violatorios de los derechos humanos de la comunidad o etnia a la que pertenecen, independientemente de la solución que se dé a cada expediente, podrá expedir una declaración sobre el problema general planteado, atendiendo al espíritu del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como instrumento de consulta.

En el caso de Nicaragua, dicho mandato se deduce de la Ley que establece la existencia de Procuradores Especiales, entre ellos el de Pueblos Indígenas y de Minorías Étnicas (art. 23 ley 212 de 1995).

En el resto de los Estados analizados en este estudio, en cambio, no se encuentra fundamentación jurídica específica de su accionar en relación a los pueblos indígenas, siendo esta consecuencia del mandato amplio que la Constitución y/o las leyes les otorgan para la protección y la defensa de los derechos humanos de los ciudadanos.

2.2. Instancias especiales para la atención de derechos indígenas

Otro aspecto relevante que permite dar cuenta de las diferencias en el accionar de los *Ombudsman* en relación con estos derechos, es en relación con la existencia o no de instancias especiales en su interior dedicadas a la protección y promoción de los derechos de los pueblos y personas indígenas.

Tales instancias especializadas sólo existen en algunos contextos, en tanto que en otros no. Así el *Ombudsman* de

Bolivia cuenta con un Programa de Derechos Humanos del Campesinado y Pueblos Indígenas que depende de la Adjuntoría de Programas Especiales del Defensor del Pueblo de ese país. Dicho Programa, como se señaló, tiene por objeto atender los derechos colectivos del campesinado y pueblos indígenas y utilizar la función mediadora de la Defensoría y las prerrogativas que permitan impulsar investigaciones de oficio en casos de relevancia e impacto social que afecten en forma sistemática a los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Programa cuenta con un profesional en La Paz y uno en Santa Cruz, contratados para desarrollar estudios e investigación sobre temáticas medio ambientales, recursos naturales y derechos humanos, que dependen directamente de la Adjuntoría de Programas y Actuaciones Especiales.

Igualmente, el *Ombudsman* de Colombia cuenta con una Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas creada en 1993, cuya sede se ubica en Bogotá. De acuerdo a los antecedentes disponibles, al 2004 esta Defensoría especializada contaba con 7 funcionarios: un Defensor Delegado, indígena perteneciente al pueblo inga, cinco abogados asesores a cargo de temas específicos y de regiones del país con presencia de población indígena y una secretaria (Moreno, 2004). Además de esta Defensoría Delegada, una particularidad del *Ombudsman* de Colombia es que cuenta con una Defensoría pública creada por Ley en 1992. Dicha Defensoría, que tiene por finalidad facilitar el acceso a la justicia de la población, tiene la obligación legal de proveer abogado a las personas indígenas que así lo soliciten y que demuestren incapacidad económica para obtener representación ante la justicia.

De la misma manera, el *Ombudsman* de Ecuador cuenta con una Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DINAPIN) creada en 1998 por resolución

interna. Dicha Dirección tiene su sede en Quito y cuenta con el apoyo de los comisionados a cargo de la representación de Defensoría en provincias, y de los defensores indígenas en áreas indígenas formados en virtud de sus programas.

El *Ombudsman* de Guatemala, a su vez, cuenta con una Defensoría de Pueblos Indígenas creada por acuerdo en 1998. De acuerdo a la Procuraduría de Derechos Humanos, al año 2003 la Defensoría contaba con un equipo de 13 personas que hacían posible su trabajo en 16 departamentos del país. A la misma fecha se contaba con solo seis defensores regionales, los que debían cubrir más de un departamento cada uno.

En el caso de México, tanto el *Ombudsman* federal como el de Oaxaca analizados en el estudio de caso, cuentan con instancias especializadas para la atención de la población indígena y la protección de sus derechos. Así, en el caso de la CNDH, funciona un Programa de Derechos Indígenas, el que integra su Cuarta Visitaduría. A éste se agrega el Programa de Liberación de Presos Indígenas, y el Programa Altos y Selva de Chiapas, cuyas actuaciones, en este último caso, también se han focalizado casi exclusivamente en la atención de población indígena.

En el caso de Oaxaca, la CEDH cuenta con una Visitaduría Especial para Asuntos Indígenas.

Igualmente, Nicaragua cuenta por mandato legal con un Procurador Especial de Pueblos Indígenas y de Minorías Étnicas (art. 23, ley 212 de 1995), el que fue establecido, sin embargo, hasta el año 2000. Dicho Procurador cuenta con delegaciones en tres localidades de la Costa Atlántica.

En Panamá, el *Ombudsman* cuenta con un Departamento de Asuntos Indígenas creado a poco de constituirse la Defensoría como una instancia dependiente de la Dirección de Quejas.

Finalmente, en Perú, el *Ombudsman* cuenta en su interior con el Programa de Comunidades Nativas que inició sus funciones en enero de 1997, cuyo objeto es velar por la protección y promoción de los derechos indígenas, en particular, de las comunidades nativas que pertenecen a 48 pueblos indígenas localizados en la Amazonía. Dicho Programa cuenta con su oficina central en Lima y con oficinas en 5 ciudades del área amazónica.

Los únicos dos *Ombudsman* que no tienen una instancia especializada para la atención de esta materia, son el de Costa Rica y el de Paraguay. En el primer caso, como se señalara en el capítulo III, la temática es asumida por la Dirección de Protección Especial, la que atiende un conjunto de otros sectores vulnerables de la población, y ha designado a un abogado como encargado de la temática y de los casos que tratan con los derechos de los pueblos indígenas. En el caso de Paraguay, si bien el organigrama del *Ombudsman* considera la existencia de una Oficina de Pueblos Indígenas, los informes de esta entidad no permiten dar cuenta de que ésta se encuentre en operación.

La existencia de una instancia especial para la atención de esta área temática, como ha quedado de manifiesto en el estudio de casos, constituye un requisito esencial para su tratamiento adecuado por parte de los *Ombudsman*.

2.3. Principales actuaciones de los *Ombudsman* en materia de derechos indígenas

En general las actuaciones impulsadas por los *Ombudsman* y sus instancias especializadas en materia de derechos indígenas son las funciones propias de la acción defensorial antes identificadas, esto es la investigación, la mediación y conciliación y la educación y promoción en

derechos humanos. Dada la realidad de los pueblos indígenas y de sus derechos, muchos *Ombudsman* de los países aquí analizados han puesto énfasis al abordar la problemática indígena en algunas de las funciones defensoriales, en particular la educación y promoción en derechos indígenas orientada tanto a los propios indígenas y sus comunidades, como a sectores de la sociedad no indígena y del Estado.

A continuación se intenta identificar las principales actuaciones desarrolladas en esta materia por los *Ombudsman* en los Estados que han sido incluidos en este estudio.

i. Investigación:

Las acciones orientadas a la investigación frente a las quejas o denuncias de personas o pueblos indígenas por la violación de sus derechos como colectivos (comunidades y/o pueblos) o como individuos, así como aquellas asumidas de oficio frente a situaciones de violación de los mismos derechos, de acuerdo a la información disponible, parece haber sido desarrollada por la totalidad de los *Ombudsman* que han sido incluidos en este estudio. Ello con la salvedad de Paraguay, el que solo parece haberla asumido excepcionalmente y en casos de relevancia menor.

El alcance de la labor investigativa de los *Ombudsman* en relación con esta materia, sin embargo, es, en muchos casos, difícil de determinar. Ello debido a que en varios países no existe un registro específico de quejas y denuncias presentadas por personas o comunidades indígenas, siendo estas clasificadas por derechos vulnerados y no por la etnicidad de los recurrentes (casos de Bolivia, Costa Rica, México [Oaxaca], Nicaragua, Paraguay, entre otros).

Con todo, la información recabada permite determinar que la investigación frente a denuncias o casos asumidos de oficio en materia de derechos indígenas, ha ocupado parte importante de la labor de los *Ombudsmen* de Colombia, Nicaragua, Guatemala y Perú.

Colombia recepciona un importante número de quejas de distinta índole, vinculadas al derecho al territorio, a la autonomía, a la cultura, al desarrollo propio, o derechos civiles y políticos de personas y comunidades amenazadas, y violaciones del derecho humanitario. De acuerdo a Moreno (2004), la tramitación de estas quejas ocupa gran parte del tiempo del Defensor Delegado.

En Guatemala, igualmente, la atención de denuncias ha sido una de las principales labores de la Defensoría Indígena desde su creación. Ella incluye la orientación, prevención, mediación, acompañamiento, visita, seguimiento de casos concretos frente a autoridades públicas o privadas que vulneran los derechos indígenas. Al 2004 esta repartición había tenido intervención en 775 casos, número que podría ser mayor dado que al parecer, muchas personas indígenas prefieren no iniciar investigaciones por riesgo a ser privados de sus derechos. Entre los derechos afectados en estas denuncias se encuentran habitualmente los relativos a los derechos plenos y libertades personales, derecho a no ser discriminado, propiedad, derecho a decidir su desarrollo, y el derecho a las instituciones propias.

En Nicaragua, si bien tampoco existe un registro especializado sobre denuncias de personas indígenas atendidas por el *Ombudsman*, las estimaciones realizadas por Mairena (2005) en base a la demografía indígena en las áreas con presencia de población indígena, permiten señalar que existe un número creciente de denuncias de indígenas. Las investigaciones han concluido en resoluciones que confirman la

existencia en los casos denunciados de actos violatorios de derechos humanos y que éstas son, en parte importante, cumplidas por los órganos del Estado.

Lo mismo ocurre en el caso de Perú, donde el *Ombudsman* da cuenta de una importante cantidad de casos de investigación frente a quejas, peticiones o consultas formuladas por los pueblos y personas indígenas, o bien asumidos de oficio por su instancia especializada en derechos indígenas. Entre las denuncias más frecuentes recepcionadas por el *Ombudsman* se encuentran aquellas relacionadas con los derechos territoriales, en particular la dilación de trámites de titulación de comunidades, y el debido proceso, entre otros.

En varios de los países incluidos en este estudio, en cambio, la denuncia de casos a los *Ombudsman* no parece haber sido tan demandante como en los anteriormente señalados. Es el caso de Bolivia, donde los antecedentes disponibles indican que existe una escasa concurrencia de personas indígenas a formular quejas por violaciones a derechos humanos. A pesar de ello, el *Ombudsman* ha desarrollado importantes investigaciones en casos de relevancia nacional relacionados con conflictos de tierras indígenas entre indígenas y campesinos con consecuencia de muerte y heridos (caso Pananti, 2001), así como en casos relativos al derecho al medio ambiente de los pueblos indígenas (Proyecto Binacional Perú Bolivia en el lago Titicaca).

En forma similar, las denuncias indígenas que llegan a la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, dada la inexistencia de una sección especializada en la materia y de una labor activa en áreas rurales, son mayoritariamente aquellas que provienen de sectores urbanos. Con todo, esta entidad ha desarrollado una importante labor investigativa –y también mediadora– frente a denuncias en casos emblemáticos, como el de la central hidroeléctrica Boruca en el territorio indígena Rey Curré.

En el caso de Ecuador, si bien las denuncias recepcionadas por la dirección especializada del *Ombudsman* en materia de derechos indígenas, DINAPIN, son limitadas en número, esta entidad ha desarrollado investigaciones frente a casos de relevancia para los pueblos indígenas, como aquella impulsada en el caso de la comunidad *kichwa* de Sarayacu amenazada por una empresa de hidrocarburos, investigación en la que por resolución defensorial del 2003 se declaró a la comunidad bajo protección, articulándose esta medida con las cautelares ordenadas en el mismo caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (CIDH OEA) y, posteriormente, por medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso de México, la CNDH y la CEDH de Oaxaca no cuentan, como se ha señalado, con una estadística especializada que permita determinar el alcance de su labor investigativa. En el caso de la CNDH se da cuenta de investigaciones frente a quejas e inconformidades, recayendo sobre éstas recomendaciones específicas. En el caso de la CEDH de Oaxaca, las investigaciones por la violación de derechos específicos de personas o pueblos indígenas, a pesar del peso demográfico que estos tienen en este estado mexicano, parecen ser escasas a juzgar por la información proporcionada por esta entidad relativa a los derechos violados y entidades involucradas en estas denuncias.

En el caso de Panamá, las estadísticas de la Defensoría contenidas en sus informes no reflejan gran concurrencia de personas indígenas a formular quejas o reclamaciones sobre violaciones a sus derechos. Con todo, en particular en los últimos años se da cuenta de la existencia de denuncias o investigaciones desarrolladas de oficio por parte del *Ombudsman* relativas a sus derechos, entre estos, el derecho de petición, derechos territoriales, derecho al debido proceso,

a la salud y al medio ambiente. Su labor en este ámbito ha culminado muchas veces con resoluciones y recomendaciones instando a la solución de los problemas planteados o a la mediación de los actores involucrados.

Finalmente, en el caso de Paraguay, la información disponible no permite dar cuenta de actuaciones relevantes en materia de derechos indígenas.

Siempre en relación con la función de investigación, algunos *Ombudsman* han desarrollado estudios en profundidad de gran relevancia sobre algunas situaciones violatorias a los derechos de los pueblos indígenas. Dicha labor investigativa, asumida generalmente de oficio por los *Ombudsman*, ha permitido relevar la situación general de los derechos indígenas en un contexto determinado (Bolivia, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Perú, entre otros) o de algún derecho en particular que haya sido vulnerado (Bolivia, Colombia, Guatemala, Panamá y Perú).

Es el caso nuevamente de Colombia, cuya labor investigativa ha incluido el desarrollo de estudios en profundidad, que se traducen en resoluciones e informes defensoriales, como los que han sido realizados frente a la crisis humanitaria de la Sierra Nevada de Santa Marta, o la situación de derechos humanos de las comunidades del norte del valle del Cauca.

En el caso de Bolivia, cabe destacar las investigaciones realizadas frente a temas específicos, que se han traducido en informes temáticos, como el informe especial sobre los *Derechos a la Propiedad y la tenencia de la Tierra y el Proceso de Saneamiento*, el que data del 2004.

En Costa Rica, si bien no se han traducido en informes especiales o publicaciones como las elaboradas por otros *Ombudsman* de la región, se han realizado investigaciones

sobre, entre otros temas, los contenidos del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, las que han sido difundidas en sus informes anuales.

En el caso de Guatemala cabe destacar la investigación en profundidad desarrollada por el *Ombudsman* sobre el tema de la discriminación en este país, la que se tradujo en un informe de la Procuraduría al Relator Especial de la ONU sobre Racismo y Discriminación Racial el año 2004.

Igualmente, en el caso del *Ombudsman* de Nicaragua, destaca en el ámbito investigativo el *Estudio diagnóstico sobre pueblos indígenas y comunidades étnicas* realizado por esta entidad el 2001.

La Defensoría de Panamá, a su vez, ha desarrollado investigaciones en profundidad sobre algunas temáticas sometidas a su conocimiento, como el *Informe Especial sobre los Estudios de Impacto Ambiental de los Proyectos Hidroeléctricos Tabasará N°1 y N°2* (septiembre del 2000) y estudios generales sobre la realidad indígena, tales como el *Informe Especial contra el Racismo* (septiembre del 2000), y el *Informe Especial sobre la situación de los Pueblos Indígenas en la República de Panamá* (diciembre del 2000).

Finalmente, el *Ombudsman* de Perú, junto al de Colombia, es el que más ha desarrollado la función investigativa a través de numerosos estudios en profundidad sobre diferentes temáticas relacionadas con los pueblos indígenas y sus derechos, tales como aquellos relativos a las personas indígenas privadas de libertad, la situación de la titulación de los territorios indígenas de la Amazonía, los pueblos indígenas en aislamiento, la actividad minera en tierras de comunidades nativas, etc. A ello se agregan investigaciones sobre temáticas más generales relacionadas con la realidad indígena en Perú,

tales como aquellos sobre la normatividad sobre la existencia legal y personalidad jurídica de las comunidades nativas, la situación de las tierras y territorios de las comunidades nativas en la amazonía peruana, y la afectación a los derechos políticos de las Comunidades Nativas.

ii. Mediación

La mediación constituye también otra de las actuaciones relevantes de los *Ombudsman* en materia de derechos de los pueblos indígenas. Esta función ha sido ejercida en muchas ocasiones por los defensores frente a denuncias específicas por la violación de estos derechos, tales como aquellas relativas a conflictos sobre derechos territoriales y ambientales que afectan a los pueblos y comunidades indígenas (megaproyectos en Bolivia, proyecto Boruca en Costa Rica, caso Sarayacu en Ecuador, otros similares en Panamá, Colombia y Perú). La mediación de los *Ombudsman* adquiere gran relevancia frente a situaciones de violación de derechos indígenas de implicancia nacional, o frente a demandas de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus derechos, como es el caso de las demandas por derechos territoriales en el caso de Bolivia.

En el caso de Bolivia, esta función parece haber sido desarrollada por el *Ombudsman* en numerosas oportunidades, en particular en los conflictos entre comunidades indígenas por tierras, en conflictos con empresas por megaproyectos mineros, petroleros, forestales etc., así como frente a conflictos con el Estado por la reclamación del derecho a la tierra (el Defensor del Pueblo fue garante del acuerdo suscrito entre el Estado y los pueblos indígenas con ocasión de la III Marcha por el “Territorio y la Dignidad” el 2000).

Igualmente, en el caso de Colombia, la Defensoría especializada en asuntos indígenas ha utilizado la mediación como mecanismo para abordar y dar respuesta a casos sometidos a su conocimiento. Entre estos casos destacan aquellos relativos a la amplitud o extensión de la jurisdicción indígena en materia ambiental, la coordinación de la justicia indígena con la justicia estatal, y la elección de autoridades indígenas en resguardos y la prestación de servicios de salud a comunidades indígenas.

En Costa Rica, como se ha señalado, el caso más emblemático de mediación asumido por el *Ombudsman* ha sido el del proyecto hidroeléctrico Boruca que afecta a los pueblos indígenas del territorio Rey Curré. Dicha mediación ha sido ejercida entre los indígenas afectados y el Instituto Costarricense de Electricidad ICE, compañía estatal a cargo del proyecto. A través de su actuación se ha intentado garantizar la protección de los territorios indígenas frente a esta iniciativa y la transparencia del accionar de esta empresa en su relación con las comunidades.

En el caso de Ecuador, el *Ombudsman* ha asumido la mediación en diversos casos de violación de derechos que involucran a personas, comunidades o pueblos indígenas y al Estado o a particulares. Además, como parte de su esfuerzo por abordar la realidad de los derechos indígenas a nivel comunitario, destaca su labor de creación de red de defensores en derechos indígenas, defensores que han cumplido un importante rol en la mediación de conflictos al interior de las comunidades y en el apoyo a la vigilancia y cumplimiento de los acuerdos.

En forma similar, el *Ombudsman* de Panamá ha asumido un rol de mediación en el contexto de las investigaciones frente a denuncias por la violación de derechos indígenas, en

particular sus derechos territoriales y ambientales. En dichos casos, que involucran muchas veces a comunidades indígenas y a particulares, el *Ombudsman* ha abogado por el entendimiento entre las partes y el respeto a los derechos indígenas.

En el caso de México, la CNDH da cuenta en sus informes de diversos casos de conciliación en conflictos que afectan a personas y comunidades indígenas con instancias del Estado. Lo mismo ocurre en el caso de la CEDH, Oaxaca. En este último caso, se hace mención especial a la utilización de este mecanismo para dar solución a los conflictos que involucran a autoridades municipales de usos y costumbres por su supuesta violación de derechos a los habitantes de sus jurisdicciones.

En el caso de Perú, al igual que en el de Bolivia, los informes dan cuenta que el *Ombudsman* ha utilizado la mediación para la solución de conflictos relativos a tierras indígenas, medio ambiente y recursos naturales entre comunidades nativas, y el Estado o empresas particulares en diversas regiones de la Amazonía.

Los antecedentes disponibles en el caso del *Ombudsman* de Guatemala no dan cuenta que esta haya sido una labor relevante en su accionar. Ello puede estar determinado por la naturaleza de las denuncias de violación de derechos indígenas, las que como se señalara, están más relacionadas con derechos de petición, debido proceso y discriminación, violaciones en que la mediación no aparece como la herramienta más adecuada para su enfrentamiento.

En forma similar, en Nicaragua los informes disponibles no dan cuenta del desarrollo de una labor de mediación en casos que afectan a los pueblos indígenas, sino más bien de acompañamiento a los afectados por la violación de sus dere-

chos, como parece haberse dado en el caso de los buzos de agua profunda en la Costa Atlántica.

En Paraguay, como se ha señalado, no se registran casos relevantes de mediación del Ombudsman a favor de los derechos de personas y comunidades indígenas.

iii. Educación

Junto a la investigación, la educación, promoción y difusión parecen constituir, en materia de derechos indígenas, la función más relevante de los *Ombudsman* en la mayor parte de los países incluidos en este estudio. Acciones tales como capacitación de líderes indígenas, de funcionarios estatales y jueces, elaboración y publicación de informes, manuales, programas radiales, etc., relacionadas con estos derechos, han sido impulsadas por la casi totalidad de los *Ombudsman* aquí analizados. Tales acciones han tenido como objeto tanto la formación en derechos humanos e indígenas de los propios indígenas, como la sensibilización de los distintos sectores de la sociedad y del Estado en relación a ellos.

De acuerdo a la información recabada en este estudio, éste es el ámbito en el que se ha desarrollado un trabajo más activo en relación con el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y con la temática del acceso de los pueblos indígenas a la justicia.

Destacan por las acciones desarrolladas en esta materia los *Ombudsman* de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Guatemala.

En el caso de Bolivia, la acción del *Ombudsman* en educación y en derechos indígenas se ha expresado en innumerables actividades, entre ellas una campaña de difusión

radial (300 radios) de las funciones del Defensor del Pueblo y de los derechos que corresponden a campesinos y pueblos indígenas en idioma *quechua*, *aymará* y castellano; la capacitación y formación sobre derechos humanos dirigidas a campesinos y pueblo Indígenas; la edición de un conjunto de folletos sobre derechos de los pueblos indígenas en general, el derecho a la tierra y otros derechos que atañen a los pueblos indígenas; y, la elaboración de un video sobre la perspectiva campesina e indígena de los derechos humanos en lenguas indígenas. En el ámbito del derecho consuetudinario y la justicia, destacan dos jornadas de capacitación sobre justicia comunitaria y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos realizados con sectores indígenas el 2004 como parte de un plan de acción en esta materia.

En el caso de Colombia, los esfuerzos del *Ombudsman* en este sentido han estado centrados en el impulso de programas de educación, campañas, centros de documentación sobre derechos humanos e indígenas orientados tanto a empoderar a los sujetos de derechos, en este caso a los pueblos y personas indígenas, como hacia quienes deben hacer cumplir esos derechos. En el primer plano destaca el llamado plan Proamazonía desarrollado en la región amazónica entre el 2002 y el 2004; el acompañamiento para fortalecer la autonomía y el ejercicio de derechos colectivos en diversos departamentos de Colombia a objeto de reducir la incidencia del desplazamiento y fortalecer a las autoridades indígenas; y el proyecto de capacitación en derechos humanos, derecho humanitario y derechos indígenas orientado a la formación de gestores comunitarios en estas temáticas para hacer difusión de ellas en sus respectivas regiones. En el segundo plano destacan la capacitación en derechos indígenas para miembros de las fuerzas armadas con el fin de promover su respeto.

En el caso de Ecuador destacan la realización por la DINAPIN con el apoyo del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, del encuentro de defensores indígenas de la región andina, incluyendo a defensores desde Venezuela por el norte a Perú por el sur; los cursos de capacitación con nacionalidades indígenas sobre derechos individuales y colectivos en distintas partes del país y la publicación y difusión de material específico para pueblos indígenas. En materia de derecho consuetudinario y justicia destaca la conformación y capacitación de una red de cuarenta defensores de derechos indígenas los que han desarrollado labores de mediación, aplicación de justicia indígenas y mecanismo alternativos de solución de conflictos (Anrango, 2005).

En el caso de Guatemala debe mencionarse las actividades de capacitación en derechos indígenas para personas indígenas y público en general, y el trabajo de apoyo a organizaciones indígenas para la presentación de sus iniciativas y peticiones frente a los órganos públicos. También cabe mencionar la elaboración y difusión de un conjunto de trabajos sobre derechos indígenas, en particular aquellos que abordan la problemática del acceso de los indígenas a la justicia (*El Papel de los Intérpretes en los Centros de Administración de Justicia de Alta Verapaz, y Manual de Procuración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*).

Perú es otro caso en que el *Ombudsman* parece haber desarrollado una labor activa en esta materia. Así, la información recabada da cuenta de un conjunto de actividades realizadas por su sección especializada en la promoción de derechos indígenas, tanto para personas y comunidades indígenas como para funcionarios públicos. Destacan en este sentido los talleres de capacitación con comunidades nativas

abordando entre otros temas el rol del Defensor del Pueblo, los derechos humanos y la problemática de las tierras y su titulación y el Convenio 169 de la OIT. Debe valorarse además la difusión de material educativo sobre derechos humanos e indígenas, entre ellos, del derecho de consulta, en base a los lineamientos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

En materia de derecho consuetudinario y justicia deben mencionarse los esfuerzos desarrollados por la Defensoría con miras a promover el nivel de los órganos del Estado y, en particular, entre los miembros del Poder Judicial, las particularidades del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y la jurisdicción de sus autoridades, en especial de las rondas campesinas.

Los *Ombudsman* de Costa Rica, Panamá, México y Nicaragua también han impulsado acciones en este sentido que resultan valiosas. En Costa Rica se identifican como las acciones más relevantes, las desarrolladas junto al *Ombudsman* de Panamá con comunidades *ngöbe* fronterizas de Costa Rica y Panamá: las actividades desarrolladas en el marco del proyecto de promoción y defensa de los pueblos indígenas en Talamanca y los territorios del sur del país, en especial, el impulso a una red de defensa de los derechos humanos con indígenas *bribri* y *cabécares*. En materia de justicia y derecho consuetudinario destaca la capacitación de jueces, fiscales y defensores y policía técnica judicial a través del curso de aplicación del derecho a los pueblos indígenas realizado el 2001 a instancias de la Defensoría de los Habitantes.

En el caso de Panamá cabe mencionar las actividades de apoyo a las comunidades *ngöbe* en el marco del proyecto conjunto con el *Ombudsman* de Costa Rica a las que antes se hiciera referencia, las giras con la participación del Defensor a

comunidades indígenas para la promoción de sus derechos. También cabe destacar las publicaciones relativas a la situación de los derechos indígenas en Panamá.

En México, destacan en el caso de la CNDH, las actividades impulsadas por el Programa de los Altos y Selva de Chiapas, las que se han traducido en numerosas jornadas de capacitación, coloquios y otros eventos de promoción de derechos indígenas orientados tanto a organismos de la administración pública como a los propios pueblos indígenas en un contexto crítico para los derechos humanos e indígenas. En el caso de la CEDH de Oaxaca, destaca la publicación y difusión del *Manual Básico de Derechos Humanos para Autoridades Municipales*, el que incluye un análisis de los derechos indígenas, y en especial de los usos y costumbres indígenas y su concordancia con la legislación nacional e internacional (Convenio 169 de la OIT).

En el caso de Nicaragua, destacan las acciones impulsadas por la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas junto a los gobiernos regionales de la Costa Atlántica y a las dos universidades allí existentes a objeto de apoyar los procesos de autonomía en desarrollo; y su rol en la conformación post Durban de la Comisión Nacional Contra el Racismo y la Xenofobia y otras formas conexas de discriminación, proceso que culminó con la realización del II Foro Nacional Post-Durban (Mairena, 2005).

En el caso de Paraguay, la información disponible no permite observar el desarrollo de una acción en materia de educación, difusión y/o promoción de los derechos de los pueblos indígenas.

iv. Acciones de iniciativa legislativa

Los *Ombudsman* de la mayoría de los Estados incluidos en este estudio están facultados para promover reformas legales destinadas a modificar normas consideradas lesivas a los derechos humanos o a perfeccionar el ordenamiento jurídico vigente y /o sugerir la ratificación o suscripción de tratados internacionales relativos a los derechos humanos.

Se trata de una función que si bien no es considerada como sustancial a los *Ombudsman*, ha sido ejercida en materia de derechos de pueblos y personas indígenas por la mayor parte de los que han sido abordados aquí. Ello encuentra su explicación en el hecho de que, a pesar de las reformas que han tenido lugar en relación con estos derechos en la mayoría de los Estados de la región en las últimas décadas, existe aún un largo camino por recorrer para lograr un reconocimiento pleno de dichos derechos, en particular aquellos de carácter colectivo como los derechos territoriales y el derecho a la autonomía. Se trata de una función que también ha sido utilizada a favor de un reconocimiento más pleno del derecho consuetudinario indígena, y de su consideración por la justicia estatal, área en la que como se ha señalado, no se han dictado las leyes de coordinación que permitan su efectiva validación por las instancias de la justicia estatal.

Los *Ombudsman* de Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Perú aparecen como aquellos que mayor utilización han hecho de esta función defensorial. En el caso de Bolivia, el *Ombudsman* ha utilizado esta función en múltiples oportunidades, no tan solo en relación a propuestas legislativas en distintas temáticas que involucran a los pueblos indígenas, tales como la legislación sobre régimen agrario y el derecho a la tierra y a los recursos naturales, la legislación en contra de la discriminación, la ley de hidrocarburos, sino

además en relación a propuestas de reforma constitucional también referidas al derecho a la tierra y a los recursos naturales indígenas, y a la ampliación de derechos humanos reconocidos en ella.

Igualmente, el *Ombudsman* de Costa Rica, ha instado, a través de distintos medios, a la introducción de reformas al ordenamiento jurídico en relación con temáticas sensibles para los pueblos indígenas, tales como la operacionalización del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas contenida en el Convenio 169 de la OIT, el proyecto de ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas, en discusión por largo tiempo en el Congreso, las pensiones alimentarias y el derecho penal en relación a los pueblos indígenas, y el derecho consuetudinario indígena, las instancias tradicionales de resolución de conflictos, y la administración de justicia.

En el caso de Guatemala, el *Ombudsman* ha realizado un monitoreo y exigido el cumplimiento y la implementación de los Acuerdos de Paz, y en particular el Acuerdo Indígena (AIDPI), los que como se señalara, incluyen la introducción de importantes reformas jurídicas sobre derechos de los pueblos indígenas. Además, como parte de sus planes de trabajo 2005, esta entidad ha planteado la necesidad de incidir en la formulación de proyectos de leyes que den atención a las demandas de los pueblos indígenas de Guatemala.

De la misma manera, el *Ombudsman* de Nicaragua también ha hecho una importante utilización de esta función en este campo. Entre las iniciativas que han sido promovidas por esta instancia en relación a los derechos indígenas destacan la promoción de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, así como de diversas iniciativas legales que interesan a los pueblos indígenas tales como la Ley 445 Ley de Régimen de Propiedad Comunal y el Reglamento de la Ley de Autonomía; la Ley general para los pueblos indígenas del Pacífico, centro y norte y la Ley de Pesca.

También activo en este ámbito ha sido el *Ombudsman de Perú*, el que ha desarrollado una importante actividad con miras a la introducción de reformas constitucionales y legales a favor de los derechos de los pueblos indígenas. En el primer ámbito destaca el acompañamiento que éste realizara en los últimos años al proceso de elaboración de una propuesta para el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas. En materia legislativa, destaca la labor por éste desarrollada en materia de derecho consuetudinario indígena al impulsar un seminario y participar activamente en la promoción de una propuesta de ley sobre las rondas campesinas, la que como se señalara, fue aprobada el 2002.

Lo mismo puede señalarse en el caso de Panamá, donde el *Ombudsman* ha promovido la adopción de leyes que reconozcan los sistemas de organización tradicional indígena, y ha abogado por la creación de comarcas indígenas. Ello además de apoyar activamente el proceso de ratificación del Convenio 169 de la OIT.

De acuerdo a la información disponible, el ejercicio de esta función parece haber sido menor en el caso de algunos Estados como Colombia, Ecuador, cuyos *Ombudsman* han jugado un rol relevante en la promoción y protección de los derechos de las personas y pueblos indígenas. Ello podría deberse, particularmente en el caso de Colombia, a que el ordenamiento jurídico contempla un importante reconocimiento en esta materia, razón por la cual los énfasis de su acción parecen haber estado puestos más bien en la exigibilidad y ejercicio de aquellos derechos ya incorporados en el ordenamiento jurídico.

Una utilización más indirecta de esta función ha sido hecha por los *Ombudsman* de México, tanto a nivel federal como estatal (Oaxaca). Tal acción se manifiesta en el primer

caso (CNDH) en el acompañamiento al movimiento indígena a la capital en el contexto de la discusión de las reformas constitucionales en el año 2001, y en el segundo caso, en el pronunciamiento del Presidente de la CEDH de este estado junto a otros presidentes de comisiones estatales de derechos humanos, instando a la introducción de reformas legislativas en favor de los mismos derechos.

Finalmente, en el caso de Paraguay no se ha podido recabar antecedentes relativos a la utilización de esta función por el *Ombudsman* en materia de derechos indígenas.

v. Procuración

Como se ha señalado, los ordenamientos jurídicos de la casi totalidad de los Estados incluidos en este estudio facultan a los *Ombudsman* para ejercer acciones de procuración, esto es impulsar actuaciones jurisdiccionales y/o administrativas, interponer recursos y darles seguimiento, con miras a lograr una protección más efectiva de los derechos humanos frente a su vulneración. En los casos de Bolivia y de Costa Rica se faculta expresamente al *Ombudsman* para interponer acciones de inconstitucionalidad. Las leyes que no establecen esta facultad, tampoco la prohíben, por lo que ello no debería constituirse en un impedimento para su ejercicio.

A pesar de lo anterior, tal como constata Cuéllar en su análisis sobre los *Ombudsman* de la región (2002), se hecha de menos la utilización de esta facultad para accionar vía recursos de amparo, inconstitucionalidad u otros en contra de instituciones del Estado, facultad que podría ser de gran utilidad para situaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales. A juicio de Cuéllar, además, los *Ombudsman* podrían utilizar no solo las herramientas que les otorgan los mecanismos nacionales para la protección de los derechos

humanos, sino de todo el marco legal disponible para estos efectos, lo que incluye aquellos que emanan de los tratados o convenciones internacionales sobre los mismos derechos.

Tal omisión se hace evidente en el análisis sobre las funciones efectivamente desempeñadas por éstos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, ya que a pesar del carácter no vinculante de sus resoluciones y recomendaciones, y de estar facultados para ello, no han hecho, sino excepcionalmente, uso de esta facultad. En efecto, de acuerdo a la información disponible, de los *Ombudsman* incluidos en este estudio de casos, solo el de Colombia y el de Costa Rica parecen haberla utilizado, mientras que los demás no lo han hecho.

En el caso de Colombia, su utilización en materia de derechos indígenas habría sido menor de acuerdo a los antecedentes disponibles. Ello ya que, de los numerosos casos recepcionados por la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría que pueden ser resueltos a través de un proceso judicial, previo el agotamiento de todas las formas de gestión defensorial el 2003 (10.825 peticiones: 7.993 acciones de tutela, 22 *hábeas corpus*, 94 acciones de nulidad, 316 acciones de cumplimiento, 2.342 acciones populares, 53 acciones de grupo y 5 acciones de inconstitucionalidad), solo una acción de tutela invocaba la vulneración a amenaza a los derechos de las minorías étnicas (sin especificar el grupo víctima de la vulneración o amenaza) (Moreno, 2004).

En el caso de Costa Rica, la Defensoría de los Habitantes hizo una utilización de la facultad de procuración al interponer diversos recursos con el fin de abordar los problemas que afectan el quehacer de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas CONAI, en particular su inacción e incumplimiento

de sus funciones legales. En efecto, la Defensoría presentó el 2000 una solicitud de pronta resolución a la Sala Constitucional frente a la falta de resolución por parte de esta entidad de un expediente relativo a la composición de la CONAI.

Posteriormente interpuso un Recurso de Amparo en contra de la Sala Constitucional en razón de la violación al derecho a la justicia pronta y cumplida por la no resolución de la acción de inconstitucionalidad contra los incisos a) y b) del artículo 2 de la Ley N° 5251, Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, interpuesta desde el 15 de abril de 1999. Frente a este amparo, en que la Defensoría solicitó se ordenara a la Sala Constitucional realizar los trámites pendientes en la acción de inconstitucionalidad, y condenar a la Sala Constitucional al pago de daños y perjuicios a favor de los pueblos indígenas de Costa Rica por el retraso injustificado en la tramitación de este expediente, dicha Sala resolvió la acción pendiente declarando contrarios a la Constitución Política los incisos a y b del artículo 2 de la Ley de CONAI.

Esta acción de procuración, que tuvo un resultado exitoso, vino a resolver, a juicio de la Defensoría, uno de los principales entabamientos que había mantenido en estado de indefensión a las comunidades indígenas y a otorgar una nueva oportunidad al Estado costarricense de articular de una mejor forma las acciones que garanticen el respeto y disfrute de sus derechos fundamentales.

vi. Otras acciones de los Ombudsman a favor de los derechos de los pueblos indígenas

Entre las acciones impulsadas por parte de los *Ombudsman* de los países incluidos en este estudio a objeto de

proteger y promover los derechos de los pueblos y personas indígenas, existen otras que no pueden ser clasificadas dentro de las funciones anteriormente identificadas, que deben ser mencionadas aquí.

Así por ejemplo, en el caso de Colombia, cabe destacar la labor desarrollada por la Dirección Nacional Defensoría Pública, entidad dependiente de la Defensoría del Pueblo que tiene como finalidad facilitar el acceso a la administración de justicia, y que tiene la obligación legal de proveer un abogado a las personas indígenas que así lo soliciten y a quienes demuestren su incapacidad económica para obtener esta representación. Aunque no todos los departamentos del país cuentan con defensores públicos encargados especialmente de dar atención a la población indígena y con conocimiento de la legislación indígena, algunos como Cauca, Tolima, Risaralda y Nariño, con un importante porcentaje de población indígena, si disponen de ellos.

Durante los años 2003 y 2004 la Dirección Nacional de Defensoría Pública, en coordinación con la Defensoría para Indígenas, llevó 154 procesos en el programa penal ordinario en los departamentos de Nariño y Tolima. En muchos de estos casos se dio a la población indígena asesoramiento en los asuntos relativos a la jurisdicción de las comunidades indígenas (Moreno, 2004).

Igualmente, en el caso de México, la CNDH de ese país ha desarrollado una importante labor en materia de liberación de presos indígenas, a través del programa del mismo nombre constituido con este objetivo. De acuerdo a la información de la propia CNDH, en el período comprendido entre 1999 y 2004 dicho programa había realizado presentaciones para la liberación de un total de 10.827 presos indígenas, de las que fueron 4.022 (CNDH, 2004).

3. Mejores prácticas

Resulta difícil identificar entre las numerosas actividades desarrolladas por los *Ombudsman* de los Estados incluidos en este estudio en favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas, aquellas que constituyen sus mejores prácticas. Ello en razón de que detrás de muchas de las acciones identificadas en cada contexto existe un gran esfuerzo de parte de los *Ombudsman*, hay elementos que destacar y, por lo mismo, constituyen prácticas que deben ser valoradas.

Con todo, para efectos de posibilitar un aprendizaje de las experiencias de los *Ombudsman* de las que aquí se ha dado cuenta en esta materia, y tal como se hiciera en el capítulo anterior al tratar cada caso de estudio en particular, conviene relevar aquellas que resultan más destacables en cada una de las funciones defensoriales antes identificadas.

3.1. Función de investigación

En la función de investigación se destacan las siguientes actuaciones:

- i. En Bolivia, el trabajo desarrollado por el Defensor del Pueblo en relación con el proceso de saneamiento de las tierras comunitarias de origen en diferentes regiones del país, instando a que este se realice con pleno respeto de los derechos humanos y previniendo situaciones de conflictos. En relación a la misma temática destaca el *Informe Especial de la Defensoría sobre los Derechos a la Propiedad y a la Tenencia de la Tierra y el Proceso de Saneamiento*, el que contiene recomendaciones sobre este proceso central para el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Bolivia.

- ii. En el caso de Colombia, las resoluciones e informes de la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas relativas a derechos indígenas, varias de las cuales, como se señalara, se han referido a situaciones en que se han decretado medidas cautelares o provisionales previas del sistema interamericano de derechos humanos, como aquellas (5 en total) relativas al caso de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Dicha acción defensorial ha permitido una visibilización de la crítica situación que afecta a estas comunidades a raíz de la violencia del conflicto armado, así como la mediación con el gobierno colombiano para la protección de su seguridad y derechos.
- iii. La acción desarrollada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador y la DINAPIN en el caso de la comunidad *kichwa* de Sarayacu amenazada en sus derechos territoriales por la Compañía Petrolera CGC, en particular la resolución defensorial mediante la cual se declaró a esta comunidad bajo protección de acuerdo a las facultades que le otorga la Constitución, articulándose dicha resolución con la medida cautelar adoptada por la CIDH a favor de la misma comunidad el 2003;
- iv. Las investigaciones desarrolladas por la Procuraduría de Guatemala y su Defensoría Indígena frente a múltiples situaciones de discriminación que han afectado a personas indígenas en razón de su vestimenta o condición étnica en general. Dichas investigaciones han concluido en resoluciones que han intentado corregir la conducta discriminatoria de particulares y autoridades (propietarios de restaurante, profesores de escuelas, etc.). En el caso de Guatemala destaca además el Informe del Procurador de Derechos Humanos de Guatemala al Relator

Especial de Naciones Unidas sobre Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia, elaborado en julio de 2004, en que se constata y denuncia los graves problemas que en este ámbito afectan a los indígenas.

- v. En el caso de México, las recomendaciones del Programa de Asuntos Indígenas a cargo de la Cuarta Visitaduría de la CNDH en relación a diversas materias, entre ellas, la violación a derechos religiosos, a derechos sobre recursos naturales, al consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar, la privación ilegal de libertad, situaciones que afectan los derechos de los pueblos y personas indígenas. También en México destaca el Informe Especial denominado *Análisis de la Situación de los Derechos Humanos en el Estado de Oaxaca* (2004) de la CEDH de Oaxaca en que se hace referencia a la situación y derechos de los pueblos indígenas y se formulan recomendaciones para su protección y desarrollo, entre ellas, la capacitación de los auxiliares de justicia en estos derechos.
- vi. En el caso de Perú, las investigaciones asumidas por la Defensoría del Pueblo y su Programa de Comunidades Nativas frente a situaciones de violación de los derechos de las comunidades nativas a consecuencia de proyectos forestales, mineros, petroleros y otros, las que se han traducido en resoluciones y otras actuaciones en favor de sus derechos. También debe mencionarse los estudios en profundidad y recomendaciones sobre diversas materias (tierras y territorios, derechos políticos, personería jurídica de las comunidades nativas, pueblos indígenas en aislamiento, concesiones mineras, entre otros) desarrolladas por esta entidad con miras a garantizar los derechos de los pueblos indígenas de Perú.

- vii. En el caso de Panamá destacan las investigaciones desarrolladas por la Defensoría del Pueblo y su Departamento de Asuntos Indígenas con miras a enfrentar las amenazas a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales frente a la acción de terceros, incluyendo a particulares, tal como aquella impulsada en el caso de la comunidad de Alto Chibrital que, si bien no prosperó, permitió la mensura de las tierras en conflicto, otorgando algún grado de certeza jurídica respecto de los derechos involucrados, propiciando el acercamiento entre las partes y evitando el inminente desalojo de las comunidades; y aquella realizada en el caso del proyecto hidroeléctrico Tabasará N° 2, que determinó, al menos transitoriamente, que la Sala Contencioso Administrativa de Corte Suprema de Justicia suspendiera los efectos de la resolución ambiental que autorizaba la ejecución del proyecto.

También en el caso de Panamá, destacan los informes específicos y generales de la Defensoría sobre los derechos de los pueblos indígenas en este país.

3.2. Función de mediación

En la función de mediación se destacan las siguientes actuaciones:

- i. En el caso de Bolivia, el rol de mediación y garantía de cumplimiento asumido por el Defensor del Pueblo, junto a la Iglesia Católica y a la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de ese país, con ocasión del acuerdo suscrito el año 2000 luego de la III marcha por el “Territorio y la Dignidad” entre el Estado y las organizaciones indígenas, acuerdo en que este último se com-

prometió a introducir importantes adecuaciones normativas sobre la ley de tierras, titulación de Territorios Comunitarios de Origen, asignación de recursos para el desarrollo de los pueblos y organizaciones indígenas y campesinas.

- ii. En el caso de Colombia, la función de intermediación desarrollada por la Defensoría del Pueblo para asegurar el respeto de los derechos de los pueblos y personas indígenas en el contexto del conflicto armado que hoy se vive en ese país. Dicho rol se manifiesta a través de numerosas acciones, entre otras, las impulsadas en relación con la problemática del desplazamiento de población indígena como consecuencia de este conflicto, a través de la Defensoría Delegada para la Prevención de Violaciones Masivas de Derechos Humanos que tiene a su cargo el Sistema de Alertas Tempranas (SAT) y de la Coordinación Nacional de Atención al Desplazamiento Forzado, con la participación de la Defensoría de Indígenas.
- iii. En el caso de Costa Rica, las actuaciones de la Defensoría de los Habitantes frente a los órganos públicos en el caso del Proyecto Hidroeléctrico Boruca (P.H.B.) que, en caso de materializarse, afectaría directamente el Territorio Indígena de Rey Curré y otros alrededores, han intentado dar transparencia a la gestión pública y garantía a los derechos de los pueblos indígenas.
- iv. Y finalmente, en el caso de Perú, la labor impulsada por la Defensoría del Pueblo intercediendo frente a las entidades públicas involucradas para garantizar los derechos indígenas amenazados por proyectos hidroeléctricos, forestales y de hidrocarburos en los territorios de origen.

3.3. Función de educación

En la función de educación, promoción y difusión se destacan las siguientes:

- i. En el caso de Bolivia, la campaña de difusión en medios de comunicación para la promoción y difusión de las funciones del Defensor del Pueblo y de los derechos que corresponden a campesinos y pueblos indígenas en idioma quechua, aymará y castellano, en particular la campaña radial a través de 300 radio estaciones, de las cuales el 50% tienen cobertura en áreas rurales.
- ii. En el caso de Colombia, debe mencionarse la capacitación por la Defensoría del Pueblo, a través de su Defensoría para Indígenas, de miembros de la fuerza pública con el fin de propiciar el respeto a los derechos fundamentales de los grupos étnicos (2003-2004); y las acciones de fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y Serranía del Perijá, cuyo objetivo principal, según Moreno (2004), ha sido el apoyo de los procesos de acceso de los indígenas a la justicia (jurisdicción propia).
- iii. En el caso de Costa Rica, destacan los esfuerzos desarrollados por la Defensoría de los Habitantes con miras a capacitar a jueces, fiscales, policías y otros funcionarios vinculados al quehacer de la justicia con miras a promover el reconocimiento de las particularidades del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. También en el caso del Defensor de Costa Rica, pero esta vez en forma conjunta con la Defensoría de Panamá, destacan las acciones desarrolladas en beneficio de la población indígena *ngöbe* de las áreas fronterizas de estos dos países, acción que contribuye a

hacer efectivo el artículo 32 del Convenio 169 de la OIT que dispone que los Estados deberían facilitar los contactos y cooperación entre pueblos indígenas a través de las fronteras. Se trata además de una acción que viene a potenciar la coordinación y trabajo conjunto de los *Ombudsman* frente a situaciones que afectan los derechos indígenas más allá de las fronteras estatales.

- iv. En el caso de Ecuador, debe mencionarse la formación por la Defensoría del Pueblo a través de la DINAPIN de cuarenta defensores y promotores indígenas en áreas indígenas del país, y el apoyo a la labor que estos desarrollan en la mediación de conflictos al interior de sus comunidades, vigilancia para el cumplimiento de derechos, y apoyo al fortalecimiento de sus comunidades y nacionalidades; y la realización en agosto de 2001, por iniciativa de la DINAPIN y con apoyo de la Representante del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en el Ecuador, del Primer Encuentro de Defensores Indígenas de la región Andina (Venezuela, Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador).
- v. En el caso de Guatemala, destaca la elaboración y publicación por parte de la Procuraduría y su Defensoría Indígena de diversos trabajos (*Breve Catálogo de Derechos Colectivos y Específicos de los pueblos indígenas de Guatemala Tutelados legal y Legítimamente, Resoluciones del Procurador de los Derechos Humanos, en Protección y Defensa de los Pueblos Indígenas, El Papel de los Intérpretes en los Centros de Administración de Justicia de Alta Verapaz, Manual de Procuración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*), con miras a difundir los derechos indígenas o a sistematizar temáticas que les conciernen, como aquellas que abordan en forma directa la problemática del acceso de los indígenas a la justicia.

- vi. En el caso de México, las actuaciones (capacitaciones, conferencias, coloquios, acompañamientos) desarrolladas por el Programa de los Altos y Selva de Chiapas, asignado a la Primera Visitaduría General de la CNDH de este país con el propósito de atender las violaciones a los derechos humanos que se presentaron en el Estado de Chiapas a raíz del conflicto armado de 1994; y la elaboración y difusión por la CEDH de Oaxaca del *Manual Básico de Derechos Humanos para Autoridades Municipales*, en que se hace un estudio de los usos y costumbres en el sistema jurídico mexicano y en el Convenio 169 de la OIT.
- vii. En el caso de Nicaragua, destacan las acciones impulsadas por la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas junto a los gobiernos regionales de la Costa Atlántica y a las dos universidades allí existentes con el fin de apoyar los complejos procesos de autonomía en desarrollo. También cabe resaltar el rol desarrollado por esta entidad en la conformación post Durban de la Comisión Nacional Contra el Racismo y la Xenofobia y otras formas conexas de discriminación, proceso que culminó con la realización del II Foro Nacional Post-Durban. Además, debe valorarse el apoyo de esta entidad al impulso del Programa de Facilitadores Rurales en las Regiones Autónomas incorporando a las autoridades comunitarias, junto a la Corte Suprema de justicia y la Organización de Estados Americanos.
- viii. Finalmente, en el caso de Perú, deben valorarse especialmente los esfuerzos desarrollados por la Defensoría con miras a promover a nivel de los órganos del Estado y, en particular, entre los miembros del Poder Judicial, las particularidades del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y la jurisdicción de sus autoridades; y

el diseño por la misma entidad de material de difusión de derechos humanos e indígenas y, entre ellos, del derecho de consulta, en base a los lineamientos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

3.4. Función de iniciativa legislativa

En la función de iniciativa legislativa destacan las siguientes actuaciones:

- i. Las iniciativas desarrolladas por el Defensor de Bolivia con miras a promover, entre otras, una reforma constitucional referida al Régimen Agrario y de terratenencia campesina e indígena, en base a los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, una ley en contra de la discriminación, y legislación en beneficio de los trabajadores indígenas.
- ii. En el caso de Costa Rica debe señalarse el respaldo de la Defensoría de los Habitantes al proyecto de ley sobre desarrollo autónomo de los pueblos indígenas, con miras a posibilitar una redefinición de las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado de Costa Rica; y la labor impulsada por esta misma entidad para lograr una regulación jurídica, idealmente con un rango legal, del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.
- iii. Igualmente en el caso de Guatemala, debe mencionarse la incidencia que la Procuraduría y de la Defensoría Indígena han tenido en la aprobación de las últimas legislaciones relativas a pueblos indígenas, en particular la ley que establece el delito de discriminación racial (Decreto 57-2002), y la ley sobre idiomas nacionales

(Decreto 19-2003), así como la insistencia de estas mismas instancias en la implementación de compromisos de los Acuerdos de Paz en materia indígena, los que como se ha señalado, incluyen reformas legislativas hasta ahora no materializadas.

- iv. En el caso de Nicaragua, debe incluirse la participación e incidencia de la Procuraduría en la Asamblea Nacional a objeto de obtener la aprobación de distintos proyectos de ley a favor de los pueblos indígenas, tales como la Ley 445, Ley de Régimen de Propiedad Comunal y el Reglamento de la Ley de Autonomía; la Ley general para los pueblos indígenas del Pacífico, centro y norte y la Ley de Pesca.
- v. En el caso de Perú, deben señalarse los esfuerzos desarrollados por la Defensoría para lograr la aprobación de la ley de rondas campesinas, sustentada en el derecho consuetudinario y en las necesidades reales de las comunidades campesinas e indígenas; y la participación de la Defensoría en la elaboración del anteproyecto de Ley de Comunidades Nativas y Campesinas, a través del cual se buscó mejorar el texto legal vigente incorporando principios de pluralismo jurídico y los lineamientos del Convenio 169 de la OIT.
- vi. Y finalmente en el caso de Panamá debe destacarse el involucramiento de la Defensoría en el debate a favor de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, y su participación en diversos proyectos de ley a favor de los pueblos indígenas y sectores discriminados.

3.5. Función de procuración

En la función de procuración debe destacarse en el caso de Costa Rica, las acciones a las que antes se ha hecho referencia impulsadas por la Defensoría de los Habitantes al interponer diversos recursos –incluyendo recursos ante la sala constitucional– con el fin de abordar los problemas que afectan el quehacer de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas CONAI.

Cabe valorar el acompañamiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrollado por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua en el caso *Yatama*, caso que incluyó la presentación por esta instancia de un *amicus curiae* a favor de los derechos de los indígenas de la Costa Atlántica de este país.

3.6. Otras funciones

Finalmente, en relación a otras funciones de los *Ombudsman* de las regiones identificadas en este estudio destacan:

- i. En el caso de Colombia, la acción impulsada por la Defensoría Pública en coordinación con la Defensoría para Indígenas, permitiendo la representación legal de personas indígenas en distintos departamentos del país;
- ii. Y la labor desarrollada por el Programa de liberación de presos indígenas de la CNDH de México en los últimos años, permitiendo la liberación de un importante número de indígenas privados de libertad.

4. Principales problemas vacíos y/o obstáculos identificados

Así como deben reconocerse las buenas prácticas de los *Ombudsman* en favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas, también deben identificarse aquellos problemas, vacíos y/u obstáculos que impiden su labor más efectiva para la promoción y protección de estos derechos. En el capítulo anterior se analizaron los vacíos y obstáculos que dificultaban o entorpecían el trabajo de los *Ombudsman* en este campo en cada uno de los Estados incluidos en este estudio. A continuación analizaremos estos problemas distinguiendo aquellos que son de orden jurídico, de aquellos que son de carácter administrativo o estratégico.

4.1. Vacíos y obstáculos de orden jurídico

En el plano institucional, existen diversos vacíos y obstáculos de orden jurídico que afectan el trabajo de los *Ombudsman* que deben ser señalados. Entre ellos destacan:

i. La fragilidad institucional de algunos *Ombudsman*

La mayor parte de los *Ombudsman* de los países incluidos en este estudio han sido establecidos por mandato constitucional, lo que –como se ha señalado– refuerza la autoridad de esta institución y el peso de su actuación ante el Estado y la sociedad en la promoción y defensa de derechos humanos e indígenas. Como se ha señalado, sin embargo, en el caso de Costa Rica, el *Ombudsman* no cuenta con este reconocimiento constitucional, lo que lo debilita como institución al interior del Estado, así como la fuerza de su actuación en la materia que interesa a este estudio.

ii. Independencia

Otra de las preocupaciones que debe manifestarse es en relación a la independencia de los *Ombudsman* frente a los poderes del Estado y a los partidos políticos. Como se ha señalado, la mayoría de los *Ombudsman* de los Estados en estudio son nombrados por los parlamentos, ya sea a través de los dos tercios de sus integrantes o de una de sus Cámaras o de la mayoría absoluta de los mismos. En algunos casos (Bolivia y Nicaragua) se prevé además de formas de participación ciudadana en el nombramiento de los *Ombudsman*. Solo en dos de los casos aquí incluidos (Colombia y Panamá) existe una intervención del ejecutivo en el proceso de su nombramiento. La elección por parte del parlamento debe valorarse positivamente ya que en ellos se encuentra representada la voluntad de la ciudadanía. Sin embargo, como se ha visto en el capítulo III, la actuación del parlamento en este proceso no siempre impide la intervención de los partidos políticos en ellos, cuestión que afecta la independencia de los *Ombudsman* en el desarrollo de sus funciones, y que consecuentemente, puede debilitar su autoridad frente a la sociedad y al Estado en el que actúan. Se trata de un problema que ha sido detectado por la FIO en un análisis sobre las buenas prácticas institucionales de las Defensorías latinoamericanas. A juicio de esta entidad, la dimensión político-partidaria no sólo ha estado presente en la elección de los titulares, sino en algunos casos, también en la contratación del personal de los *Ombudsman* de la región (FIO, s.f.).

iii. Presupuesto

Si bien la mayoría de los *Ombudsman* antes referidos gozan de independencia para la administración presupuestaria, en el caso de Colombia el Defensor debe actuar en este ámbito bajo la dirección del Procurador General de la Nación, cuestión que no garantiza su independencia, al menos en materia presupuestaria.

iv. Ausencia de mandato expreso para la promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas

No todos los *Ombudsman* de los países incluidos en este estudio cuentan con un mandato legal para actuar en materias relativas a los pueblos y personas indígenas y a sus derechos. Tal mandato está contenido de manera directa o indirecta en los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Colombia, México y Nicaragua. En los demás casos, sin embargo, el mandato para su actuación en esta materia no se encuentra expresamente establecido en la ley, lo que la debilita en relación a las actuaciones en otras materias que le son expresamente encomendadas.

v. Facultades para investigar violaciones a los derechos cometidos por particulares

Como se ha señalado, en muchas ocasiones los derechos de los pueblos y personas indígenas son vulnerados por la actuación no sólo del Estado, sino de particulares. Tal es el caso de empresas que impulsan proyectos de inversión en territorios indígenas que resultan lesivos para sus derechos sobre la tierra y los recursos naturales, la consulta previa, entre otros. Es el caso, además, de la discriminación que afecta a las personas indígenas, la que no sólo proviene de servicios del Estado, sino también de particulares, como se ha visto en especial en el caso de Guatemala. Sin embargo, en varios de los Estados incluidos en este estudio, los *Ombudsman* –a excepción de los casos de Panamá y Perú, tratándose de particulares que desarrollan un servicio público, de Colombia, Costa Rica, Guatemala y México en circunstancias específicas–, no se encuentran facultados para intervenir en estos casos, lo que constituye una grave limitante en su actuación en favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas que debe ser subsanada.

vi. Limitaciones en la fiscalización de algunos órganos del Estado

Finalmente, también constituye un obstáculo a la actuación de los *Ombudsman* en la protección y promoción de derechos humanos e indígenas las limitaciones interpuestas a sus competencias respecto a determinados órganos del Estado. Tal es el caso de Panamá, donde el Defensor del Pueblo ha sido limitado en el ejercicio de sus funciones defensoriales en virtud de una decisión de la Corte Suprema de ese país, la que declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley Orgánica de la Defensoría impidiéndole conocer de actos ilegales y /o arbitrarios que emanen de los órganos legislativo, judicial y del tribunal constitucional de ese país.

4.2. De orden administrativo y/o estratégico

Además de los anteriormente identificados, existen también vacíos y obstáculos tanto de orden administrativo como de orden estratégico que afectan el trabajo de los *Ombudsman* de los países incluidos en este estudio que deben ser señalados. Estos últimos se refieren a los problemas que derivan de la forma de ejercicio de las funciones defensoriales que son propias de la naturaleza de los *Ombudsman*. Entre ellos destacan:

i. Inexistencia de instancias especializadas para la atención de casos indígenas

La ausencia de una instancia especializada al interior de algunos *Ombudsman* que se aboque a la investigación y el seguimiento de las denuncias de los pueblos y personas indígenas. Es el caso de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, la que ha asignado esta temática a un abogado de la Dirección de Protección Especial, lo que como se señalara,

resulta claramente insuficiente para un tratamiento adecuado de las denuncias indígenas, y para posibilitar un trabajo efectivo de promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Es el caso, también, de la Defensoría de Paraguay, en donde si bien, como se señalara, se contempla la existencia de una Oficina de Pueblos Indígenas, no existen antecedentes de su operación en la práctica.

ii. Falta de cobertura adecuada de áreas geográficas con presencia indígena

Por otro lado, existen países en donde si bien los *Ombudsman* cuentan con una instancia especializada para la atención de las denuncias indígenas, esta instancia no cuenta con oficinas o personal en las áreas geográficas con importante presencia de población indígena, o bien, han focalizado su acción en algunas áreas geográficas de habitación indígena en desmedro de otras. Este último es el caso de Nicaragua, donde la Procuraduría Especial de Pueblos Indígenas y Minorías Étnicas, a juicio de Mairena (2005), ha focalizado su acción en la Costa Atlántica en desmedro de los pueblos indígenas del centro, norte y Pacífico de este país. Es también el caso de Perú, donde el Programa de Comunidades Nativas, si bien ha trabajado crecientemente la problemática indígena a nivel nacional, incluyendo a la población indígena de la sierra, ha priorizado claramente su acción con los pueblos indígenas del sector amazónico.

iii. Inexistencia de recursos financieros para un desarrollo adecuado de sus funciones defensoriales en materia de derechos de pueblos y personas indígenas

De acuerdo a la información disponible, la mayoría de los *Ombudsman* de los países incluidos en este estudio carecen de los recursos financieros necesarios para atender los requere-

rimientos de los pueblos y personas indígenas, o para asumir de un modo adecuado sus funciones defensoriales en relación a ellos. La mayor parte de ellos deben recurrir a financiamiento de la cooperación internacional para poder desarrollar sus programas con pueblos indígenas. Ello, en particular, en lo relativo a las funciones de promoción de derechos de pueblos indígenas, las que son casi totalmente financiadas con los aportes de la cooperación internacional. Dada la inestabilidad que caracteriza a esta cooperación, la proyección del trabajo defensorial basado en estos financiamientos se ve dificultada.

iv. Ausencia de personal, en particular, de personal indígena para el desarrollo de sus funciones

La carencia de recursos financieros de los *Ombudsman* también incide en la dificultad que estos tienen para contratar el personal necesario para el desarrollo de las funciones defensoriales en relación con los derechos indígenas. Esta carencia afecta además la capacidad de los *Ombudsman* para contratar el personal indígena que se requiere para asegurar una comunicación efectiva con los denunciantes indígenas y para dar a su trabajo con pueblos y comunidades indígenas un carácter intercultural. De acuerdo a la información disponible, se trata de una situación que afectaría a la mayoría de las defensorías de la región³⁵⁴.

v. Dificultades en el seguimiento de las denuncias indígenas

El mismo fenómeno, además, dificulta el desarrollo por los *Ombudsman* de una adecuada labor de seguimiento frente a las denuncias que formulan los indígenas por la violación de

354 Los antecedentes disponibles dan cuenta de que los Ombudsman de Colombia, Ecuador, Guatemala y Nicaragua cuentan con personal indígena para el trabajo en esta materia.

sus derechos, en particular en sectores alejados de los centros urbanos según se desprende de la información de sus instancias especializadas en asuntos indígenas.

vi. Ausencia de una preocupación transversal de los *Ombudsman* relativa a los derechos indígenas

Como ha sido señalado en el capítulo III, son pocos los *Ombudsman* incluidos en este estudio de casos que demuestran una preocupación de conjunto por la temática de los derechos de los pueblos y personas indígenas, preocupación que atraviese la institución en su totalidad y no se manifieste solamente en la actuación de las instancias especializadas en la materia. Ello salvo excepciones, como en el caso de Colombia, y en alguna medida Perú y Guatemala, países en que por su composición étnica o por la gravedad de las violaciones a los derechos de los pueblos y personas indígenas, los *Ombudsman* parecen haber tenido una actuación más transversal en esta materia, existiendo formas de coordinación entre las distintas instancias que la integran para el desarrollo de una labor más efectiva en la promoción y defensa de los derechos indígenas.

vii. Falta de una adecuada articulación con los movimientos indígenas

Por último, la labor de los *Ombudsman* en materia de derechos indígenas se ve dificultada en algunos casos, según la información disponible, por la ausencia de una efectiva articulación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. Si bien debe reconocerse que en muchos contextos el establecimiento de esta coordinación no constituye una tarea fácil, ya que existe una multiplicidad de organizaciones indígenas cuya representatividad no siempre es amplia, se identifican carencias en esta materia en los *Ombudsman* de varios países, entre ellos en el de Bolivia (Mu-

Ilucundo, 2004), en el de Nicaragua, el caso de las organizaciones del Pacífico, centro y norte del país (Mairena, 2005), así como en el caso del Defensor de Paraguay, entre otros.

viii. Limitantes o vacíos en el ejercicio de las funciones defensoriales

La mayor parte de los *Ombudsman* de los países analizados en este estudio tienen una amplia gama de funciones defensoriales. A pesar de estar facultados para el desarrollo de estas funciones, o de no estar impedidos de ejercerlas por el ordenamiento jurídico, varias de ellas no son asumidas por los *Ombudsman* en su accionar en materia de derechos de los pueblos y personas indígenas.

Ello es particularmente evidente en el caso de la función de iniciativa legislativa y de procuración. De acuerdo a la información recabada en este estudio, en el primer caso, esta función parece haber sido ejercida en forma activa en materia de derechos indígenas por los *Ombudsman* de Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Perú. Los de Colombia, Ecuador y México, en cambio, no parecen haberla utilizado de la misma manera, en tanto que el Paraguay no da cuenta de su utilización en esta materia. En el segundo caso, solo los *Ombudsman* de Colombia y de Costa Rica parecen haber utilizado esta función, mientras que los demás no lo han hecho. Aún en estos casos, las acciones impulsadas para la protección de los derechos indígenas se limitan a aquellas consideradas por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, y no se ha hecho uso de aquellas acciones que otorga el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, no se registran casos de denuncias de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas formuladas por parte de los *Ombudsman* considerados en este estudio ante el sistema

interamericano de derechos humanos o ante otras instancias internacionales de derechos humanos, alternativa que podría ser explorada para lograr una protección más efectiva de estos derechos en caso de agotamiento de los recursos previstos por el ordenamiento interno para con este objetivo. A lo sumo, se han elaborado algunos escritos de *amici curiae* ante la Corte Interamericana, como en el caso de la Procuraduría de Nicaragua en el caso Yatama contra ese país o el *amici curiae* suscrito colectivamente por medio de la Federación Iberoamericana de *Ombudsman* en una opinión consultiva ante la Corte Interamericana.

También se han encontrado en este estudio casos de articulación de las actuaciones defensoriales a favor de los derechos indígenas con medidas cautelares o provisionales adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es el caso de la intervención de la Defensoría del Pueblo de Ecuador en el caso de la comunidad *kichwa* de Sarayacu (Anrango, 2005) y de la intervención de la Defensoría del Pueblo de Colombia en el caso de la comunidad indígena *embara katío* del Alto Sinú, pueblo indígena *kankuamo* de la Sierra Nevada de Santa Marta, comunidad indígena *embara chamí* y pueblo indígena *pijao* (Moreno, 2004).

Se trata, sin duda, de una omisión lamentable si se tiene en consideración que las recomendaciones de los *Ombudsman* no son vinculantes, y que la utilización de los mecanismos considerados tanto en el ordenamiento jurídico interno de los Estados como en el derecho internacional de los derechos humanos aparece, luego del agotamiento de los recursos internos, como la única alternativa posible para garantizar la protección efectiva de los derechos de los pueblos y personas indígenas frente a las violaciones de que son objeto.

En cuanto a las funciones de investigación, conciliación y mediación, si bien la mayor parte de los *Ombudsman* considerados en este estudio las ha utilizado en materia de derechos indígenas, estas claramente podrían verse reforzadas.

Ello, en particular, en el caso de la función de investigación frente a las denuncias que hacen los pueblos y personas indígenas en casos de violación de sus derechos, o en casos asumidos de oficio por los *Ombudsman*, respecto a los cuales por diversas razones que han sido señaladas –ausencia de recursos humanos o financieros, o ausencia de prioridad político estratégica– no siempre se da el seguimiento que se requiere para asegurar su adecuada resolución y, consecuentemente, la protección de los derechos vulnerados.

Respecto a la misma función, cabe reiterar las deficiencias detectadas por este estudio en materia de registro de las denuncias formuladas por personas indígenas o relativas a sus derechos. Tal como se señalara, la mayoría de los *Ombudsman* analizados no cuentan con un procedimiento que permita sistematizar las denuncias formuladas por indígenas o relativas a sus derechos. Por lo mismo, no se cuenta con estadísticas que permitan evaluar la efectividad de la acción defensorial en estos casos, o darle a estas denuncias el tratamiento diferenciado que requieren.

En cuanto a la función de educación, promoción y difusión de los derechos de los pueblos indígenas, si bien se identifican actuaciones relevantes en la mayor parte de los *Ombudsman* de los países incluidos en este estudio, resulta evidente que su desarrollo es aún débil en muchos casos (Paraguay, Panamá, México [Oaxaca] entre otros), y que en otros casos podría reforzarse para asegurar un mayor impacto de la acción defensorial, tanto en sectores indígenas, como a nivel de los órganos del Estado que se relacionan con la población indígena.

Finalmente, cabe hacer un comentario respecto a los vacíos y/o limitantes de la actuación de los *Ombudsman* en relación con el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y con el acceso de la población a la justicia estatal. Como se ha señalado, se trata de una materia que ha sido abordada de alguna u otra manera por la mayoría de los *Ombudsman* incluidos en este estudio, en particular en el ejercicio de sus funciones de promoción, y de su función de iniciativa normativa. Sin embargo, salvo en el caso de Ecuador, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Perú, esta no parece constituir una preocupación gravitante en el accionar de los *Ombudsman* o de sus instancias especializadas en materias indígenas. En efecto, al parecer algunos *Ombudsman* incluidos en este estudio no dimensionan suficientemente la relevancia que el reconocimiento por el Estado del derecho consuetudinario indígena, de sus sistemas normativos, de la potestad de las autoridades indígenas para resolver conflictos internos, así como de su debida coordinación con el derecho y la justicia estatal, adquieren como forma de garantizar un mayor respeto de los derechos de estos pueblos y de quienes los integran.

Por lo mismo, las acciones que los *Ombudsman* puedan desarrollar en relación con estos derechos ante las instancias estatales, en particular ante el legislativo para posibilitar la reforma del ordenamiento jurídico para darles reconocimiento y permitir su coordinación con el derecho y la justicia estatal, y ante el judicial, para permitir su adecuada recepción por parte de la justicia estatal, revisten la mayor importancia. Por otro lado, las acciones encaminadas al reforzamiento del derecho consuetudinario indígena por parte de los propios pueblos y comunidades indígenas deben ser fortalecidas. Ello por cuanto el ejercicio de este derecho, así como de las formas de justicia indígena, se ha visto afectado a través del tiempo por su estigmatización por los Estados o por la imposición en las comunidades del sistema de justicia estatal.

5. Recomendaciones

De los vacíos y obstáculos identificados en la actuación de los *Ombudsman* en materia de derechos de los pueblos y personas indígenas, tanto en el estudio de casos contenido en el capítulo II como en el análisis general contenido en el punto anterior, se desprenden un conjunto de recomendaciones para su potenciación como instancia de promoción y protección más efectiva de estos derechos en el contexto latinoamericano.

Siguiendo la clasificación utilizada en el punto anterior, se puede distinguir entre aquellas recomendaciones de carácter jurídico, que apuntan a la introducción de reformas constitucionales y/o legales que en este ámbito resultan indispensables para potenciar la actuación de los *Ombudsman* en esta materia, y aquellas de carácter administrativo y/o estratégico que apunten en la misma dirección. A éstas se agregan al final de este punto otras recomendaciones de diversa naturaleza que se hacen tanto a los *Ombudsman* como a otros actores, incluyendo a los propios pueblos indígenas y a organizaciones internacionales preocupadas de sus derechos, con el mismo objetivo.

5.1. Recomendaciones de orden jurídico

i. Reforzamiento institucional de los *Ombudsman* y de su actuación en materia de derechos indígenas

Tal como señala la Federación Iberoamericana de *Ombudsman*, resulta imprescindible que los *Ombudsman* “tengan rango constitucional para cimentar su autonomía y evitar las presiones de los poderes a los que tienen que controlar” (FIO, s.f.: 25). Por ello, para fortalecer su acción defensorial en general y en materia de derechos indígenas en

particular, se sugiere que en aquellos casos en que los *Ombudsman* no cuenten con estatus constitucional, sino solo legal –como en Costa Rica–, estos puedan obtener dicho estatus a través de reformas a las cartas fundamentales de estos Estados. Se sugiere además que el ordenamiento jurídico, ya sea a nivel constitucional o en la legislación, encomiende a los *Ombudsman* en forma expresa el rol que cabe a esta entidad en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas así como de otros grupos vulnerables y/o discriminados de la sociedad.

ii. Independencia y respaldo ciudadano

Siempre en el plano jurídico institucional, resulta indispensable reforzar la independencia de los *Ombudsman* frente a los poderes del Estado y a los partidos políticos. Para ello sería recomendable la reforma de los mecanismos previstos en los ordenamientos jurídicos para su elección, eliminando la injerencia del poder ejecutivo en este proceso cuando exista (Colombia y Panamá), y fortaleciendo los procesos de consulta y participación ciudadana, incluyendo en ellos la participación de organismos de derechos humanos, movimientos sociales e idealmente los movimientos indígenas, en el mismo proceso. Tal participación permitiría un mayor control sobre la politización de que el nombramiento de los *Ombudsman* por los parlamentos estatales pueda ser objeto, a la vez que haría posible mayores grados de respaldo ciudadano a su gestión.

iii. Presupuesto estable y autónomo

La dotación de un presupuesto suficiente para el desarrollo de sus funciones defensoriales, así como su administración en forma autónoma de los organismos estatales, constituyen también requisitos para una labor efectiva de los

Ombudsman en la promoción y defensa de los derechos humanos e indígenas. Como consecuencia de lo anterior, se hace necesaria la introducción de reformas jurídicas en aquellos casos en que la administración presupuestaria dependa de órganos estatales (el Procurador General de la Nación en el caso del Defensor de Colombia), y en general, así como el establecimiento de un presupuesto propio y estable en los presupuestos generales del Estado en un apartado separado. Sólo de esta manera se garantizará la autonomía presupuestaria que se requiere para una labor defensorial independiente y efectiva

iv. Dotación de facultades para investigar las violaciones a los derechos indígenas cometidas por particulares

Dado que, como ha sido señalado, los derechos de los pueblos y personas indígenas en la región son vulnerados de manera frecuente, no tan sólo por la administración pública, sino por particulares, y que sólo en algunos ordenamientos jurídicos se faculta a los *Ombudsman* para investigar y/o apremiar a los particulares frente a estos hechos (Panamá, Colombia, Guatemala, Perú y México bajo algunas circunstancias), se hace necesario introducir reformas en los ordenamientos jurídicos de varios Estados de modo de revisar esta situación y dotar a los *Ombudsman* de facultades amplias en este sentido. De otra forma su rol frente a la vulneración de estos derechos se vería limitado de manera grave.

v. Levantamiento de las limitantes a las funciones de fiscalización de los *Ombudsman*

Finalmente, toda limitación a las competencias de los *Ombudsman* para investigar y velar por los derechos humanos frente a las actuaciones de los órganos de la administración

pública que resulten lesivas a los derechos humanos, debe ser eliminada. Tal es el caso de las limitantes a las que se ha hecho referencia en el caso de Panamá, donde una decisión de la Corte Suprema de ese país declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo impidiéndole conocer de actos ilegales y/o arbitrarios que emanen de los órganos legislativo, judicial y del tribunal constitucional de ese país.

5.2. Recomendaciones en el plano administrativo y/o estratégico

El grueso de los vacíos u obstáculos que impiden una acción más efectiva de los *Ombudsman* a favor de los derechos indígenas no son de orden jurídico, sino de orden administrativo o de carácter estratégico interno a estas entidades. En este ámbito se formulan las siguientes recomendaciones:

i. Creación y fortalecimiento de instancias especializadas al interior de los *Ombudsman* para la promoción y protección de los derechos indígenas

Se ha señalado la necesidad de que los *Ombudsman* cuenten con instancias especializadas en su interior que les permitan desarrollar una labor efectiva en la protección y promoción de los derechos de las personas y pueblos indígenas. Se trata de una decisión de carácter generalmente administrativa que se encuentra pendiente en el caso de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica, y que debe ser operativizada en el caso del Defensor del Pueblo de Paraguay en el que se señala existiría una oficina dedicado a los casos indígenas.

Aunque la mayor parte de los *Ombudsman* sobre los que se ha tratado en este estudio cuentan con dichas instancias especializadas en esta materia, son muchos los desafíos que éstas deben enfrentar para lograr un mayor impacto a favor de los derechos indígenas. Entre éstos debe destacarse los siguientes:

ii. La dotación de recursos financieros suficientes

Si bien la dotación de recursos institucionales a los *Ombudsman* pasa por la asignación anual a éstos por parte del Estado de un presupuesto de administración autónoma, su destinación a la promoción y defensa de los derechos indígenas es una decisión de carácter administrativa de naturaleza interna a estas entidades. Esta asignación dependerá de la importancia que el *Ombudsman* atribuya a la labor defensorial en este ámbito. Como se constató en este estudio, la mayor parte de las instancias que se ocupan de esta temática en los *Ombudsman* carece de los recursos necesarios para el desarrollo de la función defensorial con pueblos y comunidades indígenas, afectando su capacidad para dar seguimiento a las denuncias que éstos le formulan o para asumir investigaciones de oficio en relación con casos en que los derechos de los pueblos y personas indígenas resultan vulnerados.

iii. La ampliación de su cobertura hacia áreas geográficas indígenas

Estrechamente relacionado con lo anterior, deben desarrollarse esfuerzos por ampliar la cobertura actual de los *Ombudsman* y de sus instancias especializadas en materia indígena, de manera de hacer posible su representación y presencia en las áreas de mayor concentración de población indígena y en áreas rurales. Ello en particular en aquellos

casos en que los *Ombudsman* han focalizado su trabajo en relación con los derechos indígenas a ciertas áreas geográficas de población indígena en desmedro de otras.

iv. La incorporación de personal indígena en el trabajo de los *Ombudsman*

Relacionado también con lo anterior, los *Ombudsman* deberían incorporar en sus instancias especializadas en esta materia a personal indígena a objeto de acercar su labor a las comunidades y personas indígenas, y de asumir sus funciones defensoriales desde una perspectiva intercultural. Dicho personal sería de gran importancia para el apoyo al trabajo de investigación que estos desarrollan frente a las denuncias indígenas por la violación de sus derechos, así como en el trabajo de promoción de estos derechos hacia la población indígena. También resultaría relevante en el trabajo que éstos realizan orientado al fortalecimiento del derecho consuetudinario indígena.

v. El fortalecimiento de la función de investigación

La labor investigativa de los *Ombudsman* en materia de derechos de las personas y pueblos indígenas debe ser reforzada desde todo punto de vista. Ello por tratarse además de una de las labores defensoriales fundamentales, podría contribuir a hacer pública la violación de la que en muchos contextos estos derechos son objeto. Podría también contribuir a que la administración pública o los particulares involucrados en su violación sean identificados y denunciados.

Dado que en varios contextos no se presentan a los *Ombudsman* suficientes casos de denuncias de personas o comunidades indígenas frente a la violación de sus derechos, un paso importante de estas entidades podría estar constituido

por su acercamiento a las comunidades y personas indígenas para recoger sus denuncias frente a situaciones que requieran de ser investigadas. Por otro lado, los *Ombudsman* deberían identificar casos que por su naturaleza y relevancia para los pueblos indígenas, pueden ser investigados de oficio. Además, se debe establecer un procedimiento y registro especial de los casos denunciados por los pueblos indígenas o aquellos investigados de oficio relativos a sus derechos, de modo de darles un tratamiento diferenciado y de contar con una estadística específica que permita conocer y evaluar la efectividad de la acción defensorial en esta materia.

Entre los casos a ser investigados por los *Ombudsman* se debe velar por la inclusión de situaciones de violación de derechos indígenas de diversa naturaleza, considerando no tan solo situaciones de violación a derechos de carácter individual de primera generación, sino también especialmente de derechos de carácter colectivo, de modo de incidir por esta vía en su protección.

Una práctica interesante de los *Ombudsman* en materia de investigación ha sido la elaboración de estudios o informes defensoriales en profundidad respecto de algunas materias que por su gravedad los requieren. Dada su importancia como instrumentos de documentación de violaciones a los derechos indígenas y de difusión de las mismas hacia la sociedad y el Estado, se propone que estos estudios sean desarrollados por los *Ombudsman* que hasta ahora no lo han hecho, y que sean fortalecidos como estrategia defensorial en aquellos que los han utilizado.

Siempre en este ámbito, se sugiere que la acción defensorial en materia de derechos indígenas sea incluida en los informes anuales de los *Ombudsman* a ser presentados a los parlamentos. Ello como una forma de relevar y difundir dicha acción y dar cuenta de los principales problemas que afectan a los derechos de los pueblos y personas indígenas.

Finalmente, también en el ejercicio de esta función, se debe fortalecer la práctica de denunciar públicamente a las instituciones de la administración del Estado que no acatan las recomendaciones de los *Ombudsman*.

vi. El fortalecimiento de la función de iniciativa legislativa

Aún cuando ha habido significativos avances en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la región en las últimas décadas, existen aún importantes vacíos tanto en los ordenamientos constitucionales como legales en esta materia. Es allí donde los *Ombudsman* podrían jugar un rol más activo, promoviendo –a través de la organización de seminarios, de la sensibilización y articulación con distintos sectores de la sociedad, la elaboración de propuestas, entre otras acciones– la introducción de reformas a los ordenamientos vigentes para perfeccionar dicho reconocimiento. Dicha función adquiere relevancia también para lograr la ratificación de tratados internacionales, incluyendo tanto aquellos relativos a derechos de los pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la OIT, que sigue pendiente en el caso de Nicaragua y Panamá, como aquellos tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas o del sistema interamericano que podrían incidir en una mayor protección de los derechos de las personas indígenas.

El desarrollo de esta función resulta relevante además en el caso de aquellos derechos de personas o pueblos indígenas que cuentan con un reconocimiento constitucional, pero que no pueden hacerse efectivos por la ausencia de una normativa legal que los regule. Es el caso, por ejemplo, de los derechos territoriales en Colombia, donde no se ha dictado la legislación que regule las entidades territoriales indígenas establecidas en la Constitución –aún cuando la Corte Constitucional ha re-

suelto que esa omisión no es óbice para su pleno desde la aplicación de la doctrina del bloque de constitucionalidad–, o el caso de las leyes de coordinación del derecho consuetudinario indígena con el derecho o la justicia estatal en diversos países de la región incluidos en este estudio. También resulta relevante el rol que pueda desempeñar el *Ombudsman* con el fin de proponer las modificaciones necesarias, para que las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos e indígenas que se encuentren ratificados por los Estados sean de aplicación automática y se incorporen formalmente al ordenamiento jurídico interno de los Estados. De este modo corresponderán con la doctrina derivada del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

vii. Potenciación de las funciones de procuración, incluyendo la utilización de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos

Dado que los efectos de las resoluciones y recomendaciones de los *Ombudsman* dependen más de la autoridad moral del Defensor que de su fuerza jurídica obligatoria, el ejercicio de las funciones de procuración frente a situaciones violatorias de derechos indígenas de los que tengan conocimiento es una línea de trabajo que debe ser fortalecido para la protección de los derechos indígenas.

El ejercicio de esta función, como se señalara, debería incluir no tan sólo las acciones constitucionales, legales y administrativas establecidas en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados –tales como acciones de inconstitucionalidad, tutela u otras similares– sino también los recursos y acciones ante las instancias consideradas en los tratados internacionales de derechos humanos de que los Estados son

parte, una vez agotados los mecanismos legales internos. Particular relevancia adquieren en este último caso, como ha sido señalado, los mecanismos previstos en el sistema interamericano de derechos humanos para la protección de los derechos considerados en las convenciones de derechos humanos, mecanismos que han sido claramente subutilizados por los *Ombudsman* de la región en casos de violación de derechos humanos e indígenas.

La acción de los *Ombudsman* en este caso puede incluir tanto la presentación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de denuncias específicas relativas a derechos de las personas y pueblos indígenas en casos que han conocido, como el apoyo en calidad de *amicus curiae* a denuncias presentadas por organizaciones indígenas o de derechos humanos relativas a la violación de los derechos humanos e indígenas, dando a conocer a los órganos del sistema su opinión especializada y respetada en casos específicos sometidos a su conocimiento (IIDH, Secretaría Técnica de la FIO, 2000).

viii. Fortalecimiento de la acción de los *Ombudsman* en materia de derecho consuetudinario indígena y acceso a la justicia

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, son múltiples las acciones que los *Ombudsman* pueden promover para el logro de mayores grados de reconocimiento y respeto del derecho consuetudinario indígena, así como también posibilitar mayores grados de acceso a la justicia de las personas y pueblos indígenas.

La acción de los *Ombudsman* en este sentido debe ser global, y considerar la utilización de todas las funciones de que dispone para el desarrollo de su labor defensorial. Así,

debería fortalecerse su labor investigativa frente a situaciones en que el derecho consuetudinario indígena –en alguna de sus diferentes manifestaciones (civil, penal, entre otros)–, sea vulnerado o amenazado por parte de algún órgano estatal o de un particular (en caso que los Ombudsman estén facultados para la investigación de violaciones a los derechos humanos imputables a particulares). Así por ejemplo, los *Ombudsman* deben considerar el derecho consuetudinario indígena al resolver investigaciones que tratan sobre la violación del derecho a la tierra y al territorio indígena, teniendo presente en esta investigación no tan sólo el fundamento de este derecho en el ordenamiento jurídico estatal, sino también la costumbre que en esta materia tienen los pueblos indígenas, tal como lo hiciera la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en su decisión en el caso de la comunidad de *Awás Tingni* de Nicaragua y, posteriormente, en los casos *Yakie Axa* contra el Paraguay, *Moiwana* contra Suriname, sin olvidar el primer precedente en que ese alto tribunal reconoció directamente la costumbre como derecho en el caso *Aloeboetoe* y otros contra Suriname (fase de reparaciones).

También, en relación con la función investigativa, el derecho consuetudinario indígena debería ser utilizado como fundamento para el logro de una conciliación.

Siempre en el plano de la investigación, los *Ombudsman* podrían desarrollar estudios en profundidad sobre los contenidos y manifestaciones del derecho consuetudinario indígena. Dichos estudios, que no deberían sustituir aquellos que los propios pueblos indígenas realicen sobre la misma materia, podrían permitir un mayor conocimiento de este derecho por las instancias que deben tenerlo en consideración al tratar asuntos relacionados con estos pueblos.

Vinculado a lo anterior, los *Ombudsman* podrían desarrollar acciones seminarios y conferencias con participación

de jueces, fiscales, defensores, entre otros, la elaboración de manuales, etc.– para la promoción y difusión de este derecho y para lograr su recepción por parte del Estado, y en particular, por parte de la justicia estatal. También deberían fortalecer el conocimiento y ejercicio del derecho consuetudinario –muchas veces debilitado por la imposición de la justicia estatal– por parte de los propios pueblos y comunidades indígenas. El desarrollo de iniciativas que incentiven el ejercicio de este derecho por parte de los pueblos y comunidades indígenas, como aquella impulsada por el Defensor del Pueblo de Ecuador a través del programa de defensores indígena, debe ser alentado.

En cuanto a la función de iniciativa legislativa, como ha sido señalado, los *Ombudsman* deberían jugar un rol activo en la promoción de reformas jurídicas tendientes a lograr mayores niveles de reconocimiento de este derecho en aquellos casos en que éste sea insuficiente, así como a objeto de que se apruebe legislación que permita la coordinación entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho estatal, en particular en el ámbito de la justicia y su compatibilización con la jurisdicción indígena.

Finalmente, los *Ombudsman* deberían explorar el desarrollo de acciones constitucionales o legales o de acciones ante el sistema interamericano de derechos humanos cuando estos derechos sean vulnerados en casos que haya conocido. También vinculado a esta función, y como una línea a desarrollar en aquellos casos en que los *Ombudsman* cuenten con instancias que asuman la representación de indígenas ante la justicia, como lo hace la Dirección Nacional de Defensoría Pública en el caso de Colombia, deben privilegiarse la fundamentación de los derechos indígenas ante la justicia recurriendo para ello al derecho consuetudinario.

ix. Transversalización de la actuación de los *Ombudsman* en materia de derechos indígenas

Para el desarrollo de una acción más efectiva de los *Ombudsman* a favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas, se requiere que la preocupación por estos derechos sea transversal a ellos y no solo propio de las instancias especializadas en la materia. Ello reviste especial importancia en países en que la población indígena constituye un porcentaje significativo de la población total del país, como Bolivia, Guatemala, Perú y Ecuador. Para ello se requiere del desarrollo de una labor de sensibilización de los *Ombudsman* en la materia, la que se puede lograr mediante la formación de su personal en derechos indígenas. También se requiere de una labor de planificación y coordinación interna, de modo que el ejercicio de las funciones defensoriales en esta materia pueda involucrar a las distintas instancias que lo componen, incluyendo por supuesto, al propio *Ombudsman* o Defensor.

x. La articulación con los movimientos indígenas

De acuerdo a la FIO, los *Ombudsman* de la región no han logrado consolidar espacios de participación ciudadana ni relaciones con las organizaciones sociales con la finalidad de crear una red de apoyo a las funciones defensoriales (FIO, s.f.). Ello, como se ha señalado, también es perceptible en varios de los casos analizados en este estudio, donde la relación entre los *Ombudsman* y las organizaciones representativas del movimiento indígena ha sido débil.

Se trata de una situación que debe ser revertida, ya que el desarrollo de una labor defensorial más efectiva en favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas requiere de una mayor articulación con los movimientos indígenas. Dicha articulación permitiría un fortalecimiento de las funciones

defensoriales, en particular de la función investigativa, al facilitar la recepción de denuncias de situaciones violatorias de derechos indígenas que deben ser investigadas por los Ombudsman, y de la función educativa hacia los pueblos y comunidades indígenas.

5.3. Otras acciones

5.3.1. Recomendaciones a los *Ombudsman*

Junto a las recomendaciones anteriores, se sugieren además algunas otras líneas de acción posible para los *Ombudsman* con el objeto de fortalecer su acción de promoción y protección de derechos de los pueblos y personas indígenas, entre ellas:

- i. El desarrollo de experiencias de trabajo conjunto para abordar los problemas que afectan la vigencia de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas que habitan en contextos fronterizos, tales como aquella desarrollada por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica junto al Defensor del Pueblo de Panamá con comunidades *ngöbe* que habitan a ambos lados de la frontera, tanto en Costa Rica como en Panamá.
- ii. El desarrollo de encuentros, como el encuentro de defensores indígenas que tuvo lugar en Ecuador el 2001, y el establecimiento de redes de trabajo entre los *Ombudsman*, y en particular entre las instancias especializadas en materia de derechos de pueblos indígenas, como aquella establecida en Panamá el 2003 entre los funcionarios encargados de esta materia de las oficinas de los *Ombudsman* del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, de modo de posibilitar el intercambio de experiencias y metodologías entre ellas, haciendo posible la potenciación de su trabajo a favor de estos derechos.

- iii. La coordinación de los *Ombudsman* y de sus instancias especializadas en materia de derechos de pueblos indígenas con las instancias internacionales preocupadas por la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, en particular con el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, y con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, de modo de colaborar con ellas, a través de diversas formas –envío de información relevante sobre la materia, presentación de denuncias– en su misión de promover el reconocimiento de los derechos de los pueblos y personas indígenas.
- iv. Y, la difusión por los *Ombudsman* de su experiencia de trabajo en materia de derechos indígenas hacia aquellos Estados de la región que no cuentan con esta institución, como es el caso de Chile, o hacia aquellos Estados en que los *Ombudsman* no han desarrollado aún una labor efectiva en favor de los derechos de las personas y pueblos indígenas, como es el caso de Paraguay, de modo de contribuir por esta vía a la protección y promoción de los derechos de los pueblos y personas indígenas.

5.3.2 Recomendaciones a otros actores

Finalmente, junto a las recomendaciones dirigidas a los *Ombudsman*, están aquellas orientadas a otros sectores de la sociedad y a organismos internacionales a objeto de fortalecer también la acción de esta institución en favor de los derechos que interesan en este trabajo, entre ellas:

- i. A las autoridades estatales, en particular a los gobiernos, parlamentos, y a los partidos políticos, a objeto de no debilitar la independencia que los *Ombudsman* deben tener

para el adecuado desarrollo de sus funciones defensoriales, de que doten a estas instituciones de recursos suficientes para el desarrollo de las mismas funciones, incluyendo entre estos recursos para la promoción y protección de los derechos indígenas, y a objeto de que no cercenen las competencias que estas entidades deben tener para garantizar un creciente respeto y protección de los mismos derechos.

- ii. Al Instituto Interamericano de Derechos Humanos y a la Federación Iberoamericana de *Ombudsman*, para que fortalezcan su acción de apoyo a los *Ombudsman* a objeto de potenciar su acción en la promoción y defensa de los derechos humanos en general y de los pueblos y personas indígenas en particular.
- iii. A la cooperación internacional, de modo que contribuya a través de sus programas a los *Ombudsman* de la región en la tarea de mejorar el acceso de los pueblos indígenas a la justicia.
- iv. Y a los pueblos indígenas, con el fin de que sus organizaciones representativas y sus comunidades se acerquen a los *Ombudsman* y demanden de estos un rol más activo en promoción y protección de sus derechos amenazados o conculcados, y colaboren en su función defensorial con la debida autonomía.

Bibliografía

Barié, Cletus, *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Editorial Abya-Yala; 2ª edición en formato CD, 2004.

Brewer-Carías, Allan, *El fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno*, disponible en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

Comisión para la Defensa de los derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA), *El Desafío de la Independencia*, VII Informe de las procuradurías de los derechos Humanos en Centroamérica, CODEHUCA, 2002.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe de gestión de la CNDH noviembre 1999 a noviembre 2004*, en http://www.cndh.org.mx/Principal/document/la_cndh/transparencia/fr_transparencia.htm

Cuéllar, Roberto, *Estándares mínimos para el establecimiento y funcionamiento del Ombudsman*, 2001, disponible en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

Federación Iberoamericana de Ombudsman, *Manual de Buenas Prácticas Institucionales de las Defensorías Iberoamericanas*, s.f., disponible en <http://www.portalfio.org/inicio/>

González, Lorena, *El Defensor del Pueblo. La experiencia latinoamericana*, 2004, en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Secretaría Técnica de la FIO; *El Ombudsman ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2000, disponible en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

Mairena, Rigoberto, *Acceso a la Justicia de las Personas y los Pueblos Indígenas y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Estudio de Campo en Nicaragua*, 2005, (Consultoría para IIDH, Costa Rica, inédito).

Moreno, María Camila, *Estudio sobre la atención a las personas y Pueblos Indígenas en la Defensoría del Pueblo de Colombia*, Proyecto Acceso a la Justicia de personas y pueblos indígenas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá, 2004, inédito.

Mullucundo Cadena, Eugenio, *Estudio de Campo en Bolivia, Acceso a la Justicia de las Personas y Los Pueblos Indígenas y la Defensoría del Pueblo* (Consultoría para IIDH), La Paz, Bolivia, 2004, inédito.

Peralta, Otto, *Estudio sobre el Acceso a la Justicia de las Personas y los Pueblos Indígenas y Procuraduría de los Derechos Humanos*, Guatemala, 2005, inédito.

v. Anexos

ANEXO 1

AMÉRICA LATINA: POBLACIÓN INDÍGENA CENSADA Y ESTIMACIONES POR PAÍSES, 1990-2000

País	Censos y Estimaciones	Año	Población	%
Bolivia	Censo	1992	3.058.208 (a)	59.0
	Estim.	1992	5.600.000	81.2
Colombia	Censo	1993	744.084	2.2
Costa Rica	Censo	2000	63.876	1.7
Ecuador	Estim.	1992	3.800.000	35.3
Guatemala	Censo	1994	3.476.684	42.8
	Estim.	1992	4.600.000	49.9
México	Censo	1990	5.282.347 (b)	7.4
	Estim.	1992	10.900.000	12.9
Nicaragua	Censo	1995	67.010 (b)	1.8
Panamá	Censo	1990	194.269	8.3
Paraguay	Censo	1992	29.482	0.7
Perú	Estim.	1992	9.000.000	40.2

Fuente: Adaptado por el autor de Bello, Álvaro y Marta Rangel (CEPAL), Etnicidad, "Raza" y Equidad en América Latina, CEPAL, Santiago, 2000, p. 17.

(a) Población de 6 años y más.

(b) Población de 5 años y más.

ANEXO 2

**EVALUACION DE LAS CONSTITUCIONES
LATINOAMERICANAS EN MATERIA
DE DERECHOS INDÍGENAS**

Puntaje otorgado por Barie (2003)		Estudio del BID (2003) Porcentaje de indicadores cumplidos	
1. Ecuador	21	1. Ecuador	45
2. Colombia	20	2. México	33
3. Venezuela	18	3. Colombi	32
4. Paraguay	18	4. Venezuela	30
5. Perú	14	5. Nicaragua	27
6. México	14	6. Bolivia	17
7. Argentina	14	7. Brasil	17
8. Brasil	13	8. Perú	13
9. Guatemala	11	9. Paraguay	12
10. Bolivia	11	10. Panamá	12
11. Panamá	10	11. Guatemala	12
12. Nicaragua	10	12. Argentina	7
13. Honduras	5	13. Guyana	4
14. Guyana	5	14. Honduras	4
15. El Salvador	4	15. Costa Rica	3
16. Costa Rica	3	16. El Salvador	2
17. Guayana Francesa	1	17. Surinam	1
18. Uruguay	0	18. Belice	1
19. Surinam	0	19. Chile	0
20. Chile	0	20. Uruguay	0
21. Belice	0	<i>Fuente: www.iadb.org</i>	

Fuente: Barié, Cletus, *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Editorial Abya-Yala; 2ª edición en formato CD, 2004.

ANEXO 3

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO
CONSUETUDINARIO INDIGENA EN AMERICA LATINA

Temas	Colombia (1991)	Perú (1993)	Bolivia (1994)	Ecuador (1999)	México (2001)
Objeto del reconocimiento y respeto	<ul style="list-style-type: none"> - Propias normas y procedimientos - Autoridades de los pueblos indígenas - Funciones jurisdiccionales 	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho consuetudinario - Autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas - Funciones jurisdiccionales 	<ul style="list-style-type: none"> - Normas costumbres y procedimientos propios - Autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas - Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos 	<ul style="list-style-type: none"> - Normas y procedimientos propios, sus costumbres o derecho consuetudinario - Autoridades de los pueblos indígenas - Funciones de justicia 	<ul style="list-style-type: none"> - Libre determinación y autonomía - Aplicar los propios sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos - Elegir autoridades en base a normas, procedimientos y prácticas tradicionales
Sujeto titular del derecho	-Pueblos indígenas	- Comunidades campesinas;	- Comunidades indígenas;	- Pueblos indígenas	- Pueblos y comunidades indígenas
Competencia territorial	- "Dentro de su ámbito territorial"	- comunidad es nativas; rondas campesinas; en virtud 169 los pueblos indígenas	- Comunidades campesinas; en virtud 169 los pueblos indígenas	- No dice salvo "conflictos internos"	- No explicita, salvo "conflictos internos"
Competencia material	Todas las materias; no se limita	Todas, no se limita	Todas, no se limita	No hay límite, salvo que sean "conflictos internos"	No hay límite, salvo que se trate de "conflictos internos"

Ombudsman y derechos indígenas

Competencia personal	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial. Puede entenderse que es para todos dentro del ámbito territorial indígena	Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse que es para todos dentro del ámbito territorial campesino o nativo (indígena)	No se hace mención	No dice, salvo "conflictos internos"	No se señala, salvo "conflicto interno"
Límite del reconocimiento	Que normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República	Que no violen los derechos fundamentales de la persona	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República	Que normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución y las leyes	Que aplicación de sistemas normativos indígenas se sujete a los principios generales de la Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos, y la dignidad de las mujeres
Ley de coordinación o compatibilización	La ley establecerá las formas de coordinación a) de la jurisdicción especial, con b) el sistema jurídico nacional	La ley establece las formas de coordinación a) de la jurisdicción especial con b) los juzgados de paz y las demás instancias del Poder Judicial	La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado	La ley hará compatibles funciones de justicia de pueblos indígenas con el sistema judicial nacional	La ley establecerá los casos y los procedimientos de validación por los jueces y tribunales correspondientes. El reconocimiento en las leyes y las entidades federativas.

Fuente: Yrigoyen, Raquel, "El reconocimiento constitucional del derecho indígena en América Latina", en Assies, W. et al. eds., *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, Zamora, Mich., 1999, pp. 343-380, complementado por el autor.

ANEXO 4

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL SEMINARIO DE EXPERTOS SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA³⁵⁵

I. CONCLUSIONES

6. El encuentro de expertos en el Seminario sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia acordó las siguientes conclusiones:
7. Los expertos agradecieron la oportunidad que les proporcionó el Seminario de las Naciones Unidas para discutir entorno al tema “pueblos indígenas y la administración de justicia”. Los expertos identificaron un conjunto de preocupaciones relativas al trato que reciben los pueblos indígenas en los sistemas de administración de justicia. En este contexto, señalaron que había un número desproporcionado de indígenas en todas las áreas de la justicia criminal haciendo frente a diversas causas tanto en los tribunales como en las prisiones. Además pusieron de manifiesto que las mujeres y niños y niñas indígenas sufrían particularmente los efectos negativos de las prácticas jurídicas contemporáneas y que desgraciadamente las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas a menudo tenían lugar en los sistemas de administración de justicia. Por ejemplo señalaron que en algunos casos eran preocupantes los altos índices de muertes de indígenas en custodia mientras eran ellos mismos víctimas del crimen y la violencia.
8. Los expertos reconocieron los avances alcanzados tanto en el ámbito nacional como internacional en relación a los pueblos indígenas y la administración de justicia.

355 El Seminario de Expertos organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con la participación del Relator de la ONU para los derechos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Madrid, noviembre del 2003.

Este desarrollo incluye el reconocimiento formal de los pueblos indígenas por parte de los Estados en sus constituciones y legislación respectivos, el creciente número de indígenas empleados en los sistemas de justicia, el reconocimiento de las tradiciones y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas, los esfuerzos llevados a cabo para facilitar intérpretes para los indígenas ante los tribunales y los pasos hechos por las autoridades de cara a respetar y tomar en cuenta las culturas de los pueblos indígenas. Los expertos manifestaron que, a pesar de estos progresos positivos, existe una falta de puesta en práctica de medidas para mejorar la administración de justicia de los pueblos indígenas y que es necesario una acción urgente por parte de los Estados en este sentido.

9. Los expertos expresaron su preocupación respecto de la discriminación y del racismo que sufren los pueblos indígenas en la administración de justicia e identificaron las siguientes causas:
 - a) La negación histórica y persistente de los derechos de los pueblos indígenas y el creciente desequilibrio y desigualdad en el disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales;
 - b) El fracaso de los sistemas ordinarios de justicia en el reconocimiento y protección de la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, incluyendo la violación de derechos derivados de tratados, convenios y otros acuerdos constructivos;
 - c) La discriminación por parte de las autoridades del sistema judicial, tanto de la policía como en los tribunales, que da lugar a que los indígenas sean más fácilmente arrestados y detenidos preventivamente en espera de juicio y que sean condenados a menudo a penas privativas de libertad más que a otro tipo de penas menores;
 - d) La existencia de sistemas de administración de justicia culturalmente inapropiados que ofrecen una participación limitada de los pueblos indígenas en los cuerpos de policía, como abogados o jueces o como funcionarios dentro del sistema de justicia;

- e) El fracaso en garantizar la igualdad ante la ley de los pueblos indígenas, el acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo debido a la falta de servicios de traducción disponibles en todas las fases del sistema de administración de justicia y a la falta de capacidad para proporcionar una adecuada representación legal;
 - f) La debilitación o destrucción de los sistemas jurídicos indígenas debido a procesos de aculturación, desplazamiento, migración forzada, urbanización, violencia política y asesinato de autoridades indígenas;
 - g) Criminalización de prácticas culturales y jurídicas indígenas, así como persecución de autoridades indígenas que administran justicia, por parte del Estado;
 - h) Falta de reconocimiento oficial del derecho y la jurisdicción indígena, incluyendo el derecho consuetudinario indígena;
 - i) Subordinación del derecho y la jurisdicción indígena a la jurisdicción nacional o federal, así como limitación de la autoridad indígena a conocer de casos menores;
 - j) Falta de puesta en práctica de mecanismos y procedimientos adecuados mediante los cuales los sistemas jurídicos indígenas sean reconocidos y complementen a los sistemas nacionales de justicia;
 - k) No reconocimiento de las decisiones tomadas por las autoridades indígenas, por parte de los órganos del Estado;
 - l) Falta de reconocimiento de las leyes indígenas así como de la cultura y las tradiciones jurídicas indígenas, por parte de jueces y otros operadores judiciales;
 - m) Debilidad de los sistemas jurídicos indígenas para tratar nuevas situaciones, incluyendo cuestiones legales de niños y mujeres.
10. Se manifestó especial preocupación ante el hecho que en muchas ocasiones la discriminación contra los pueblos indígenas en la administración de justicia puede ser indirecta y resultado de la aplicación de leyes aparentemente neutrales pero que tienen un impacto desproporcionado sobre los pueblos indígenas.

11. También se expresó preocupación por los incidentes de violencia contra indígenas por parte de la policía y en los centros penitenciarios. Se observó que en muchos Estados existe también una ausencia de protección y reconocimiento constitucional o legal de los derechos de los pueblos indígenas y que esto es un factor que contribuye a la vulnerabilidad de los pueblos indígenas en los sistemas de justicia.

II. RECOMENDACIONES

1. RECOMENDACIONES A LOS GOBIERNOS
12. Que aseguren la igualdad ante la ley y la no discriminación de los pueblos indígenas en la aplicación de todos sus derechos humanos universalmente reconocidos en el ámbito de la administración de justicia.
13. Que reconozcan que un elemento esencial para asegurar la igualdad ante la ley y la no discriminación es el reconocimiento por ley y la protección de la diversidad cultural de los pueblos indígenas.
14. Que adopten medidas especiales para responder al desequilibrio histórico de los pueblos indígenas como causa subyacente de su discriminación en los sistemas de justicia.
15. Que creen y mantengan sistemas de recogida de datos cualitativos sobre los pueblos indígenas y la administración de la justicia, tales como índices de los niveles de arrestos, sentencias, encarcelamientos y penas capitales. Estos datos deben ser desagregados según el estatus de indígena, de género y de edad, y deben ser publicados y accesibles con el fin de identificar situaciones de discriminación y sobre la representación de los pueblos indígenas en los sistemas de administración de justicia, incluyendo información acerca de indígenas expuestos a la pena capital allá donde se aplique.
16. Que el encarcelamiento de personas indígenas se utilice como último recurso y que se consideren, junto a las comunidades indígenas, alternativas basadas en la

- igualdad y la no discriminación que incluyan opciones diferentes a la privación de libertad.
17. Que ayuden a recuperar las prácticas jurídicas indígenas, en cooperación con expertos jurídicos indígenas, en el caso que éstos puedan contribuir al desarrollo de un sistema de justicia imparcial y que esté en plena conformidad con la legislación internacional sobre derechos humanos, particularmente con los derechos de las mujeres.
 18. Que se lleven a cabo estudios sobre las leyes que afectan de una manera desproporcionada a los pueblos indígenas así como que se tomen las medidas necesarias dirigidas a eliminar la discriminación como resultado de tales leyes.
 19. Los Estados deben tener en consideración que las mujeres indígenas encarceladas pueden haber sido víctimas de la extrema pobreza y la discriminación debido a su género, pobreza y etnicidad, y por lo tanto deben considerar el desarrollo de programas especiales para tratar las causas que conducen a su encarcelamiento. Además se recomienda que se lleven a cabo estudios sobre la situación de las mujeres indígenas encarceladas teniendo presente las consecuencias a largo plazo sobre sus hijos, familias y comunidades, que se supervise el respeto de sus derechos humanos en prisión y se revisen los programas de rehabilitación dirigidos a la reintegración de las mujeres indígenas dentro de sus familias y comunidades.
 20. Que desarrollen medidas, incluyendo la educación, formación y políticas de reclutamiento para aumentar el número de personas indígenas empleadas en los sistemas de administración de justicia.
 21. Que promuevan programas de formación y educación para los cuerpos de funcionarios de los sistemas de justicia como la policía, los magistrados y los jueces, asistentes sociales y otros, así como para estudiantes de derecho sobre las culturas de los pueblos indígenas, sus costumbres y prácticas jurídicas, como medidas para combatir la discriminación y promover el respeto de la diversidad cultural.

22. Que tomen medidas para asegurar que los pueblos indígenas, tanto individual como colectivamente, puedan entender o ser entendidos en los procedimientos legales a través de intérpretes o bien por otros mecanismos efectivos.
23. Que se reconozcan los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas y se desarrollen mecanismos que permitan a estos sistemas de funcionar efectivamente en cooperación con los sistemas nacionales oficiales. Tales mecanismos deben ser desarrollados teniendo como base acuerdos constructivos con los pueblos afectados.
24. Tanto los Estados como los pueblos indígenas deben incorporar los derechos humanos e indígenas internacionalmente reconocidos dentro de sus sistemas de justicia.
25. Que se tomen en cuenta los mecanismos de los pueblos indígenas para la resolución de conflictos, su capacidad normativa y jurídica y su autoridad para desarrollar sus propios procesos, sin interferencias externas.
26. Que los sistemas legales nacionales incorporen el uso de las costumbres indígenas relevantes, tradiciones, símbolos y derecho consuetudinario en aquellos casos en los que estén involucrados pueblos o individuos indígenas. Esto puede ser conseguido a través de procedimientos especiales en los que estén involucrados autoridades indígenas y métodos de resolución de conflictos.
27. Que sigan un plan de acción y se establezca una estrategia para llevar a cabo decisiones, conclusiones y recomendaciones presentadas para la mejora de la administración de justicia y su efecto en los pueblos indígenas.
28. Que se establezca una justicia juvenil indígena distinta que integre completamente en sus legislaciones, políticas y prácticas las provisiones de la Convención de los Derechos del Niño, en particular de los artículos 3, 5, 20, 30, 37, 39 y 40, y otras normativas internacionales relevantes en esta área, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia

de menores (“Reglas de Beijing”), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal.

29. Que se asegure que ninguna persona indígena menor de los 18 años sea tratada como un adulto sin tener en cuenta las circunstancias de la gravedad de su delito; que las opiniones de los niños indígenas ante los tribunales sean escuchadas y respetadas en todos los casos; que las medidas necesarias (por ejemplo, alternativas a la libertad condicional) sean tomadas para reducir considerablemente el número de niños indígenas detenidos y asegurar que la detención sea solamente el último recurso y por el mínimo período de tiempo; respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, los miembros de la familia o de la comunidad conforme a las costumbres locales con el fin de dar consejo a un niño indígena que se vea implicado en un procedimiento ante los tribunales; tomar en consideración las leyes de los pueblos indígenas, las tradiciones y costumbres en relación con asuntos penales.
30. Al aplicar las leyes y regulaciones nacionales a los pueblos indígenas, los Estados deben tomar en cuenta el debido respeto a sus costumbres o su derecho consuetudinario y respetar los métodos practicados de forma consuetudinaria por parte de los pueblos indígenas para afrontar los delitos, inclusive sobre cuestiones criminales, cometidos por sus miembros. También tienen que tomar en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas para la imposición de penas bajo la ley general.
31. Tomando en consideración el número de casos llevados a la atención del Relator Especial durante el Seminario, los expertos invitan a los gobiernos a examinar todos los casos relacionados con los defensores de los derechos humanos de los indígenas encarcelados cuando exista la evidencia que los juicios se vieron afectados por influencias políticas o defectos procesales.

32. Los Estados deben asegurar que las nuevas medidas antiterroristas no sean utilizadas de manera que violen los derechos humanos de los pueblos indígenas y en particular que no sean utilizadas como medio de intimidación de protestas civiles legítimas.

2. RECOMENDACIONES A LOS ÓRGANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, ORGANISMOS ESPECIALIZADOS Y MECANISMOS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

33. Se solicita al Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas que incorpore la información y el análisis de este Seminario en su informe a la Comisión de Derechos Humanos en su 60º período de sesiones, y que adjunte en un anexo las conclusiones y las recomendaciones adoptadas en el Seminario.
34. Se invita al Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas a considerar la elaboración de un estudio sobre los pueblos indígenas y la administración de la justicia, incluyendo un análisis de los obstáculos en el logro de justicia para los pueblos indígenas, ejemplos de buenas prácticas en la promoción de justicia igualitaria y culturalmente apropiada, así como ejemplos de pluralismo jurídico en los Estados.
35. Se solicita que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos transmita el informe narrativo del Seminario al Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas en su 22º período de sesiones, al grupo de trabajo sobre el “Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, al Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas y a los órganos de vigilancia de los tratados sobre derechos humanos y procedimientos especiales relevantes.
36. Que la Oficina del Alto Comisionado considere la organización de próximos seminarios, así como proyectos técnicos de cooperación sobre pueblos indígenas y la admi-

nistración de justicia en vistas a mantener profundas discusiones, intercambio de experiencias y desarrollo de directrices en áreas como el pluralismo legal. También se solicitó a la Oficina del Alto Comisionado promover programas de formación y ayuda u otras formas de asistencia para profesionales en derecho indígena.

37. Se invita a la Oficina del Alto Comisionado a tratar las cuestiones discutidas en el Seminario con los órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas y organismos especializados, instituciones nacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales e indígenas relevantes y a buscar su apoyo en la promoción del diálogo y la acción en la materia.
38. Se invita al Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas a incluir el tema de “los pueblos indígenas y la administración de justicia” como un capítulo permanente en su programa, y también como tema principal en uno de sus futuros períodos de sesiones.
39. Se invita a la Oficina del Alto Comisionado a distribuir copias de estas recomendaciones a las instituciones nacionales de derechos humanos solicitando su apoyo en la promoción de los principios contenidos en ellas.

3. RECOMENDACIONES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

40. Se invita a los pueblos indígenas a proporcionar información y datos al Relator Especial en relación a la administración de justicia, en particular con una referencia especial a la situación de las mujeres y niños y niñas indígenas.
41. Se anima a que los pueblos indígenas realicen contribuciones positivas como promotores de cambios mediante su participación directa, plena y efectiva en los progresos que contribuyan a mejorar los sistemas de administración de justicia en la medida en que afecten a los pueblos indígenas.

4. RECOMENDACIONES A OTROS ACTORES

42. En los países donde existan pueblos indígenas, los colegios de abogados deben considerar la promoción de un diálogo con sus miembros indígenas para examinar vías para un mejor entendimiento de los valores, culturas y sistemas legales indígenas dentro de sus asociaciones.
43. Las universidades deben considerar el desarrollo de planes de estudios y de formación sobre derecho y otras disciplinas relacionadas que incluyan elementos sobre jurisdicción y derechos de los indígenas.
44. Se invita a los expertos, participantes y organizaciones indígenas a facilitar la disponibilidad de estas recomendaciones de forma amplia.
45. Los expertos expresaron su agradecimiento a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y a la Universidad Nacional de Educación a Distancia por la organización del Seminario, y recomienda que se sigan llevando a cabo este tipo de iniciativas de apoyo al Relator Especial.

Fuente: Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, 27 enero de 2004, disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/106/16/PDF/G0410616.pdf?OpenElement>

ANEXO 5 PRINCIPIOS DE PARÍS (ONU, 1993)

A. Competencias y atribuciones

1. La institución nacional será competente en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos.
2. La institución nacional dispondrá del mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia.
3. La institución nacional tendrá, en particular, las siguientes atribuciones:
 - a) presentar, a título consultivo, al gobierno, al Parlamento y a cualquier otro órgano pertinente, a instancia de las autoridades interesadas o en ejercicio de su facultad de auto - sumisión, dictámenes, recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a la protección y promoción de los derechos humanos; la institución nacional podrá decidir hacerlos públicos; los dictámenes, las recomendaciones, las proposiciones y los informes, así como cualquier prerrogativa de la institución nacional, abarcarán las siguientes esferas:
 - i) todas las disposiciones de carácter legislativo y administrativo, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos; a este respecto, la institución nacional examinará la legislación y los textos administrativos en vigor, así como los proyectos y proposiciones de ley y hará las recomendaciones que considere apropiadas para garantizar que esos textos respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos; en caso necesario, la institución nacional recomendará la aprobación de una nueva legislación, la modificación de la legislación en vigor y la adopción de medidas administrativas o su modificación;

- ii) toda situación de violación de los derechos humanos de la cual decida ocuparse;
- iii) la elaboración de informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas;
- iv) señalar a la atención del Gobierno las situaciones de violación de los derechos humanos en cualquier parte del país, proponer medidas encaminadas a poner término a esas situaciones y, en su caso, emitir un dictamen sobre la posición y reacción del gobierno;
- b) promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva;
- c) alentar la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a esos textos y asegurar su aplicación;
- d) contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales, en cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud de tratados y, en su caso, emitir un dictamen a ese respecto, en el marco del respeto de su independencia;
- e) cooperar con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos;
- f) colaborar a la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos y participar en su aplicación en el ámbito escolar, universitario y profesional;
- g) dar a conocer los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación, en particular la discriminación racial, sensibilizando a la opinión pública, en particular mediante la información y la enseñanza, recurriendo para ello a todos los medios de comunicación.

B. Composición y garantías de independencia y pluralismo

1. La composición de la institución nacional y el nombramiento de sus miembros, por vía de elección o de otro modo, deberán ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales (de la sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos, en particular mediante facultades que permitan lograr la cooperación eficaz o la participación de los representantes de:
 - las organizaciones no gubernamentales competentes en la esfera de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación racial, los sindicatos, las organizaciones socio-profesionales interesadas, en particular juristas, médicos, periodistas y personalidades científicas;
 - las corrientes de pensamiento filosófico y religioso;
 - los universitarios y especialistas calificados;
 - el Parlamento;
 - las administraciones (de incluirse, los representantes de las administraciones sólo participarán en los debates a título consultivo).
2. La institución nacional dispondrá de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de créditos suficientes. Esos créditos deberán destinarse principalmente a la dotación de personal y locales propios, a fin de lograr la autonomía respecto del Estado y no estar sujeta a controles financieros que podrían limitar su independencia.
3. En el interés de la estabilidad del mandato de los miembros de la institución nacional, sin la cual no habrá una verdadera independencia, su nombramiento se hará mediante acto oficial en el que se señale un plazo determinado de duración del mandato. Este podrá prorrogarse bajo reserva de que se siga garantizado el pluralismo de la composición.

C. Modalidades de funcionamiento

En el marco de sus actividades, la institución nacional deberá:

1. Examinar libremente todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia, que le sean sometidas por el gobierno o que decida conocer en virtud de sus atribuciones, a propuesta de sus miembros o de cualquier solicitante;
2. Recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia;
3. Dirigirse a la opinión pública, directamente o por intermedio de cualquier órgano de comunicación, especialmente para dar a conocer sus opiniones y recomendaciones;
4. Reunirse de manera regular y cada vez que sea necesario, en presencia de todos sus miembros, debidamente convocados;
5. Establecer grupos de trabajo integrados por sus miembros, cada vez que sea necesario, así como secciones locales o regionales para facilitar el desempeño de sus funciones;
6. Mantener la coordinación con los demás órganos de carácter jurisdiccional o de otra índole encargados de la promoción y protección de los derechos humanos (en particular, ombudsman, mediadores u otras instituciones similares);
7. Establecer relaciones con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de la promoción y protección de los derechos humanos, el desarrollo económico y social, la lucha contra el racismo, la protección de los grupos especialmente vulnerables (en particular, niños, trabajadores migratorios, refugiados, incapacitados físicos y mentales) o de otras esferas especializadas, habida cuenta de la importancia fundamental de la labor de esas organizaciones para ampliar la acción de las instituciones nacionales.

D. Principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasi jurisdiccional

La institución nacional podrá estar facultada para recibir y examinar denuncias y demandas relativas a situaciones particulares. Podrán recurrir a ella los particulares, sus representantes, terceros, organizaciones no gubernamentales, asociaciones de sindicatos y cualquier otra organización representativa. En ese caso, y sin perjuicio de los principios antes mencionados que se refieren a otros aspectos de la competencia de las comisiones, las funciones que se les encomienden podrán inspirarse en los siguientes principios:

1. Tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial;
2. Informar al autor de la demanda acerca de sus derechos, en particular de los recursos de que dispone, y facilitarle el acceso a esos recursos;
3. Conocer de todas las denuncias o demandas o transmitir las a cualquier otra autoridad competente, dentro de los límites establecidos por ley;
4. Formular recomendaciones a las autoridades competentes, en particular proponer modificaciones o reformas de leyes, reglamentos y prácticas administrativas, especialmente cuando ellas sean la fuente de las dificultades encontradas por los demandantes para hacer valer sus derechos.

Fuente: en Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Organización de Naciones Unidas (ONU), Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Folleto Informativo No. 19, en http://193.194.138.190/spanish/html/hcr_sp.htm.

ANEXO 6

**INDICADORES DE PROGRESO RELATIVOS AL OMBUDSMAN
Y A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN
AMERICA LATINA**

**I. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS
E INDIGENAS**

Pais	Ratificación tratados de DH's	DH's de Convención y Protocolo Americano incorporados constitución	Rango constitucional Tratados de DH's	Ratificación Convenio 169 OIT
Bolivia	25 de 56 (44%)	40 de 57 (70.2%)	No se menciona	X
Colombia	34 de 56 (60%)	51 de 57 (89.5%)	Tratados económicos (art.224)	X
Costa Rica	31 de 56 (54.4%)	36 de 57 (63.2%)	Autoridad superior de ley (art. 7)	X
Ecuador	47 de 59 (84.9%)	47 de 57 (82.5%)	Prevalencia sobre leyes menor jerarquía (art. 169)	X
Guatemala	29 de 56 (51.7%)	41 de 57 (71.9%)	Preminencia sobre derecho interno (art. 46)	X
México	23 de 56 (41%)	45 de 57 (78.9%)	Tratados serán ley (art.133)	X
Nicaragua	18 de 56 (32.1%)	22 de 25 (80.7%)	Plena vigencia DH's 5 tratados (art.46)	
Panamá	31 de 56 (54.4%)	37 de 57 (64.9%)	No se menciona	
Paraguay	27 de 56 (48.2%)	47 de 57 (82.5%)	Rango superior a ley (art. 137)	X
Perú	26 de 56 (46.4%)	37 de 57 (64.9%)	Tratados integran derecho interno (art.2)	X

I. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS E INDÍGENAS (Continuación)

País	Diversidad étnica y cultural (a)	Reconocimiento de pueblos indígenas (a)	Derechos a tierras y/o territorios (a)	Derecho Autonomía (a)	Jurisdicción indígena (a)	Leyes de coordinación (a)	Reconocimiento de D ^o consuetudinario por Justicia estatal (a)	Aprobación normas de coordinación
Bolivia	X	X	X		X		X	
Colombia	X	X	X	X	X		X	
C. Rica			X					
Ecuador	X	X	X		X		X	
Guatemala	X		X				X	
México	X	X	X	X	X		X (a y b)	
Nicaragua	X		X	X	X (b)		X	
Panamá	X		X	X (b)	X (b)		X	
Paraguay	X	X	X		X		X (a y b)	
Perú	X		X		X		X	

(a). Reconocimiento de carácter constitucional

(b). Reconocimiento de carácter legal

Fuente: Autor en base a antecedentes estudio y a Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Mapa de progresos en derechos indígenas, CD. Sin fecha.

II. INSTITUCIONALIDAD DEL OMBUDSMAN

País	Fundamento constitucional	Fundamento legal	Nombramiento Ombudsman	Autonomía presupuestaria	Funciones de investigación, mediación y educación	Facultades para fiscalizar a privados	Función de procuración	Función iniciativa normativa	Otras funciones
Bolivia	X		Parlamentario con intervención	Presupuesto parlamentario	X		X	X	
Colombia	X		Parlamentario con intervención Presidente	Presupuesto de la Nación (parte de presupuesto de Procurador General de la Nación)	X	X	X		X (e)
Costa Rica		X	Parlamentario	Presupuesto parlamentario	X		X		
Ecuador	X		Parlamentario	Presupuesto de la Nación	X		X	X (b)	X (c)
Guatemala	X		Parlamentario	Presupuesto parlamentario	X	X	X		
México	X		Parlamentario	Recursos propios	X	X		X (b)	X (c)
Nicaragua	X		Parlamentario con intervención soc. civil	Presupuesto de la Nación	X		X	X (b)	X (c)
Panamá		X	Parlamentario con intervención Presidente	Presupuesto parlamentario	X	X (a)	X		
Paraguay	X		Parlamentario	Presupuesto parlamentario	X		X		X (d)
Perú	X		Parlamentario con convocatoria pública		X	X (a)	X	X (b)	

(a). Cuando particulares desarrollen servicio público
 (b). Pueden sugerir la ratificación de tratados internacionales
 (c). Vigilar condiciones de cárceles y privados de libertad
 (d). Intereses difusos
 (e). Defensa pública
 Fuente: Autor en base a antecedentes estudio.

III. FUNCIONES DESARROLLADAS EN MATERIA DE DERECHOS DE PUEBLOS Y PERSONAS INDIGENAS

País	Instancia especializada en derechos indígenas	Función de investigación	Función de mediación	Función de educación	Función de procuración	Función de iniciativa legislativa	Acciones en materia de D°. Consultativo	Otras funciones
Bolivia	X	X	X	X		X	X	
Colombia	X	X	X	X	X		X	X (a)
C. Rica		X	X	X	X	X	X	
Ecuador	X	X	X	X			X	
Guatemala	X	X	X	X		X	X	
México	X	X	X	X		X	X	X (b)
Nicaragua	X	X	X	X		X	X	
Panamá	X	X	X	X		X		
Paraguay								
Perú	X	X	X	X		X	X	

(a). Defensoría pública a favor de indígenas

(b). Liberación de presos indígenas

Fuente: Autor en base a antecedentes estudio.

IV. VACIOS EN ACTUACION DE LOS OMBUDSMAN EN MATERIA DE DERECHOS INDIGENAS

País	Limitaciones jurídicas	Limitaciones presupuestarias	Límites en la fiscalización a órganos públicos o particulares	Ausencia de preocupación transversal	Inexistencia de instancia operativa especializada en derechos indígenas	Deficiencias en cobertura atención a indígenas
Bolivia		X	X (f)	X		X
Colombia	X (b, c)	X				X
C. Rica	X (a)	X	X (f)	X	X	X
Ecuador	X (d)	X	X (f)	X		X
Guatemala	X (d)	X				X
México		*		X (g, h)		X (g, h)
Nicaragua		X	X (f)	X		X
Panamá	X (a, c, d)	X	X	X		X
Paraguay	X (d)	X	X (f)	X	X	X
Perú	X(d)	X				X

IV. VACIOS EN ACTUACION DE LOS OMBUDSMAN EN MATERIA DE DERECHOS INDIGENAS (Continuación)

País	Falta de articulación con movimientos indígenas	Ausencia de sistematización del trabajo de investigación en derechos indígenas	Sub utilización función educativa	Sub utilización función legislativa	Sub utilización de función procuración	Debilidad de acción en materia de Dº. consuetudinario indígena
Bolivia	X	X			X	
Colombia				X	X	X
C. Rica		X				
Ecuador				X	X	
Guatemala					X	
México	X (h)	X (h)	X (h)	X	X (g, h)	
Nicaragua	X	X			X	X (g, n)
Paraná	X	X	X	X	X	X
Paraguay	X	X	X	X	X	X
Perú					X	X

(a). Ombudsman no consagrado en la Constitución

(b). Presupuesto dependiente de instancia de ejecutivo

(c). Intervención presidencial en nombramiento Ombudsman

(d). Ausencia de mandato legal expreso para su actuación en materia de derechos indígenas

(e). No pueden fiscalizar actos que erranen de legislativo, judicial y tribunal constitucional

(f). No puede fiscalizar violación derechos indígenas de parte de particulares

(g). CNDH México

(h). CEDH de Oaxaca

* No hay antecedentes

Fuente: Autor en base a antecedentes estudio.

V. BUENAS PRÁCTICAS DE LOS OMBUDSMAN EN LA PROMOCION Y PROTECCION DE LOS DERECHOS INDIGENAS

País	Función de investigación	Función de educación	Función de mediación	Función de iniciativa legislativa	Función de procuración	Derechoo consuetudinario y acceso a la justicia	Otras
Bolivia	X	X	X	X			
Colombia	X	X	X			X	X (c)
C. Rica		X	X	X	X	X	
Ecuador	X	X				X	
Guatemala	X	X		X		X	
México	X (a y b)	X (a)					X (a, d)
Nicaragua		X		X		X	
Panamá	X						
Paraguay							
Perú	X	X	X	X		X	

a. CEDH de Oaxaca

b. CNDH México

c. Defensoría Pública a favor de indígenas

d. Liberación de presos indígenas

Fuente: Autor en base a antecedentes estudio.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2004-2006)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

María Elena Martínez
Vicepresidenta

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Gisèle Côté-Harper
Margaret E. Crahan
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Pedro Nikken
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Mónica Pinto
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Cristian Tattenbach

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro
Evelio Fernández Arévalos
Freddy Gutiérrez Trejo
Florentín Meléndez
Paolo G. Carozza
Víctor E. Abramovich

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sergio García Ramírez
Alirio Abreu Burelli
Oliver Jackman
Antônio A. Cançado Trindade
Cecilia Medina Quiroga
Manuel E. Ventura Robles
Diego García Sayán

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.