

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

26

IIDH

Julio - Diciembre 1997

REVISTA
IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

Revista 341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. /N° 1 (Enero/junio 1985).-
-San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1997, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramación y montaje electrónico de artes finales: Walter Meoño S.

Impresión litográfica: Mundo Gráfico S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1.000) San José, Costa Rica.

Se solicita atenerse a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es preferible acompañar el envío con diskettes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor, lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° fax, teléf. y dirección postal). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30,00 Y DE US\$20,00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUELTO ES DE US\$15,00. SUSCRIPTORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3,00 POR ENVÍO; SUR Y NORTEAMÉRICA US\$4,00, EUROPA, ÁFRICA, ASIA, US\$6,00.

TODOS LOS PAGOS DEBEN SER HECHOS EN CHEQUES DE BANCOS NORTEAMERICANOS O GIROS POSTALES, A NOMBRE DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. RESIDENTES EN COSTA RICA PUEDEN UTILIZAR CHEQUES LOCALES EN DÓLARES. SE REQUIERE EL PAGO PREVIO PARA CUALQUIER ENVÍO.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN A LA UNIDAD EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000) SAN JOSÉ, COSTA RICA.

LAS INSTITUCIONES ACADÉMICAS INTERESADAS EN ADQUIRIR LA REVISTA IIDH, MEDIANTE CANJE DE SUS PROPIAS PUBLICACIONES, PUEDEN ESCRIBIR A LA UNIDAD EDITORIAL, REVISTA IIDH, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, FAX: (506) 234-0955.

ÍNDICE

DOCTRINA

O LEGADO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E O
FUTURO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS HUMANOS11

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

EL DERECHO INDÍGENA FRENTE AL ESPEJO DE
AMÉRICA LATINA47

María Magdalena GÓMEZ RIVERA

LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA
INTERNACIONAL: UN SUJETO EN CONSTRUCCIÓN81

Rodolfo STAVENHAGEN

EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....107

Carlos M. AYALA CORAO

COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

LOS PUEBLOS INDÍGENAS: JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS137

Ariel DULITZKY

PRESENTACIÓN

Nos es grato presentar la edición Número 26 de la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El primer número de nuestra publicación correspondió al semestre Enero-Junio del año 1985 y desde entonces se ha venido publicando dos veces por año en forma ininterrumpida.

El número 26 corresponde al período Julio-Enero de 1997 y está dedicado principalmente a temas inherentes a los derechos de los pueblos indígenas. María Magdalena Gómez Rivera, con su artículo titulado "El derecho indígena frente al espejo de América Latina", nos presenta un recuento de la juridicidad del derecho indígena en el marco de los estados nacionales de América Latina. Rodolfo Stavenhagen, Vice Presidente del Consejo Directivo del IIDH, contribuye con el artículo "Los derechos indígenas en el sistema internacional: un sujeto en construcción", en el cual reflexiona sobre la búsqueda de una nueva relación entre los pueblos indios y el estado nacional. En esa búsqueda se involucran organizaciones indígenas, agrupaciones políticas, asociaciones profesionales y académicas, así como sectores del indigenismo, a través de la teoría y la práctica de los estados en relación con las poblaciones indígenas del continente.

Hemos incluido un Memorial relativo al derecho de participación política de los pueblos indígenas, que declarara una sentencia líder dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno de Venezuela (órgano de la jurisdicción constitucional), en la cual se declaró parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad planteada por miembros y autoridades de los pueblos indígenas del Estado Amazonas. (Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jivi, Ye' Kuana, Yabarana, Sanema), organizaciones indíge-

nas, (Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Amazonas –ORPIA–; Unión Guahiba Venezolana; y Unión Maquitare del Alto Ventuari) y miembros del Vicariato Apostólico de Puerto Ayacucho, contra la “Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas”.

Además de los artículos sobre derechos de los pueblos indígenas, rendimos en este número nuestro homenaje a las cinco décadas transcurridas desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Antonio A. Cançado Trindade, ex Director Ejecutivo del IIDH y actualmente miembro del Consejo Directivo, reflexiona sobre el legado a la humanidad de este instrumento y sobre el futuro de la protección internacional de derechos humanos, en un artículo con el usual rigor académico que lo distingue.

Hace casi trece años que editamos la Revista IIDH, como se le conoce en el ámbito de académicos y lectores, y la ocasión nos resulta grata para reconocer a las instituciones que han apoyado a la publicación durante este largo período, así como a los distinguidos colaboradores de su Capítulo de Doctrina.

Asimismo, agradecemos a los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, por el envío de los contenidos específicos que en cada número acompañan a la Revista.

Juan E. Méndez
DIRECTOR EJECUTIVO DEL IIDH

DOCTRINA

O LEGADO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E O FUTURO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS¹

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

PH.D. (CAMBRIDGE); VICE-PRESIDENTE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS;
PROFESSOR TITULAR DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA E DO INSTITUTO RIO-BRANCO;
MEMBRO DOS CONSELHOS DIRETORES DO INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
(COSTA RICA) E DO INSTITUTO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (ESTRASBURGO);
ASSOCIADO DO *INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL*.

I. INTRODUÇÃO

Decorridas cinco décadas desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é inegável que a proteção dos direitos humanos ocupa hoje uma posição central na agenda internacional da passagem do século. Ao longo das cinco últimas décadas, apesar das divisões ideológicas do mundo, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos encontraram expressão na Declaração Universal de 1948, daí projetando-se a numerosos e sucessivos tratados e instrumentos de proteção, nos planos global e regional, e a Constituições e legislações nacionais, e se reafirmaram em duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993). Para todos os que atuamos no campo da proteção internacional dos direitos humanos, 1998 é, pois, um ano particularmente significativo: marca o cinquentenário das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos, assim como da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Marca o cinquentenário de um movimento universal irreversível de resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional.

1. Texto da conferência proferida pelo Autor na sessão de abertura do *Encontro Preparatório do Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem*, realizado no Congresso Nacional (Auditório Nereu Ramos) em Brasília, no dia 03 de dezembro de 1997, sob o patrocínio da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.

No momento em que a comunidade internacional começa a mobilizar-se para as justas comemorações deste cinquentenário,² é alentador verificar que nosso país se alia prontamente a estas iniciativas. Há cerca de trinta anos publicávamos nossa primeira monografia sobre o tema,³ que desde então se incorporou inelutavelmente ao cotidiano de nossa vida. É, pois, com grande satisfação que comparecemos ao Congresso Nacional de nosso país, para, na abertura deste *Encontro Preparatório do Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem* (Brasília, 03 de dezembro de 1997), prestarmos nosso testemunho do que entendemos constituir o legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de como vislumbramos o futuro da proteção internacional dos direitos humanos neste final de século.

Em nosso estudo, examinaremos, de início, o processo preparatório, a adoção e a significação da Declaração Universal de 1948, sua projeção no Direito Internacional e no direito interno dos Estados, assim como nas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos. A seguir, concentrar-nos-emos no amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos. Não há como negar que, a par dos avanços logrados neste domínio ao longo das cinco últimas décadas, surgem, não obstante, novos obstáculos e desafios, materializados sobretudo na marginalização e exclusão sociais de segmentos crescentes da população, na diversificação de fontes de violações de direitos humanos e na impunidade de seus perpetradores. Impõe-se, assim, um entendimento mais claro do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que vinculam não só os governos mas os próprios *Estados* (todos seus poderes, órgãos e agentes), e se aplicam em todas as circunstâncias (inclusive nos estados de emergência).

Buscaremos, enfim, identificar, à luz do legado da Declaração Universal de 1948, os rumos da proteção internacional dos direitos humanos neste limiar do novo século. Impõem-se, como veremos, tanto a adoção e o aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação dos instrumentos internacionais de proteção, como a adoção de mecanismos internacionais de prevenção e seguimento (monitoramento contínuo). É nosso entendimento, subjacente a todo este estudo, que, no longo caminho que resta a percorrer, somente à luz de uma visão necessariamente *integral* de todos os direitos humanos lograremos continuar a avançar com eficácia na obra de construção de uma cultura universal de observância dos direitos inerentes ao ser humano. Passemos, pois, ao exame dos primeiros cinquenta anos desta grande obra.

-
2. Cf. U.N. High Commissioner for Human Rights, *1998 - 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, Geneva, 19.06.1997, pp. 1-26.
 3. A.A. Cançado Trindade, *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1969, pp. 1-55.

II.

PROCESSO PREPARATÓRIO, ADOÇÃO E SIGNIFICAÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948

O processo de generalização da proteção do direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional.⁴ Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial. Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (e.g., proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal.

Subjacentes aos esforços e iniciativas desencadeados a partir da elaboração e adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos estavam as premissas básicas de que os direitos proclamados eram claramente concebidos como inerentes à pessoa humana, a todos os seres humanos (e portanto anteriores a toda e qualquer forma de organização política ou social), e de que a ação de proteção de tais direitos não se esgotava – não poderia se esgotar – na ação do Estado. Precisamente quando as vias internas ou nacionais se mostrassem incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos é que se haveria de acionar os instrumentos internacionais de proteção.

O ponto de partida para o exame da evolução da matéria nas cinco últimas décadas reside nos trabalhos preparatórios e adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resultou esta última de uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da primeira sessão regular da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em fevereiro de 1947. Naquele momento já se dispunha de propostas a respeito, enviadas à Assembléia Geral das Nações Unidas no trimestre de outubro a dezembro de 1946.

Para um instrumento internacional que passaria a assumir importância transcendental, como universalmente reconhecido em nossos dias, os *travaux préparatoires* da Declaração Universal de 1948 desenvolveram-se em um período de tempo relativamente curto, em um dos poucos lampejos de lucidez no decorrer deste século. Ao labor da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e de seu Grupo de Trabalho (maio

4. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 17-58, e fontes ali citadas.

de 1947 a junho de 1948), – com as consultas paralelas realizadas pela UNESCO em 1947,⁵ – seguiram-se os debates da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas (setembro de 1948).⁶ O texto daí resultante e aprovado foi enfim adotado na forma da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: dos então 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum contra, 8 se abstiveram e 2 encontravam-se ausentes na ocasião.

O projeto original de uma Declaração internacional sobre a matéria evoluíra rumo a um projeto de Declaração *Universal*; a busca da universalidade – com base na própria diversidade cultural – depreendia-se com clareza, e.g., das referidas consultas realizadas pela UNESCO (1947) como contribuição ao processo preparatório. O plano geral era de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, do qual a Declaração seria apenas a primeira parte, a ser complementada por uma Convenção ou Convenções – posteriormente denominadas Pactos – e medidas de implementação. Estas últimas não constavam, pois, da Declaração Universal,⁷ que, no entanto, significativamente incluiu tanto os direitos civis e políticos (artigos 2-21) quanto os direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 22-28).

Cabe recordar que a Declaração Universal, de dezembro de 1948, foi precedida em meses pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de abril de 1948). Uma e outra proclamaram, a par dos direitos consagrados, os deveres correspondentes. Embora não tão ordenada como a Declaração Universal, a Declaração Americana permite um paralelo com aquela.⁸ Uma significativa contribuição da Declaração

5. Cf. [UNESCO.] *Los Derechos del Hombre - Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*, *op. cit. supra* n. (4), pp. 35-37.

6. Para um exame do processo preparatório, cf. René Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1-14; René Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1951) pp. 183-279; John Humphrey, "The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character", *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 21-37; John Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Dobbs Ferry/N.Y., Transnational Publ., 1984; Albert Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain/Paris, Éd. Nauwelaerts, [1963], pp. 1ss.; Charles de Visscher, "Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international", 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) pp. 1-13.

7. Propostas relativas a um direito de petição internacional, e a direitos de minorias, terminaram por não ser incluídas na Declaração Universal; a concepção de medidas de implementação foi deixada aos anos vindouros.

8. Para um paralelo entre as duas Declarações de 1948, cf. A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de

Americana à Universal consistiu na formulação original -de origem latino-americana - do direito a um recurso eficaz ante os tribunais nacionais, transplantada da primeira (artigo XVIII) à segunda (artigo 8).⁹ Com efeito, a inserção daquela garantia na Declaração Americana ocorreu quando, paralelamente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e seu Grupo de Trabalho ainda preparavam o Projeto de Declaração Universal; sua inserção foi confirmada nos debates subseqüentes (de 1948) da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas.¹⁰ Tal disposição _epresenta, como amplamente reconhecido na atualidade, um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática.

Em perspectiva histórica, é altamente significativo que a Declaração Universal de 1948 tenha propugnado uma concepção necessariamente *integral* ou holística de todos os direitos humanos.

Transcendendo as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, situou assim no mesmo plano todas as “categorias” de direitos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Este enfoque seria retomado duas décadas depois, na I Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968), e nele se insistiria mais recentemente na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993). Os direitos proclamados compreenderam os de caráter pessoal, os atinentes às relações do indivíduo com grupos e o mundo exterior, as liberdades públicas e os direitos políticos, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais.¹¹

1948 con Ocasión de su Cuadragésimo Aniversario”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1989) n. especial, pp. 121-129; H. Gros Espiell, “La Declaración Americana: Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano”, *in ibid.*, pp. 41-64.

9. E daí às Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos (artigos 13 e 25, respectivamente), assim como ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (artigo 2(3)); sob a Convenção Européia, em particular, tem aquela disposição gerado uma vasta jurisprudência, além de denso debate doutrinal. - Embora, à época da adoção das Declarações Americana e Universal de 1948, se tratasse de uma inovação no plano internacional, em muito fortaleceu a proposta latino-americana o fato de que o direito em questão já se encontrava reconhecido na maior parte das legislações nacionais latino-americanas (na forma do recurso de *amparo*), de modo a submeter os abusos do poder público ao controle do Poder Judiciário. O que se logrou em 1948, quando da adoção das Declarações Americana e Universal, foi, pois, transplantar o reconhecimento deste direito igualmente ao plano internacional. Cf. A. Verdoodt, *op. cit. infra* n. (10), pp. 116 e 118.
10. Cf. René Cassin, “Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948”, 15 *Revue de droit contemporain* (1968) n. 1, p. 10; e cf. também Albert Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme*, Louvain/Paris, Éd. Nauwelaerts, [1963], pp. 116-119.
11. Sobre o conteúdo da Declaração Universal, cf., e.g., René Cassin, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, 79 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* - Haia (1951) pp. 183-279; René Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l’Homme de 1948*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958; Karel Vasak, “Le droit international des droits de l’homme”,

III.

PROJEÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO INTERNO

A experiência internacional em matéria de proteção dos direitos humanos tem revelado, em diferentes momentos históricos, o consenso quanto à universalidade dos direitos humanos, mais além das diferenças quando a concepções doutrinárias e ideológicas e particularidades culturais. Foi, assim, possível, alcançar uma Declaração Universal no mundo profundamente dividido do pós-guerra; foi igualmente possível, em plena guerra-fria, adotar os dois Pactos de Direitos Humanos em votação à qual concorreram países tanto ocidentais quanto socialistas, com regimes sócio-econômicos antagônicos,¹² sem falar no chamado terceiro mundo. Em meio a tantos antagonismos da época, foi possível afirmar a indivisibilidade de todos os direitos humanos.

A universalidade dos direitos humanos, proclamada pela Declaração de 1948, veio a ecoar nas duas Conferências Mundiais sobre a matéria (Teerã, 1968, e Viena 1993). Os países emancipados no processo da descolonização prontamente estenderam sua contribuição à evolução da proteção dos direitos humanos, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, racismo e discriminação racial. O enfrentamento de tais problemas propiciou uma maior aproximação entre as diferentes concepções dos direitos humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações dos instrumentos globais e na busca de maior eficácia dos mecanismos e procedimentos de proteção, assim como na adoção de novos tratados de proteção nos planos global e regional, tidos como essencialmente complementares,¹³ e atendendo a novas necessidades de proteção do ser humano.

O tempo relativamente curto com que se elaborou e adotou a Declaração Universal (*supra*) veio a contrastar com os prolongados trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, que,

140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1974) pp. 343-413. Cf. também: E.G. da Mata-Machado, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1954, pp. 53-70; G.B. Mello Boson, *Internacionalização dos Direitos do Homem*, São Paulo, Sug. Literárias, 1972, pp. 29-43; C.A. Dunshee de Abranches, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo, Livr. Freitas Bastos, 1964, pp. 96-110; W. Ganshof van der Meersch, "Quarantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", 107 *Journal des Tribunaux* - Bruxelles (1988) n. 5485, pp. 697-699.

12. H. Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, vol. I, San José/Caracas, IIDH/Ed. Jur. Venezolana, 1985, pp. 299-300, 310 e 313.

13. Cf. A. A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1987) pp. 21-435.

juntamente com a Declaração Universal, conformariam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Nos prolongados *travaux préparatoires* dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) fêz-se constantemente presente a consideração cuidadosa das medidas de implementação. Podem-se, com efeito, destacar quatro fases naqueles trabalhos, que se estenderam de 1947 a 1966: na primeira, de 1947 a 1950, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas trabalhou praticamente só, sem assistência direta do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) ou da Assembléia Geral das Nações Unidas. De 1950 a 1954 os três órgãos atuaram conjuntamente, dividindo-se o período em 1951 com a importante decisão de ter dois Pactos ao invés de um.¹⁴ O quarto e último período estendeu-se de 1954, data da conclusão pela Comissão de Direitos Humanos do projeto dos dois Pactos, até 1966, data de sua adoção (em que os trabalhos foram desenvolvidos pela própria Assembléia Geral e sua III Comissão).

A idéia inicial (debates de 1950 da Comissão de Direitos Humanos) era incluir em um único Pacto os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dotados – para sua implementação – dos sistemas de *relatórios* e *petições* (este último em Protocolo separado). Diferenças quanto aos métodos de implementação de “distintas categorias” de direitos levaram à opção do projeto de dois Pactos distintos, como uma solução de conciliação (apregoadada por René Cassin) entre a tese de um Pacto único e a de Pactos sucessivos,¹⁵ reservado o sistema de petições ou reclamações apenas aos direitos civis e políticos (e incorporado em um Protocolo Facultativo).¹⁶

14. O argumento que serviu de base a esta decisão (e que anos depois seria questionado no âmbito não só da própria ONU como também dos sistemas regionais de proteção) era o de que, enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação “imediate”, requerendo obrigações de *abstenção* por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas *progressiva*, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado. - Para um estudo crítico, relativo à superação desta dicotomia, cf. A.A. Cançado Trindade, “A Questão da Implementação Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, 71 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1990) pp. 7-55, esp. pp. 9-10 e 16-21; A.A. Cançado Trindade, “La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles”, 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13-41; A.A. Cançado Trindade, “Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, in *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional - Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington P. Albino de Souza* (coord. R.A.L. Camargo), Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1995, pp. 9-38.

15. René Cassin, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, 79 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* - Haia (1951) pp. 297-305, e cf. 241-362; René Cassin, “Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948”, 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1-14.

16. Para um estudo detalhado dos debates sobre as medidas de implementação dos dois Pactos, cf. A. A. Cançado Trindade, “A Implementação Internacional dos Direitos

A contribuição da Comissão de Direitos Humanos não deve passar despercebida: apesar das diferenças (tanto em seu seio como no do ECOSOC e da Assembléia Geral) decorrentes dos conflitos ideológicos próprios do período da guerra fria e também marcados pelo processo incipiente de descolonização, conseguiu estabelecer as bases dos dois Pactos de Direitos Humanos,¹⁷ a serem retomadas e elaboradas -de 1954 a 1966 - pela Assembléia Geral e sua III Comissão. Em 16 de dezembro de 1966 a Assembléia Geral adotou e abriu à assinatura, ratificação e adesão o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (por 105 votos a zero), o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos (por 106 votos a zero) e o Protocolo Facultativo desse último (por 66 votos a 2, com 38 abstenções).¹⁸ Com a adoção desses tratados gerais, somados à Declaração Universal de 1948, estava enfim completada a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Ao longo dos anos passariam a coexistir inúmeros instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis (baseados em tratados e resoluções), de diferentes âmbitos de aplicação (nos planos global e regional), distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários (tratados ou instrumentos gerais, e setoriais), e quanto a seu exercício de funções e a seus mecanismos de controle e supervisão (essencialmente, os métodos de *petições ou denúncias*, de *relatórios*, e de *investigações*). Formou-se, assim, gradualmente, um complexo *corpus juris*, em que, no entanto, a unidade conceitual dos direitos humanos veio a transcender tais diferenças, inclusive quanto às distintas formulações de direitos nos diversos instrumentos.

A multiplicidade desses instrumentos, adotados ao longo dos anos como *respostas* às necessidades de proteção, e dotados de base convencional ou extra-convencional, afigurou-se antes como um reflexo do modo com que se desenvolveu o processo histórico da *generalização* da proteção internacional dos direitos da pessoa humana, no cenário de uma sociedade internacional descentralizada em que deviam operar. Ante a fragmentação histórica do *jus gentium* no *jus inter gentes* contemporâneo,¹⁹ as consequências de uma centralização ou hierarquização dos instrumentos de proteção não puderam, como ocorre ainda hoje, ser previstas, antecipadas ou propriamente avaliadas. Não obstante, a

Humanos ao Final da Década de Setenta", 22 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (1979) pp. 341-248.

17. J.-B. Marie, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, Paris, Pédone, 1975, p. 168.

18. A.G., resolução 2200 A (XXI), *in* U.N. doc. A/6546, p. 67.

19. Cf. Clive Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law". 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International - Haia* (1956) pp. 657-723.

propósito dos tratados ou convenções em questão. A interação dos instrumentos de proteção estendeu-se também ao plano hermenêutico, dada sua identidade básica de propósito.²³

Este fenômeno veio a revelar a *complementaridade* dos instrumentos globais e regionais de proteção, reforçando-se mutuamente, e acarretando a extensão ou ampliação da proteção devida às supostas vítimas. Descartou-se, desse modo, qualquer pretensão antagonismo entre soluções nos planos global e regional,²⁴ fazendo-se uso do Direito Internacional, no presente domínio, para ampliar, aprimorar e fortalecer a proteção dos direitos reconhecidos.²⁵ A complementaridade dos instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional veio a refletir em última análise a especificidade e a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

As indicações nesse sentido são inequívocas. Os instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional têm encontrado uma fonte comum

23. Cf. A.A. Cançado Trindade, "A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas", 90 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* (1986) pp. 233-288.

24. Para um exame dos sistemas regionais no âmbito da universalidade dos direitos humanos, cf., e.g.: A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*, cit. supra n. (4), vol. 2 (no prelo); Karel Vasak (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1978; Karel Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, vols. 1-2, Westport, Conn./Paris, Greenwood/UNESCO, 1982; W. Benedek e W. HEINZ (eds.), *Regional Systems of Human Rights Protection in Africa, America and Europe* (Proceedings of the 1992 Strasbourg Conference), Brussels, Friedrich-Naumann-Stiftung, 1991, pp. 5-150 (vol. 1) and pp. 1-100 (vol. 2); Roger Pinto, "Régionalisme et universalisme dans la protection des droits de l'homme", *International Protection of Human Rights* (Proceedings of the VII Nobel Symposium, Oslo, September 1967 - eds. A. Eide e A. Schou), Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 177-192; A.A. Cançado Trindade (*rapporteur*), *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe* (Documento de Apoyo a la Reunión Regional de América Latina y el Caribe Preparatoria de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas), San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 9-67; A.A. Cançado Trindade, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas", *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (ed. D. Bardonnet e A.A. Cançado Trindade), San José de Costa Rica/La Haye, Académie de Droit International de La Haye/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 47-95; G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-Provence/Paris, Pr. Univ. d'Aix-Marseille/Economica, 1989; A.A. Cançado Trindade, "Analysis of the Legal Implications for States that Intend to Ratify both the European Convention on Human Rights and Its Protocols and the Convention on Human Rights of the Commonwealth of Independent States (CIS)" [prepared for the Secretary General of the Council of Europe], 17 *Human Rights Law Journal* (1996) pp. 164-180; F. Ouguergouz, *La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Paris, PUF, 1993; E.G. Bello, "Human Rights, African Developments", *Encyclopedia of Public International Law* [of the Max Planck Institute], vol. 8, Amsterdam, North-Holland, 1985, pp. 284-292.

25. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 1-59.

de inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, à qual se referem expressamente em seus preâmbulos. Em nada surpreende encontrar a liberdade de escolha (pelo indivíduo reclamante) do procedimento internacional – consagrada nos próprios instrumentos internacionais, – a ser acionado seja no plano global ou regional,²⁶ – o que pode reduzir ou minimizar a possibilidade de conflito em nível internacional. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a mostrar-se, assim, essencialmente *complementares* uns aos outros, nos planos global e regional. O foco de atenção voltou-se, da ênfase tradicional na delimitação clássica de competências, à garantia de uma proteção cada vez mais eficaz dos direitos humanos. E não poderia ser de outra forma, em um domínio de proteção em que primam interesses comuns superiores, considerações de *ordre public* e a noção de garantia coletiva.

A operação, nesse sentido, de múltiplos instrumentos de proteção, fez com que se cristalizasse em definitivo o ideal comum de todos os povos (a “meta a alcançar”, o “*standard of achievement*”), consubstanciado na Carta Internacional dos Direitos Humanos (a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966) complementada ao longo dos anos por dezenas de outros tratados “setoriais” de proteção e de convenções regionais, e consagrado ademais nas Constituições nacionais de numerosos países. Reconhecido como um ideal comum este conjunto de valores e preceitos básicos, consubstanciado em um conjunto de normas jurídicas, o próximo passo consistiu na consagração de um núcleo básico de direitos inderrogáveis, presentes nos distintos tratados de direitos humanos, de reconhecimento universal.²⁷

Passou a manifestar-se um consenso da virtual totalidade dos Estados do mundo no sentido de fazer figurar, dentre as violações mais graves dos direitos humanos, o genocídio, o *apartheid* e a discriminação racial, a prática de tortura e a de desaparecimentos forçadas de pessoas, – o que implicava um acordo de princípio quanto a certos direitos básicos e inderrogáveis, a serem gradualmente ampliados.²⁸ Passou-se a associar a proibição absoluta de tais violações graves dos direitos humanos com a emergência e consolidação do *jus cogens* no Direito Internacional

26. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*, op. cit. supra n. (4), pp. 434-436, e disposições de tratados de direitos humanos ali citadas.

27. Cf. *ibid.*, pp. 41-43.

28. Antonio Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, pp. 77-78, e cf. pp. 227-228 e 231; outra área de convergência, consignada na Ata Final de Helsinqui de 1975, se deu em relação à própria interação entre os direitos humanos e a paz, a requerer uma aceitação mais ampla e generalizada dos métodos de supervisão internacional. Tal aceitação passou a vislumbrar-se, paralelamente aos mecanismos de direitos humanos, e.g., no documento final da Conferência de Segurança e Cooperação Européias (Viena, 1989) - a chamada “dimensão humana” da CSCE.

contemporâneo.²⁹ Tratava-se de claras indicações de um novo *ethos*, da fixação de parâmetros de conduta em torno de valores básicos universais, a ser observados e seguidos por todos os Estados e povos, tendo presente a nova dimensão dos direitos humanos, a permear todas as áreas da atividade humana.

Referências à Declaração Universal de 1948 passaram a figurar na jurisprudência dos tribunais internacionais, inclusive da Corte Internacional de Justiça.³⁰ Juntamente com as disposições sobre direitos humanos da Carta das Nações Unidas e de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção, a Declaração de 1948 veio a servir de base à ação internacional na salvaguarda dos direitos humanos. Os tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos vieram a mostrar-se dotados, no plano substantivo, de fundamentos e princípios básicos próprios, assim como de um conjunto de normas a requererem uma interpretação e aplicação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. E, no plano operacional, passaram a contar com uma série de mecanismos próprios de supervisão. Este *corpus juris* em expansão veio enfim a configurar-se, ao final de cinco décadas, como uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea, dotada de autonomia, o *Direito Internacional dos Direitos Humanos*.³¹

Ademais, a Declaração Universal também se projetou no direito interno dos Estados. Suas normas encontraram expressão nas Constituições nacionais de numerosos Estados, e serviram de modelo a disposições das legislações nacionais visando a proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal passou a ser invocada ante os tribunais nacionais de numerosos países de modo a interpretar o direito convencional ou interno atinente aos direitos humanos e a obter decisões.³² A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno. Os direitos humanos fazem abstração da compartimen-

29. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 13-15 e 38-40, e fontes ali citadas.

30. A.A. Cançado Trindade. "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles", *Droits intangibles et états d'exception* (ed. D. P_émont), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 53-89.

31. A.A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional*, *op. cit. supra* n. (4), pp. 7-447.

32. Hurst Hannum (*rapporteur*). "Final Report on the Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", *International Law Association's Report of the LXVI Conference held at Buenos Aires*, Argentina, 1994, pp. 525-551. Para exemplos da jurisprudência dos tribunais nacionais contendo referências à Declaração Universal de 1948, cf. Hurst Hannum. "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1995-1996) pp. 295-310.

talização tradicional entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno; no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno encontram-se em constante *interação*, em benefício de todos os seres humanos.

Longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o Direito Internacional e o direito interno passaram efetivamente a interagir, por força das disposições de tratados de direitos humanos atribuindo expressamente funções de proteção aos órgãos do Estado, assim como da abertura do Direito Constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionalmente consagrados.

Descartou-se, assim, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção. Desvencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas.³³

É reconhecido o impacto da Declaração Universal nas Constituições, legislações e jurisprudências nacionais, assim como em tratados ou convenções e outras resoluções subseqüentes das Nações Unidas. Tal impacto se tornou ainda mais considerável e notório em razão do lapso de tempo prolongado – dezoito anos – entre a adoção da Declaração e a dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) em 1966, – o que levou à formação do entendimento de que alguns dos princípios da Declaração Universal se impõem como parte do direito internacional consuetudinário.³⁴ Hoje, decorridos cinquenta anos desde sua adoção, a Declaração Universal retém sua importância aos esforços correntes para tornar os direitos humanos a linguagem comum da humanidade.

No decorrer de cinco décadas de extraordinária projeção histórica, a Declaração Universal adquiriu uma autoridade que seus redatores jamais teriam imaginado ou antecipado. Isto ocorreu não em razão das pessoas que participaram de sua elaboração, ou da forma que lhe foi dada, ou das circunstâncias de sua adoção: isto ocorreu porque gerações sucessivas de seres humanos, de culturas distintas e em todo o mundo, nela reconheceram a “meta comum a alcançar” (“common standard of achievement”, tal como originalmente proclamada) que correspondia a suas mais profundas e legítimas aspirações. A comunidade internacional como um todo deu-lhe a dimensão que hoje tem.³⁵ Já uma década depois

33. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*, op. cit. supra n. (4), pp. 434-436.

34. Cf., em geral, A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*, op. cit. supra n. (4), pp. 1-59.

35. Na eloqüente descrição de Egon Schwelb, o que ocorreu em relação à Declaração Universal “has been the operation of a fundamental law of physics: nature abhors a

de sua adoção, esta evolução levou um de seus redatores a exclamar, um tanto surpreso, que “algo mudou no mundo depois de proclamada a Declaração Universal”.⁴⁶

IV.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E AS DUAS CONFERÊNCIAS MUNDIAIS DE DIREITOS HUMANOS

No transcurso do ano do vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, realizou-se a I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas (Teerã, 22 de abril a 13 de maio de 1968), que adotou a célebre Proclamação de Teerã, -uma avaliação das duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas, - além de 29 resoluções sobre questões diversas.⁴⁷ Reconhece-se hoje que a grande contribuição daquela Conferência Mundial tenha consistido no tratamento e reavaliação *globais* da matéria,⁴⁸ o que propiciou o reconhecimento e asserção, endossados por resoluções subseqüentes da Assembléia Geral das Nações Unidas, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos.⁴⁹ Tal tratamento resgatou um dos fundamentos da própria Declaração Universal de 1948.

vacuum. () The Declaration has, temporarily at least, filled the void”. Egon Schwelb, *Human Rights and the International Community - The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948-1963*, Chicago, Quadrangle Books, 1964, p. 37.

36. René Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958, p. 13.
37. O *Ato Final* da Conferência de Teerã reproduziu, ademais, em seus Anexos, alguns dos discursos proferidos na Conferência, mensagens especiais a ela enviadas, e as declarações dos *rapporteurs* de suas Comissões I e II. Cf. United Nations, *Final Act of the International Conference on Human Rights* (Teheran, 22 April to 13 May 1968), New York, U.N., 1968, doc. A/CONF.32/41, pp. 1-61. Dentre as resoluções adotadas, algumas merecem destaque especial por sua transcendência, a saber, as resoluções XXII (sobre a ratificação ou adesão universal pelos Estados aos instrumentos internacionais de direitos humanos); VIII (sobre a realização universal do direito a autodeterminação dos povos); XVII (sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos); XXI (sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais); III, IV, VI e VII (sobre a eliminação do *apartheid* e de todas as formas de discriminação racial); IX (sobre os direitos da mulher); X (sobre regras-modelo de procedimento para órgãos de supervisão de violações de direitos humanos); XX (sobre educação em matéria de direitos humanos); e XXIII (sobre os direitos humanos em conflitos armados). Cf. *ibid.*, pp. 6-18.
38. Cf., *inter alia*, Th. C. van Boven, “United Nations Policies and Strategies: Global Perspectives?”, *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 88-91.
39. Algumas resoluções adotadas pela Conferência de Teerã (e.g., as resoluções XXI, sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; XXII, sobre a adesão universal aos instrumentos internacionais de direitos humanos; IX, sobre os direitos da mulher; XII,

A par das resoluções adotadas pela Conferência de Teerã, foi, no entanto, a Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada pelo plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968, a que melhor expressão deu a esta nova visão da matéria, constituindo-se em um relevante marco na evolução doutrinária da proteção internacional dos direitos humanos. A referida Proclamação de Teerã, ao voltar-se a todos os pontos debatidos na Conferência e consignados nas resoluções adotadas, advertiu, por exemplo, para as “denegações maciças dos direitos humanos”, que colocavam em risco os “fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo”, assim como para a “brecha crescente” entre os países economicamente desenvolvidos e os países em desenvolvimento, que impedia a realização dos direitos humanos na “comunidade internacional”.⁴⁰

Ponderou a Proclamação de Teerã que, muito embora as descobertas científicas e os avanços tecnológicos recentes tivessem aberto amplas perspectivas de progresso econômico, social e cultural, tais desenvolvimentos podiam no entanto por em risco os direitos e liberdades dos seres humanos, requerendo assim atenção contínua (parágrafo 18). Mais do que qualquer outra passagem da Proclamação de Teerã, foi o seu parágrafo 13 o que melhor resumiu a nova visão da temática dos direitos humanos, ao dispor: – “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível”.⁴¹

Esta asserção de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos, – propugnada pela Declaração Universal de 1948 mas minimizada no transcorrer dos trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos, – constitui a nosso ver a grande contribuição da I Conferência Mundial de Direitos Humanos para os desenvolvimentos

sobre o analfabetismo; XVII, sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos; e XX, sobre educação em matéria de direitos humanos) (cf. *ibid.*, pp. 10, 12, 14 e 16-17) referem-se à promoção da observância e gozo universais dos direitos humanos, tomam os direitos civis e políticos e econômicos e sociais e culturais em seu conjunto, e avançam assim um enfoque essencialmente globalista da matéria.

40. Parágrafos 11 e 12 da Proclamação de Teerã de 1968. A referida Proclamação propugnou pela garantia, pelas leis de todos os países, a cada ser humano, da “liberdade de expressão, de informação, de consciência e de religião”, assim como do “direito de participar na vida política, econômica, cultural e social de seu país” (parágrafo 5). Propugnou, ademais, pela implementação do princípio básico da não-discriminação, consagrado na Declaração Universal e em tantos outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como uma “tarefa da maior urgência da humanidade, nos planos internacional assim como nacional” (parágrafo 8). Referiu-se, também, ao “desarmamento geral e completo” como “uma das maiores aspirações de todos os povos” (parágrafo 19), e não descuidou de lembrar as aspirações das novas gerações por “um mundo melhor”, no qual se implementem plenamente os direitos humanos (parágrafo 17)

41. Texto *in ibid.*, pp. 3-5.

subseqüentes da matéria. A partir de então, estava o campo efetivamente aberto para a consagração da tese da interrelação ou indivisibilidade dos direitos humanos, retomada pela célebre resolução 32/130 de 1977 da Assembléia Geral das Nações Unidas e endossada pelas subsequentes resoluções 39/145, de 1984, e 41/117, de 1986, da mesma Assembléia Geral, – tese esta que desfruta hoje de aceitação virtualmente universal.

Assim como a Proclamação de Teerã contribuiu sobretudo com a visão global da indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos, a Declaração e Programa de Ação de Viena adotada pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas em 25 de junho de 1993⁴² poderá também contribuir ao mesmo propósito se sua aplicação se concentrar em nossos dias nos meios de assegurar tal indivisibilidade *na prática*, com atenção especial às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção. O “espírito de nossa época”, a que se referiu o preâmbulo da Declaração e Programa de Ação de Viena, se caracteriza sobretudo pela busca de soluções globais a problemas que afetam a todos os seres humanos, pela aspiração comum a valores superiores.⁴³

Assim como a I Conferência Mundial, de Teerã, contribuiu para clarificar as bases para desenvolvimentos subseqüentes de operação dos mecanismos de proteção, a II Conferência Mundial, de Viena, buscou dar um passo adiante ao concentrar os esforços, por um lado, no fomento da criação da necessária infraestrutura nacional, no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos; e, por outro, na mobilização de *todos* os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos assim como no incremento de maior complementaridade entre os mecanismos globais e regionais de proteção. As implicações para as Nações Unidas eram claras, a começar pela incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as suas atividades e programas,⁴⁴ em decorrência da constatação de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana.

42. Cf. texto oficial in United Nations, *World Conference on Human Rights - The Vienna Declaration and Programme of Action, June 1993*, N.Y., U.N., 1993, pp. 25-71.

43. Para um relato da elaboração da Declaração e Programa de Ação de Viena, cf. A.A. Cançado Trindade, “Balanço dos Resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993”, 36 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1993) pp. 9-27.

44. Abarcavam estes, por exemplo, o âmbito político-estratégico (a exemplo das operações contemporâneas de manutenção e construção da paz, a partir da *Agenda para a Paz* do então Secretário-Geral B. Boutros-Ghali). Também se estendiam à esfera econômica e financeira (e.g., os programas e projetos de desenvolvimento e as operações dos organismos financeiros internacionais das Nações Unidas, Banco Mundial e FMI). Em qualquer destas áreas, já não mais se podia fazer abstração da dimensão dos direitos humanos.

Já não mais se podia, tampouco, professar o universalismo no plano tão somente conceitual ou normativo e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Já não mais podia haver dúvida de que os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no cotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes*. Foi esta uma das grandes lições que se pôde extrair da Conferência Mundial de Viena.⁴⁵

No tocante aos Estados, o principal documento resultante da Conferência de Viena de 1993 cuidou de a eles determinar o provimento de recursos internos capazes de reparar violações de direitos humanos, assim como o fortalecimento de sua estrutura de administração da justiça à luz dos padrões consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos. É significativo que a Declaração e Programa de Ação de Viena tivesse ademais reclamado um maior fortalecimento na interrelação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo.

Ademais, endossou com firmeza os termos da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, contribuindo, assim, decisivamente, para dissipar dúvidas porventura persistentes a respeito, e inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁴⁶ Passando do geral ao particular, a Declaração e Programa de Ação de Viena dirigiu-se aos direitos humanos de pessoas em determinada condição ou situação.⁴⁷ É também significativo que suas seções sobre os direitos humanos da mulher e da criança tivessem sido adotadas sem dificuldades.

A parte operativa II, a mais pormenorizada do principal documento da Conferência de Viena, correspondente ao Programa de Ação, dedicou-se à necessidade de maior coordenação e racionalização no trabalho dos órgãos de supervisão internacionais dos instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas; ao aperfeiçoamento do sistema de relatórios; ao maior uso do sistema de petições ou denúncias sob tratados de direitos humanos; ao fortalecimento do sistema de seus relatores especiais e grupos de trabalho; ao uso de indicadores adequados para

45. A.A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional, op. cit. supra* n. (4), pp. 185-193.

46. A Declaração de Viena urgiu a comunidade internacional a que enviasse esforços para aliviar o fardo da dívida externa dos países em desenvolvimento, de modo a contribuir à realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais de sua população.

47. Refugiados e deslocados internos, vítimas de conflitos armados, trabalhadores migrantes, povos indígenas, portadores de deficiências, pessoas pertencentes a minorias ou a setores vulneráveis em geral.

medir o grau de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; e ao desenvolvimento de mecanismos de prevenção e de seguimento (em relação aos sistemas de petições e de relatórios). Por meio de tais mecanismos se haveria de fortalecer os instrumentos existentes de proteção, de modo a assegurar um *monitoramento contínuo* dos direitos humanos em todo o mundo (cf. *infra*).

Previu o Programa de Ação, enfim, o estabelecimento de um Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (o que se concretizou poucos meses depois), e insistiu no objetivo da “ratificação universal” – e sem reservas – dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas. A Declaração e Programa de Ação de Viena não descuidou de recomendar a adoção e ampliação da educação – formal e não-formal – em direitos humanos *lato sensu* em todos os níveis, de modo a despertar a consciência e fortalecer o compromisso universal com a causa dos direitos humanos.

A Conferência Mundial de Viena afirmou, com efeito, de modo inequívoco, a legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos por todos e em toda parte.⁴⁸ Na rota de Teerã a Viena, tendo presente o legado da Declaração Universal de 1948, foi este sem dúvida um passo adiante, que haverá de contribuir em muito para a conscientização das amplas dimensões temporal (inclusive preventiva) e espacial (global) da proteção dos direitos humanos.

Muito significativamente, a universalidade dos direitos humanos resultou fortalecida da I Conferência Mundial de 1968 sobre a matéria, sendo, 25 anos depois, reafirmada na II Conferência Mundial. Há, ademais, que ter presente que, já em 1948, a Declaração Universal, além de proclamar direitos, conclamou à transformação da ordem social e internacional de modo a assegurar o gozo dos direitos proclamados na prática.⁴⁹ Na projeção histórica do legado da Declaração Universal, as duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos, – a de Teerã (1968) e a de Viena (1993), – na verdade, fazem parte de um processo prolongado de

48. Para uma análise pormenorizada da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, cf. A.A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional, op. cit. supra* n. (4), especialmente pp. 185-193. Para seu exame sob o prisma diplomático, cf. J.A. Lindgren Alves. *Os Direitos Humanos como Tema Global*, São Paulo, FUNAG/Ed. Perspectiva, 1994. pp. 1-148; G. Vergne Saboia. “Um Improvável Consenso: a Conferência Mundial de Direitos Humanos e o Brasil”, 2 *Política Externa* - São Paulo (1993) pp. 3-18. - Cf. também o número especial da Revista *Arquivos do Ministério da Justiça* (Brasília, vol. 46, n. 182, de 1993, pp. 5-164), organizado por A.A. Cançado Trindade, dedicado à II Conferência Mundial de Direitos Humanos (contendo textos de M. Corrêa, A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet, J. Ruiz de Santiago, J.A. Lindgren Alves, C.D. de Albuquerque Mello, C. Barros Leal, e A.A. Ribeiro Costa).

49. Asbjorn Eide *et alii* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights - A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, p. 5.

construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos.

V. O AMPLO ALCANCE DAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A despeito dos sensíveis avanços logrados no presente domínio de proteção nos últimos anos, ainda resta um longo caminho a percorrer. Na maioria dos países que têm ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente lamentavelmente ainda não parece haver se formado uma consciência da natureza e amplo alcance das obrigações convencionais contraídas em matéria de proteção dos direitos humanos. Urge que um claro entendimento destas últimas se difunda, a começar pelas autoridades públicas.

Assim, ao ratificarem os tratados de direitos humanos os Estados Partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também *obrigações gerais* da maior importância, consignadas naqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e *assegurar o respeito* dos direitos protegidos – o que requer *medidas positivas* por parte dos Estados, – e outra é a *de adequar o ordenamento jurídico interno* à normativa internacional de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção, – tal como requerido pelos tratados de direitos humanos. Estas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes.⁵⁰

Como ressaltamos em obra recente, “as obrigações convencionais de proteção vinculam os *Estados Partes*, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar fiel cumprimento àquelas obrigações. A responsabilidade internacional pelas violações dos direitos humanos sobrevive aos Governos, e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade *do Estado*. Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último

50. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*, op. cit. supra n. (4), pp. 441-

com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário”.⁵¹

Diversas Constituições nacionais contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos humanos internacionalmente consagrados. A Constituição Brasileira vigente não faz exceção a esta nova e alentadora tendência do constitucionalismo hodierno. Com efeito, o artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte”.⁵²

Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter “aplicação imediata” (artigo 5(1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos

51. *Ibid.*, p. 442.

52. Esta disposição constitucional teve origem em uma proposta que apresentamos à Assembléia Nacional Constituinte (Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais), como Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987; nosso propósito era no sentido de que se assegurasse tanto a inserção da referida disposição em nossa Constituição Federal, como, paralelamente, a pronta ratificação pelo Brasil de três tratados gerais de proteção, a saber, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. Nossa proposta foi aceita e transformou-se no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988, mas foi preciso esperar até 1992 para que o Brasil se tornasse Parte naqueles três tratados de direitos humanos. Cf. nossa exposição, seguida de debates, in *Assembléia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. I, n. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, pp. 108-116; e, para um relato histórico pormenorizado, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, Brasília, Editora Universidade de Brasília (Série Prometeu/Humanidades), 1998 (no prelo).

encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.

Se houvesse uma clara compreensão em nosso país, assim como em tantos outros, do amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos, muitas dúvidas e incertezas que parecem circundar o atual debate nacional sobre a matéria já teriam sido esclarecidas e superadas. O artigo 5(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, parece ainda esquecido dos agentes do poder público, mormente do Poder Judiciário. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, – que na verdade não existem, – mas antes da falta de vontade do poder público de promover e assegurar a proteção dos mais fracos e vulneráveis. Tal vontade, a seu turno, só se manifesta com vigor no seio de sociedades nacionais imbuídas de um forte sentimento de solidariedade humana, sem o que pouco logra avançar o Direito.

Os tratados de proteção dos direitos humanos, distintamente dos demais tratados que se mostram eivados de concessões mútuas pela reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem superior, de *ordre public*. Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se não só na ação conjunta (exercício de *garantia coletiva*) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos.

Os próprios tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno, de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção; impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das “possibilidades de recurso

judicial”: prevêem a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu objeto e propósito. Em suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano. Em nada surpreende, por exemplo, nos últimos anos, a crescente jurisprudência internacional dos órgãos de supervisão internacionais voltada à intangibilidade das garantias judiciais e ao princípio da legalidade em um Estado democrático.

À luz do que precede, resulta claro que a tese da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional padece de incongruências irremediáveis e mostra-se inaplicável no tocante aos tratados de direitos humanos. A máxima *lex posteriori derogat priori* em nada afeta ou prejudica os tratados de direitos humanos vigentes; as leis nacionais hão de ser interpretadas de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção, sob pena da configuração da responsabilidade internacional do país em questão. Pode-se presumir o cumprimento das obrigações convencionais de proteção por parte do Poder Legislativo, da mesma forma que dos Poderes Executivo e Judiciário. Este o sentido da obrigação geral de adequar o direito interno à normativa internacional de proteção vigente.

Tal adequação é requerida pela própria natureza especial dos tratados de direitos humanos. De sua própria natureza jurídica resulta o primado dos direitos que consagram, ao que se agregam a necessidade e o imperativo ético de que os três poderes do Estado assegurem a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção e a compatibilidade com estas últimas das leis nacionais. Urge que se desenvolva em nosso país este novo enfoque da matéria, e que se promova uma maior aproximação entre os pensamentos internacionalista e constitucionalista, de modo a assegurar uma aplicação mais eficaz dos tratados de direitos humanos no âmbito de nosso direito interno. Com estas ponderações em mente, passemos às reflexões derradeiras do presente estudo, dedicadas ao futuro da proteção internacional dos direitos humanos, tal como o visualizamos neste limiar do novo século.

VI. O FUTURO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ao longo das cinco últimas décadas testemunhamos o processo histórico de gradual formação, consolidação, expansão e aperfeiçoamento da proteção internacional dos direitos humanos, conformando um *direito*

de proteção dotado de especificidade própria: o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e ao longo deste meio século, como respostas às necessidades de proteção têm-se multiplicado os tratados e instrumentos de direitos humanos. A I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) representou, de certo modo, a gradual passagem da fase legislativa, de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos (a exemplo dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966), à fase de implementação de tais instrumentos.

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) procedeu a uma reavaliação global da aplicação de tais instrumentos e das perspectivas para o novo século, abrindo campo ao exame do processo de consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Decorridos quatro anos desde a realização desta última Conferência, encontram-se os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, neste final de século, diante de novos dilemas e desafios, próprios de nossos dias, que relacionaremos a seguir.

Cabe, de início, ter sempre presente que, nas últimas décadas, graças à atuação daqueles órgãos, inúmeras vítimas têm sido socorridas. Até o início dos anos noventa, no plano global (Nações Unidas), por exemplo, mais de 350 mil denúncias revelando um “quadro persistente de violações” de direitos humanos foram enviadas às Nações Unidas (sob o chamado sistema extraconvencional da resolução 1503 do ECOSOC). Sob o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e seu [primeiro] Protocolo Facultativo, o Comitê de Direitos Humanos, tinha recebido, até abril de 1995, mais de 630 comunicações, e em 73% dos casos examinados concluiu que haviam ocorrido violações de direitos humanos. O Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial tinha examinado (sob a Convenção do mesmo nome), a seu turno, em suas duas primeiras décadas de operação, 810 relatórios (periódicos e complementares) dos Estados Partes. E o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), decorridas quatro décadas de operação do sistema, cuida hoje de mais de 17 milhões de refugiados em todo o mundo,⁵³ a par do número considerável de deslocados internos nas mais distintas regiões.

No plano regional, por exemplo, até o início desta década, no continente europeu, a Comissão Européia de Direitos Humanos tinha decidido cerca de 15 mil reclamações individuais sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, ao passo que a Corte Européia de Direitos Humanos totalizava 191 casos submetidos a seu exame, com 91 casos pendentes. No continente americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

53. Para um exame destes e outros dados, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*, op. cit. *supra* n. (4), pp. 61 e seguintes.

ultrapassava o total de 10 mil comunicações examinadas, enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, atualmente com 15 pareceres emitidos, passava a exercer regularmente sua competência contenciosa, contando hoje com 22 casos contenciosos examinados, alguns dos quais ainda pendentes.

No continente africano, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos examinava quase 40 reclamações ou comunicações sob a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos,⁵⁴ algumas das quais já decididas. E, em fins de 1997, a Comissão Africana debruçava-se sobre um Projeto de Protocolo à Carta Africana que prevê o estabelecimento de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.⁵⁵ O Conselho da Liga dos Estados Árabes, a seu turno, adotava, em 15.09.1994, a quarta Convenção regional de direitos humanos, a Carta Árabe de Direitos Humanos.⁵⁶ Assim, neste final de século, somente os países asiáticos encontram-se desprovidos de uma Convenção regional de direitos humanos.⁵⁷ Cada sistema regional de direitos humanos vive um momento histórico distinto, e, em todo caso, os instrumentos regionais e globais (Nações Unidas) de proteção afiguram-se como essencialmente complementares.

Graças aos esforços dos órgãos internacionais de supervisão nos planos global e regional, logrou-se salvar muitas vidas, reparar muitos dos danos denunciados e comprovados, por fim a práticas administrativas violatórias dos direitos garantidos, alterar medidas legislativas impugnadas, adotar programas educativos e outras medidas positivas por parte dos governos. Não obstante todos estes resultados, estes órgãos de supervisão internacionais defrontam-se hoje com grandes problemas, gerados em parte pelas modificações do cenário internacional, pela própria expansão e sofisticação de seu âmbito de atuação, pelos continuados atentados aos direitos humanos em numerosos países, pelas novas e múltiplas formas de violação dos direitos humanos que deles requerem capacidade de readaptação e maior agilidade, e pela manifesta falta de recursos humanos e materiais para desempenhar com eficácia seu labor.

Os tratados de direitos humanos das Nações Unidas têm, com efeito, constituído a espinha dorsal do sistema universal de proteção dos direitos

54. Cf. *ibid.*, pp. 62-63.

55. Para o texto do referido Projeto de Protocolo, cf. documento OAU/LEG/EXP/AFCH/HRP(I), reproduzido in: 8 *African Journal of International and Comparative Law* (1996) pp. 493-500.

56. Texto reproduzido in: 7 *Revue universelle des droits de l'homme* (1995) pp. 212-214. Para comentários, cf. M.A. Al Midani, "Introduction à la Charte Arabe des Droits de l'Homme", 104/106 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1996) pp. 183-189.

57. Cf. a respeito, *inter alia*, e.g., J. Chan, "The Asian Challenge to Universal Human Rights: A Philosophical Appraisal", in *Human Rights and International Relations in the Asia-Pacific Region* (ed. J.T.H. Tang), London/N.Y., Pinter, 1995, pp. 25-38.

humanos, devendo ser abordados não de forma isolada ou compartimentalizada, mas relacionados uns aos outros. Decorridos quatro anos desde a realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, estamos longe de lograr a chamada “ratificação universal” das seis “Convenções centrais” (*core Conventions*) das Nações Unidas (os dois Pactos de Direitos Humanos, as Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação – Racial e contra a Mulher, – a Convenção contra a Tortura, e a Convenção sobre os Direitos da Criança), – “ratificação universal” esta propugnada pela Conferência de Viena para o final de século que se aproxima e que de certo modo já vivemos. Ademais, encontram-se estas Convenções crivadas de reservas, muitas das quais, em nosso entender, manifestamente incompatíveis com seu objeto e propósito. Urge, com efeito, proceder a uma ampla revisão do atual sistema de reservas a tratados multilaterais consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986), – sistema este, a nosso modo de ver, e como vimos advertindo já há uma década, inteiramente inadequado aos tratados de direitos humanos.⁵⁸

A despeito da aceitação virtualmente universal da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, persiste a disparidade entre os métodos de implementação internacional dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais. Apesar da conclamação da Conferência de Viena, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, continuam até o presente (fins de 1997) desprovidos de um sistema de petições ou denúncias internacionais. Os respectivos Projetos de Protocolo nesse sentido se encontram virtualmente concluídos, mas ainda aguardam aprovação. Muitos dos direitos consagrados nestes dois tratados de direitos humanos são perfeitamente justificáveis por meio do sistema de petições individuais, e urge que se ponha um fim à referida disparidade de procedimentos.

58. Cf. nossas críticas *in*: A.A. Cançado Trindade, “Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”, *in Assembléia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. 1, n. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, p. 110; A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms”, *op. cit. supra* n. (13), pp. 180-189; A.A. Cançado Trindade, “The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts”, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Hague Conference, July 1995), The Hague, ASIL/NVIR, 1996, pp. 157-162 e 166-167; A.A. Cançado Trindade, “La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema de la Organización de los Estados Americanos y el Derecho Interno de los Estados”, *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres* (Actas del I Curso Taller, San José de Costa Rica, Julio de 1996), San José, IIDH, 1997, pp. 109-124, 129-139 e 140-147. E cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24 de enero de 1998, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrafos 1-38.

É inadmissível que continuem a ser negligenciados em nossa parte do mundo, como o têm sido nas últimas décadas, os direitos econômicos, sociais e culturais. O descaso com estes últimos é triste reflexo de sociedades marcadas por gritantes injustiças e disparidades sociais. Não pode haver Estado de Direito em meio a políticas públicas que geram a humilhação do desemprego e o empobrecimento de segmentos cada vez mais vastos da população, acarretando a denegação da totalidade dos direitos humanos em tantos países. Não faz sentido levar às últimas conseqüências o princípio da não-discriminação em relação aos direitos civis e políticos, e tolerar ao mesmo tempo a discriminação – ilustrada pela pobreza crônica – como “inevitável” em relação aos direitos econômicos e sociais. Os Estados são responsáveis pela observância da totalidade dos direitos humanos, inclusive os econômicos e sociais. Não há como dissociar o econômico do social e do político e do cultural.

Urge despojar este tema de toda retórica, e passar a tratar os direitos econômicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos que são. Só se pode conceber a promoção e proteção dos direitos humanos a partir de uma *concepção integral* dos mesmos, abrangendo todos em conjunto (os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). A visão atomizada ou fragmentada dos direitos humanos leva inevitavelmente a distorções, tentando postergar a realização dos direitos econômicos e sociais a um amanhã indefinido. A prevalecer o atual quadro de deterioração das condições de vida da população, a afligir hoje tantos países, poderão ver-se ameaçadas inclusive as conquistas dos últimos anos no campo dos direitos civis e políticos. Impõe-se, pois, uma concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos.

À afirmação da responsabilidade permanente do Estado pela vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais (da mesma forma que dos direitos civis e políticos) há que agregar uma referência final aos esforços recentes da doutrina mais lúcida, no sentido do reconhecimento de que muitos daqueles direitos (e.g., certos direitos sindicais, a igualdade de remuneração por trabalho igual, o direito à educação primária obrigatória gratuita) são de *aplicabilidade imediata*. Tem-se distinguido não só *obrigações mínimas* referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, mas também *obrigações distintas* – de respeitar, proteger, assegurar e promover – tais direitos. Tem-se assinalado a importância da aplicação do *princípio da não-discriminação* também no presente contexto.

A iniciativa recente de elaboração de um Projeto de Protocolo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais atende precisamente à idéia da *justiciabilidade* destes direitos. Nesta linha, tem-se buscado identificar pelo menos os *componentes justiciáveis* dos direitos econômicos, sociais e culturais (e.g., dos direitos à educação, à saúde, a uma moradia adequada, sobretudo em seus aspectos referentes à não-discriminação), –

elementos estes que têm sido objeto da jurisprudência internacional mais recente sob os tratados e convenções de direitos humanos e que têm ademais sido aplicados no ordenamento jurídico interno de muitos países.⁵⁹

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. Urge que se reconheça o *acesso direto* dos indivíduos àquelas instâncias (sobretudo as judiciais), a exemplo do estipulado no Protocolo n. 9 à Convenção Européia de Direitos Humanos (1990). Concede este último um determinado tipo de *locus standi* aos indivíduos ante a Corte Européia de Direitos Humanos (em casos admissíveis que já foram objeto da elaboração de um relatório por parte da Comissão Européia de Direitos Humanos).

No continente americano, o novo (e terceiro) Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (adotado em 16 de setembro de 1996 e em vigor desde 01 de janeiro de 1997), – de cujo projeto tivemos a honra de ser relator por honrosa designação da Corte, – permite que na etapa de reparações os representantes legais das vítimas ou de seus familiares apresentem seus próprios argumentos e provas perante a Corte “em forma autônoma” (artigo 23), sem a intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Este passo significativo abre caminho para novos desenvolvimentos rumo ao reconhecimento futuro do *locus standi* dos indivíduos em *todas* as etapas do procedimento ante a Corte Interamericana (um antigo propósito nosso).

A contraposição entre as vítimas de violações e os Estados demandados é da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos. *Tal locus standi* é a consequência lógica, no plano processual, de um sistema de proteção que consagra direitos individuais no plano internacional, porquanto não é razoável conceber direitos sem a capacidade processual de vindicá-los. Sustentar esta posição, como vimos fazendo há tantos anos, significa em última análise ser fiel às origens históricas do próprio Direito Internacional.

No futuro imediato, quando entrar em vigor, precisamente em 01 de novembro de 1998, o Protocolo n. 11 à Convenção Européia de Direitos Humanos,⁶⁰ acarretando a extinção da Comissão Européia e o estabeleci-

59. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional. op. cit. supra* n. (4), pp. 381-397.

60. Para o mais completo estudo deste último até o presente, cf. Andrew Drzemczewski, “A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol n. 11”, 6 *Collected Courses of the Academy of European Law* (1997)-II, pp. 121-244. Cf. também: S. Marcus Helmons. “Le Onzième Protocole Additionnel à la

mento de uma nova Corte Européia de Direitos Humanos (como órgão jurisdicional único de supervisão da Convenção Européia), terão os indivíduos sob a jurisdição dos Estados Partes *acesso direto* – sem intermediação de outro órgão, – *em quaisquer circunstâncias*, àquele tribunal internacional regional de direitos humanos. Será este dia, que tanto aguardamos, muito significativo para todos os que atuamos no campo da proteção internacional dos direitos humanos. Mesmo os nostálgicos de dogmas do passado terão que se ajustar definitivamente à nova realidade da consolidação da posição do ser humano como sujeito incontestável do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica processual no plano internacional.

O passo seguinte, a ser dado no século XXI, e que não hesitamos em desde hoje sustentar, consistiria na garantia da igualdade processual (*equality of arms/égalité des armes*) entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados, na vindicação dos direitos humanos protegidos.⁶¹ Ao insistirmos não só na personalidade jurídica, mas igualmente na *plena capacidade jurídica* dos seres humanos no plano internacional, estamos – como já assinalado – sendo fiéis às origens históricas de nossa disciplina, o direito internacional – o direito *das gentes (droit des gens)*, – o que não raro passa despercebido dos adeptos de um positivismo jurídico cego e degenerado.

Dada a multiplicidade dos mecanismos internacionais contemporâneos de proteção dos direitos humanos, a necessidade de uma coordenação mais adequada entre os mesmos tem-se erigido como uma das prioridades dos órgãos de proteção internacional neste final de século. O termo “coordenação” parece vir sendo normalmente empregado de modo um tanto indiferenciado, sem uma definição clara do que

Convention Européenne des Droits de l'Homme”. 113 *Journal des Tribunaux* - Bruxelles (1994) n. 5725, pp. 545-547; R. Bernhardt, “Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol n. 11”, 89 *American Journal of International Law* (1995) pp. 145-154; J.A. Carrillo Salcedo, “Vers la réforme du système européen de protection des droits de l'homme”, in *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1319-1325; H. Golsong, “On the Reform of the Supervisory System of the European Convention on Human Rights”, 13 *Human Rights Law Journal* (1992) pp. 265-269; K. de V. Mestdagh, “Reform of the European Convention on Human Rights in a Changing Europe”, in *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe - Essays in Honour of H.G. Schermers* (eds. R. Lawson e M. de Blois), vol. III, Dordrecht, Nijhoff, 1994, pp. 337-360.

61. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*, op. cit. supra n. (4), pp. 84-85; e cf. A.A. Cançado Trindade, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas”, in *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnnet e A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haye/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 79-89.

precisamente significa: não obstante, pode assumir um sentido diferente em relação a cada um dos métodos de proteção dos direitos humanos em particular.

Assim, em relação ao *sistema de petições*, a “coordenação” pode significar as providências para evitar o conflito de jurisdição, a duplicação de procedimentos e a interpretação conflitiva de dispositivos correspondentes de instrumentos internacionais coexistentes pelos órgãos de supervisão. No tocante ao *sistema de relatórios*, a “coordenação” pode significar a consolidação de diretrizes uniformes (concernentes à forma e ao conteúdo) e a racionalização e padronização dos relatórios dos Estados Partes sob os tratados de direitos humanos. E com respeito ao *sistema de investigações* (determinação dos fatos), pode ela significar o intercâmbio regular de informações e as consultas recíprocas entre os órgãos internacionais em questão.⁶² A multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz-se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito, – a proteção do ser humano.

É inegável que, no presente domínio de proteção, muito se tem avançado nos últimos anos, sobretudo na “*jurisdicionalização*” dos direitos humanos, para a qual têm contribuído de modo especial os sistemas regionais europeu e interamericano de proteção, dotados que são de tribunais internacionais de direitos humanos, – as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente. No entanto, como já advertimos, ainda resta um longo caminho a percorrer. Há que promover a chamada “ratificação universal” dos tratados de direitos humanos – propugnada pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993), – contribuindo assim a que se assegure que a universalidade dos direitos humanos venha a prevalecer nos planos não só conceitual mas também operacional (a não-seletividade).

Para isto, é necessário que tal ratificação universal seja também *integral*, ou seja, sem reservas e com a aceitação das cláusulas facultativas, tais como, nos tratados que as contêm, as que consagram o direito de petição individual, e as que dispõem sobre a jurisdição obrigatória dos órgãos de supervisão internacional. Atualmente, dos 40 Estados membros do Conselho da Europa, todos os 36 Estados Partes na Convenção Européia de Direitos Humanos, além de aceitarem o direito de petição individual, reconhecem a jurisdição obrigatória da Corte Européia de Direitos Humanos,⁶³ o que é alentador. Em contrapartida, no tocante à Convenção

62. Para um amplo estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* - Haia (1987) pp. 13-435.

63. Destes 36 Estados Partes, 33 já incorporaram a Convenção Européia em seu direito interno, e os três que restam (Irlanda, Noruega e Reino Unido) já anunciaram a tomada de providências neste propósito ao longo do biênio 1997-1998.

Americana sobre Direitos Humanos (em que o direito de petição individual é de aceitação automática pelos Estados Partes), lamentavelmente não mais que 17 dos 25 Estados Partes reconhecem hoje a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria contenciosa.

Em nosso âmbito regional, urge que os Estados que ainda não o fizeram – como o Brasil – aceitem a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria contenciosa, e que ademais aceitem, no âmbito global (Nações Unidas), as cláusulas facultativas sobre o direito de petição individual, de tratados de direitos humanos como o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, – como manifestação inequívoca de seu compromisso com a proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional.

Dadas a confluência e identidade de objetivos tanto do direito internacional como do direito público-interno quanto à proteção da pessoa humana, urge que tais Estados, que aceitem as obrigações convencionais *substantivas* contraídas em relação aos direitos protegidos sob aqueles tratados, igualmente se submetam, de forma integral, aos *mecanismos* de supervisão ou controle internacional do cumprimento de tais obrigações, estabelecidos por aqueles tratados. Carece de sentido o divórcio, a que se apegam tais Estados, entre as normas substantivas e os mecanismos processuais, porquanto à formulação de direitos no plano internacional deve corresponder o acesso às vias processuais internacionais de vindicá-los. Da aceitação *integral* por todos os Estados dos tratados de direitos humanos depende em muito o próprio futuro da proteção internacional dos direitos consagrados.⁶⁴

64. A esse respeito, permitimo-nos aqui recordar que, em Parecer de 18.10.1989, que emitimos na condição de Consultor Jurídico do Itamaraty, sustentamos tal aceitação *integral*, pelo Brasil, dos referidos tratados gerais de proteção, e assinalamos *inter alia* que, no tocante aos mecanismos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi precisamente a própria Delegação do Brasil que, na IX Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948), propôs a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, - proposta esta aprovada e adotada como resolução XXI da Conferência de Bogotá. Cf. nosso Parecer reproduzido *in* A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, *op. cit. supra* n. (25), pp. 573-638, esp. pp. 586-589 para os argumentos em favor do reconhecimento pelo Brasil da jurisdição obrigatória em matéria contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. - Algumas das recomendações contidas em nosso mencionado Parecer de 18.10.1989 foram acatadas; tivessem sido todas elas plenamente seguidas, as adesões do Brasil a tratados gerais de proteção como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos teriam abarcado igualmente a aceitação, pelo Brasil, respectivamente, da jurisdição obrigatória em matéria contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigo 62 da Convenção Americana) assim como da competência do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas para receber e examinar petições ou comunicações individuais (sob o

O século XX, que marcha célere para seu ocaso, deixará uma trágica marca: nunca, como neste século, se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia, acompanhado paradoxalmente de tanta destruição e crueldade. Mesmo em nossos dias, os avanços tecnológicos, e a revolução das comunicações e da informática, se por um lado tornam o mundo mais transparente, por outro lado geram novos problemas e desafios aos direitos humanos. Mais que uma época de profundas transformações, vivemos, neste final de século, uma verdadeira transformação de época.

Apesar de todos os avanços registrados nas cinco últimas décadas na proteção internacional dos direitos humanos, têm persistido violações graves e maciças destes últimos nas mais distintas regiões do mundo. Às violações "tradicionais", em particular de alguns direitos civis e políticos (como as liberdades de pensamento, expressão e informação, e o devido processo legal), que continuam a ocorrer, infelizmente têm se somado graves discriminações (contra membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e lingüística), além de violações de direitos fundamentais e do direito internacional humanitário.

As próprias formas de violações dos direitos humanos têm se diversificado. O que não dizer, por exemplo, das violações perpetradas por organismos financeiros e detentores do poder econômico, que, mediante decisões tomadas na frieza dos escritórios, condenam milhares de seres humanos ao empobrecimento, se não à pobreza extrema e à fome? O que não dizer das violações perpetradas por grupos clandestinos de extermínio, sem indícios aparentes da presença do Estado? O que não dizer das violações perpetradas pelos detentores do poder das comunicações? O que não dizer das violações perpetradas pelo recrudescimento dos fundamentalismos e ideologias religiosas? O que não dizer das violações decorrentes da corrupção e impunidade?

Cumprir conceber novas formas de proteção do ser humano ante a atual diversificação das fontes de violações de seus direitos. O atual paradigma de proteção (do indivíduo *vis-à-vis* o poder público) corre o risco de tornar-se insuficiente e anacrônico, por não se mostrar equipado para fazer frente a tais violações, – entendendo-se que, mesmo nestes casos, *permanece o Estado responsável por omissão*, por não tomar medidas positivas de proteção. Tem, assim, sua razão de ser, a preocupação corrente dos órgãos internacionais de proteção, já assinalada, no tocante às violações continuadas de direitos humanos, em desenvolver mecanismos tanto de *prevenção* como de *seguimento*, tendentes a cristalizar um sistema de *monitoramento contínuo* dos direitos humanos em todos os países, consoante os mesmos critérios.

A par da visão integral dos direitos humanos no plano conceitual, os esforços correntes em prol do estabelecimento e consolidação do

monitoramento contínuo da situação dos direitos humanos em todo o mundo constituem, em última análise, a resposta, no plano processual, ao reconhecimento obtido na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena em 1993 da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em toda parte e a qualquer momento, – sendo este um grande desafio a defrontar o movimento internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI.⁶⁵ Para enfrentá-lo, os órgãos internacionais de proteção necessitarão contar com consideráveis recursos – humanos e materiais – adicionais: os atuais recursos – no plano global, menos de 1% do orçamento regular das Nações Unidas, – refletem um quase descaso em relação ao trabalho no campo da proteção internacional dos direitos humanos.

Os órgãos internacionais de proteção devem buscar bases e métodos adicionais de ação para fazer frente às novas formas de violações dos direitos humanos.⁶⁶ A impunidade, por exemplo, verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas, é um obstáculo que ainda não conseguiram transpor. É certo que as Comissões da Verdade, instituídas nos últimos anos em diversos países, com mandatos e resultados de investigações os mais variáveis, constituem uma iniciativa positiva no combate a este mal, – mas ainda persiste uma falta de compreensão do

[primeiro] Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos de Direitos Cívicos e Políticos). Além disso, Estado Parte também na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, teria o Brasil já aceito, sob a primeira (artigo 14) e a segunda (artigo 22) destas Convenções, as competências do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) e do Comitê contra a Tortura (CAT), respectivamente, para receber e examinar petições ou comunicações individuais. Surpreende que, decorrido todo este tempo, não tenha ainda o Brasil aceito tais cláusulas ou instrumentos facultativos. Para um relato histórico pormenorizado, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, Brasília, Editora Universidade de Brasília (Série Prometeu/Humanidades), 1998 (no prelo).

65. A.A. Cançado Trindade, "A Proteção Internacional dos Direitos Humanos ao Final do Século XX", in *A Proteção Nacional e Internacional dos Direitos Humanos* (Seminário de Brasília de 1994, orgs. Benedito Domingos Mariano e Fermíno Fechio Filho), São Paulo, FIDEH/Centro Santos Dias de Direitos Humanos, 1995, pp. 112-115.

66. Para um exame de novos mecanismos e estratégias, cf. Peter Leuprecht, "Conflict Prevention and Alternative Forms of Dispute Resolution: Looking Towards the Twenty-First Century", *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge* (eds. K.E. Mahoney e P. Mahoney), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 959-965; Jan Martenson, "The United Nations and Human Rights Today and Tomorrow", in *ibid.*, pp. 925-936; Janos Fodor, "Future of Monitoring Bodies", *Canadian Human Rights Yearbook* (1991-1992) pp. 177-209; Manfred Nowak, "Future Strategies for the International Protection and Realization of Human Rights", *The Future of Human Rights Protection in a Changing World - Essays in Honour of Torkel Opsahl* (eds. A. Eide e J. Helgesen), Oslo, Norwegian University Press, 1991, pp. 59-78; B.G. Ramcharan, "Strategies for the International Protection of Human Rights in the 1990s", 13 *Human Rights Quarterly* (1991) pp. 155-169; Theo van Boven, "The Future Codification of Human Rights: Status of Deliberations - A Critical Analysis", 10 *Human Rights Law Journal* (1989) pp. 1-11.

alcance das obrigações internacionais de proteção. Estas últimas vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas os *Estados* (todos os seus poderes, órgãos e agentes); como já advertimos, é chegado o tempo de precisar o alcance das *obrigações legislativas e judiciais* dos Estados Partes em tratados de direitos humanos, – a par das do Poder Executivo, – de modo a combater com mais eficácia a impunidade.

Há, ademais, que impulsionar os atuais esforços, no seio das Nações Unidas, tendentes ao estabelecimento de uma jurisdição penal internacional de caráter permanente.⁶⁷ Da mesma forma, há que desenvolver a jurisprudência internacional – ainda em seus primórdios – sobre as reparações devidas às vítimas de violações comprovadas de direitos humanos. O termo “reparações” não é juridicamente sinônimo de “indenizações”: o primeiro é o gênero, o segundo a espécie. No presente domínio de proteção, as reparações abarcam, a par das indenizações devidas às vítimas – à luz do princípio geral do *neminem laedere*, – a *restitutio in integrum* (restabelecimento da situação anterior da vítima, sempre que possível), a reabilitação, a satisfação e, significativamente, a garantia da não-repetição dos atos ou omissões violatórios (o dever de prevenção)

Para contribuir a assegurar a proteção do ser humano *em todas e quaisquer circunstâncias*, muito se vem impulsionando, em nossos dias, as convergências entre o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados. Tais convergências, motivadas em grande parte pelas próprias necessidades de proteção, têm se manifestado nos planos normativo, hermenêutico e operacional, tendendo a fortalecer o grau da proteção devida à pessoa humana. Face à proliferação dos atuais e violentos conflitos internos em tantas partes do mundo, já não se pode invocar a *vacatio legis* levando à total falta de proteção de tantas vítimas inocentes. A visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana encontra-se hoje definitivamente superada; a doutrina e a prática contemporâneas admitem a aplicação simultânea ou concomitante das normas de proteção das referidas três vertentes, em benefício do ser humano, destinatário das mesmas. Passamos da compartimentalização às convergências. Cabe seguir avançando decididamente nesta direção.⁶⁸

67. Para o estado atual dos trabalhos, no seio das Nações Unidas, do Comitê Preparatório sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, cf. ONU, documento A/AC.249/1998/L.13, de 04.02.1998, pp. 1-175. E para um estudo recente, cf. S.R. Ratner e J.S. Abrams. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law - Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 3-303.

68. A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago, *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*, Brasília/San José de Costa Rica, IIDH/ACNUR/CICV, 1996, pp. 117-121.

Os órgãos de supervisão internacional têm, ao longo dos anos, aprendido a atuar também em distúrbios internos, estados de sítio e situações de emergência em geral. Graças à evolução da melhor doutrina contemporânea, hoje se reconhece que as derrogações e limitações permissíveis ao exercício dos direitos protegidos, isto é, as previstas nos próprios tratados de direitos humanos, devem cumprir certos requisitos básicos. Podem estes resumir-se nos seguintes: tais derrogações e limitações devem ser previstas em lei (aprovada por um congresso democraticamente eleito), ser restritivamente interpretadas, limitar-se a situações em que sejam absolutamente necessárias (princípio da proporcionalidade às exigências das situações), ser aplicadas no interesse geral da coletividade (*ordre public*, fim legítimo), ser compatíveis com o objeto e propósito dos tratados de direitos humanos, ser notificadas aos demais Estados Partes nestes tratados, ser consistentes com outras obrigações internacionais do Estado em questão, ser aplicadas de modo não-discriminatório e não-arbitrário, ser limitadas no tempo.

Em qualquer hipótese, ficam excetuados os direitos inderrogáveis (como o direito à vida, o direito a não ser submetido a tortura ou escravidão, o direito a não ser incriminado mediante aplicação retroativa das penas), que não admitem qualquer restrição. Do mesmo modo, impõe-se a intangibilidade das garantias judiciais em matéria de direitos humanos (exercitadas consoante os princípios do devido processo legal), mesmo em estados de emergência. O ônus da prova do cumprimento de todos estes requisitos recai naturalmente no Estado que invoca a situação de emergência pública em questão. Em casos não previstos ou regulamentados pelos tratados de direitos humanos e de direito humanitário, impõem-se os princípios do direito internacional humanitário, os princípios de humanidade e os imperativos da consciência pública. Aos órgãos de supervisão internacional está reservada a tarefa de verificar e assegurar o fiel cumprimento desses requisitos pelos Estados que invocam estados de sítio ou emergência, mediante, e.g., a obtenção de informações mais detalhadas a respeito e sua mais ampla divulgação (inclusive das providências tomadas), e a designação de relatores especiais ou órgãos subsidiários de investigação dos estados ou medidas de emergência pública prolongados.⁶⁹

As iniciativas no plano internacional não podem se dissociar da adoção e do aperfeiçoamento das medidas *nacionais* de implementação, porquanto destas últimas – estamos convencidos – depende em grande parte a evolução da própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Como vimos sustentando há vários anos (cerca de duas

69. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, op. cit. *supra* n. (25), pp. 16-17.

décadas),⁷⁰ no contexto da proteção dos direitos humanos a polêmica clássica entre monistas e dualistas revela-se baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma *interação* dinâmica entre o direito internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da *primazia da norma mais favorável* aos seres humanos protegidos, *seja ela norma de direito internacional ou de direito interno* (cf. *supra*).

A responsabilidade *primária* pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção,⁷¹ a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos. Urge, assim, que as leis nacionais sejam compatibilizadas com a normativa internacional de proteção, e que os direitos congrados nos tratados de proteção possam ser invocados *diretamente* ante os próprios tribunais nacionais.

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos,⁷² assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e

70. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-370; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443; A.A. Cançado Trindade, "A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos", 46 *Arquivos do Ministério da Justiça* (1993) n. 182, pp. 27-54; A.A. Cançado Trindade, "Desafíos de la Protección Internacional de los Derechos Humanos al Final del Siglo XX", *Seminario sobre Derechos Humanos* (Actas del Seminario de La Habana, Cuba, Mayo-Junio de 1996), San José de Costa Rica/La Habana, IIDH/Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1997, pp. 99-124; A.A. Cançado Trindade, "Prefácio: Direito Internacional e Direito Interno - Sua Interação na Proteção dos Direitos Humanos", in *Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*, São Paulo. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996, pp. 13-46.

71. No tocante ao direito brasileiro, cf. A.A. Cançado Trindade (Editor), *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro* (Seminários de Brasília e Fortaleza de 1993), 2a. edição, Brasília/San José, IIDH/CICV/ACNUR/CUE/ASDI, 1996, pp. 7-845; A.A. Cançado Trindade (Editor), *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, San José/Brasília, IIDH/Fund. F. Naumann, 1991, pp. 1-357; Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 11-332; Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994, pp. 165-191.

72. A ênfase na premência das referidas medidas nacionais, para o futuro da proteção internacional, não nos pode, porém, fazer perder de vista que os padrões internacionais de proteção não podem ser rebaixados; devem eles, ao contrário, ser preservados e elevados.

do Estado de Direito. Só se logrará tal fortalecimento com o concurso e a mobilização da sociedade civil, à qual se devem em grande parte os avanços na proteção dos direitos humanos em perspectiva histórica. Do que precede se pode depreender a premência da consolidação de obrigações *erga omnes* de proteção, consoante uma concepção necessariamente *integral* dos direitos humanos.

Enfim, ao voltar os olhos tanto para trás como para frente, apercebemos de que efetivamente houve, nestas cinco décadas de experiência acumulada nesta área desde a adoção da Declaração Universal de 1948, um claro progresso, sobretudo na *jurisdicionalização* da proteção internacional dos direitos humanos.⁷³ Não obstante, também nos damos conta de que este progresso não tem sido linear, como indica a trajetória das posições de muitos países nesta área. Tem havido momentos históricos de avanços significativos, mas lamentavelmente também de alguns retrocessos, quando não deveria haver aqui espaço para estes últimos. É este, em última análise, um domínio de proteção que não comporta retrocessos. Neste final de século, resta, certamente, um longo caminho a percorrer, tarefa para toda a vida. Trata-se, em última análise, de perseverar no ideal da construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, do qual esperamos nos aproximar ainda mais, no decorrer do século XXI, graças ao labor das gerações vindouras que não hesitarão em abraçar a nossa causa.

73. Cf., a respeito, e.g., A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.

EL DERECHO INDÍGENA FRENTE AL ESPEJO DE AMÉRICA LATINA

María Magdalena GÓMEZ RIVERA¹

Me propongo presentar un recuento del proceso de juridicidad del derecho indígena en el marco de los Estados nacionales en América Latina. Para ello me referiré tanto al derecho ya formalizado a nivel nacional e internacional como a las propuestas en curso, en especial la relativa al Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que está procesando la OEA desde 1989. Me apoyaré asimismo en el análisis de las principales objeciones desde la lógica del Estado y en el perfil y concepción de sus políticas hacia los pueblos indígenas. Por último, y en el ánimo de considerar que el Estado de Derecho incluye no sólo la emisión de nuevas normas constitucionales sino una aplicación congruente con su espíritu, presentaré varios ejemplos referidos al tema de la jurisdicción indígena, que muestran el riesgo de abordar los nuevos derechos con la lógica jurídica monocultural en países que ya la reconocen como Bolivia y Colombia y, en los que no lo han hecho como es el caso de Ecuador y México.

El derecho internacional como motor del derecho indígena: el espacio de la ONU

Hoy en día encontramos diversos procesos políticos bajo el liderazgo indígena y con una cada vez más creciente alianza con otros sectores de la sociedad, algunos pretenden ampliar los marcos normativos constitucionales, otros alcanzan la ratificación del Convenio 169 de la OIT o bien avanzar en su reglamentación a través de legislaciones secundarias. En este inventario destaca el esfuerzo por alcanzar un nuevo instrumento jurídico en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas que si

1. Miembro de la Academia Mexicana de Derechos Humanos. Trabajo elaborado bajo el auspicio del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe, presentado en el Coloquio "Pueblos Indígenas y Estado en América Latina", Quito, Ecuador, Julio 10-1997 (en prensa). Con actualización de datos a la fecha.

bien con el carácter de una Declaración se constituya en el gran paraguas doctrinario y jurídico para sustentar su respeto y aplicación. Este proyecto resultó del esfuerzo de 12 años de reuniones del grupo de trabajo que creara en 1982 la ONU, espacio singular que con el apoyo de un Fondo de Contribuciones Voluntarias pudo financiar a líderes indígenas de diversas partes del mundo, quienes elaboraron el borrador de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas. Si bien el grupo contó siempre con la participación de asesores de la ONU o de representantes gubernamentales, puede decirse que la hegemonía del grupo ha sido indígena. Cuando en agosto de 1994 se aprobó como borrador el documento creado en este espacio, la primera providencia de la Comisión de Derechos Humanos fue suprimir de su título el carácter de “universal” y establecer un grupo de trabajo abierto y permanente² con el único propósito de elaborar un proyecto de declaración “tomando en consideración” el proyecto titulado “Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas”.³

El mencionado proyecto base contiene en efecto las reivindicaciones de los pueblos indígenas, pese a que se habla de que son aspiraciones mínimas lo cierto es que poco a poco la dinámica política les otorga el carácter de máximas. En 45 artículos expresa una concepción filosófica y jurídica cuya columna vertebral es el reconocimiento del carácter de pueblos, sin limitaciones⁴ su derecho a la libre determinación (art. 30) y como expresión de ésta a la autonomía o el autogobierno “en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular 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 tierras y recursos, el medio ambiente y el ingreso de personas que no son miembros, así como los medios de financiar estas funciones autónomas” (art. 31). El articulado gira en torno a cada uno de estos elementos. Actualmente se han realizado reuniones del grupo de trabajo y la impresión que dejan es de un proceso de polarización entre los representantes indígenas y los gubernamentales quienes tienen un papel cada vez más activo. Los primeros sostienen que se debe respetar el proyecto original, los segundos pretenden introducir cambios en sus conceptos fundamentales, el sujeto de derecho, el

2. Por medio de la resolución 1995/32 del 3 de marzo de 1995.

3. Contenido en la resolución 1994/45 del 26 de agosto de 1994 de la Sub-comisión sobre la prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Esta resolución fue aprobada por el Consejo Económico y Social en su resolución 1995/32 del 25 de julio de 1995.

4. Del tipo de las contenidas al concepto en el Convenio 169 que señala “la utilización del término pueblos no deberá entenderse en el sentido que se otorga a ese término en el derecho internacional”.

carácter colectivo de los derechos, el territorio, la libre determinación y la autonomía.

Es incierto el destino del proyecto que comentamos, “la voluntad política” de los gobiernos tiende a coincidir más con el perfil del histórico y paternalista Convenio 107 de la OIT que data de 1957 y fue sustituido por la nueva concepción del 169. Muestra de ello es el hecho de que el 18 de abril del presente año concluyó la reunión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sin que abordara, como estaba previsto, el asunto relativo al proyecto de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, “sólo recibió sucintas declaraciones gubernamentales de que se analiza, estudia y compara con las provisiones inscritas en las legislaciones nacionales” por si faltara claridad el funcionario de dicha Comisión de apellido Zacklin abundó: “la Comisión hace lo que puede pues las decisiones parten de los países miembros y no de los funcionarios de la ONU, los cuales siguen mostrando enorme interés respecto de los asuntos indígenas, pero buscan la manera precisa que la citada declaración pueda ser armonizada con las constituciones nacionales y sus reglamentaciones propias. Sin un mandato específico la Comisión no puede hacer más”.⁵ Esta es la realidad política, ésta la política de los Estados para continuar la línea histórica de negar la realidad.

El Derecho Indígena en el orden constitucional latinoamericano

Las inserciones de normas relativas a Derecho Indígena en el orden constitucional latinoamericano, expresan avances en el terreno de las reivindicaciones de los pueblos indígenas pero su ejercicio se ve limitado precisamente porque están inmersas en un orden jurídico que obedece a la lógica de la homogeneidad cultural. Basta observar que la reglamentación de preceptos constitucionales en esta materia es muy escasa, pese a que en algunos países como Bolivia y Colombia se ha manifestado voluntad política para realizarlos.

El proceso de juridicidad de las demandas de los Pueblos Indígenas, en sus expresiones más avanzadas, se refleja en las Constituciones de Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992) y Bolivia (1994). En menor rango y profundidad se ubican las reformas a las Cartas Fundamentales de Costa Rica (1977), Guatemala (1985), México (1992), Panamá (1972 revisada en 1983), Perú (1993), Argentina (1994) y en el caso de Chile que emitió una ley sin reforma constitucional (1993).

El primer bloque mencionado empezó a reconocer derechos originarios ligados a las tierras, como un paso necesario para garantizar la

5. La Jornada, 19 de abril de 1997, Kyra Núñez, Ginebra.

reproducción física y cultural, en un concepto más amplio que el de tenencia de la tierra, estableciendo en el caso de Brasil el acceso al uso y disfrute de recursos naturales tratándose de ríos y lagos, señalando que en el caso de recursos energéticos o minerales, su exploración o explotación en tierras indígenas requieren la aprobación del Congreso de la Unión el cual escuchará a los pueblos afectados. Tanto Colombia como Bolivia incorporaron de manera directa el concepto de pueblo indígena, territorio y formas especiales de jurisdicción, abriendo en el caso de Colombia el espacio para la representación política indígena en el Senado.

Respecto al segundo bloque de países mencionados, sus normas constitucionales relativas a pueblos indígenas tienden a enfatizar el reconocimiento a la naturaleza pluricultural de sus naciones y a ofrecer garantías para ejercer y fortalecer su identidad. El conjunto de ellas, salvo México hacen expresa alusión al carácter inembargable e inalienable de las tierras indígenas.

El Convenio 169 y su inserción jurídica en América Latina

En 1989 se aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, dentro de las posibilidades que ofrece este Convenio encontramos que su ratificación produce efectos jurídicos inmediatos para el orden interno en casi todo el sistema constitucional latinoamericano. Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales, de esta naturaleza es el sujeto de derecho, el pueblo indígena se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la autoidentificación. Asimismo, establece que el concepto de tierras debe comprender al de territorio entendido como el hábitat. Sus limitaciones están dadas por la naturaleza misma de un convenio que siendo internacional debe perfilar criterios tan generales que permitan su adaptación a las diversas situaciones de los países integrantes de la OIT.

Ha sido ratificado, en ese orden, por Noruega (1990), México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Dinamarca (1996), Guatemala (1996), Holanda (1998), Fiji (1998) y Ecuador (1998). Argentina lo ratificó en el Congreso por lo que se considera ley nacional pero no lo ha depositado en la OIT. En esa misma situación está Austria.

Actualmente está en proceso en Brasil, Chile, Nicaragua,⁶ procesos por lo demás conflictivos. Brasil, no obstante contar con una reforma constitucional avanzada, el movimiento indígena ha enfrentado intentos gubernamentales por revisar dichas reformas o expedir legislación que las anule y contradiga, situación que no es propicia al Convenio.⁷ Nicaragua, cuyo proceso de fortalecimiento de regiones autónomas ha sufrido la suerte del proyecto nacional y ha sido muy poco proclive a los esfuerzos por la ratificación, además de que en su momento el liderazgo de las regiones autónomas cuando aún estaba el sandinismo en el gobierno se mostró indiferente al Convenio y proclive al proceso de la ONU en óptica de exclusión frente al instrumento de la OIT y, en el caso de Chile, encontramos que se optó por expedir una ley especial indígena en 1993, sin modificar la Constitución pese a existir recomendaciones por la ratificación no se ven signos inmediatos en ese sentido. Recientemente se realizó una evaluación sobre los resultados de la aplicación de la ley a tres años de su expedición, encontrando que su principal expresión ha sido la creación de un organismo denominado Comisión Nacional de Desarrollo Indígena con ciertos avances sobre todo en el proyecto relativo al Fondo de tierras y aguas pero con serias limitaciones para avanzar a otros espacios relativos a derecho indígena por entrar en contradicción con otras leyes, por ello, se está empezando a anotar la necesidad de reforma constitucional y de ratificar el convenio. Algún sector del movimiento indígena señala que se ha desgastado atendiendo la dinámica de un organismo indigenista y se han separado paulatinamente de las comunidades.⁸

En cuanto a la aplicación del Convenio 169 ha sido muy errática y enfrenta resistencias en el caso de los países que lo han ratificado frente al creciente proceso de apropiación política por parte del movimiento indígena que demanda su concreción. Un indicador de estas diversas posiciones lo encontramos en la trayectoria de ratificación al Convenio 169 de la OIT:

6. Fuera de América Latina la primera ratificación que recibió fue la de Noruega y se está discutiendo en Dinamarca, Filipinas, Finlandia y Rusia.

7. Como ejemplos de esta tendencia encontramos los proyectos de ley 4.420/94 y 4.906/95 que disponen, respectivamente, la interferencia de la Secretaría de Asuntos estratégicos en la demarcación de tierras indígenas en caso de que éstas se localizaran en la franja fronteriza y la que determina la intervención de los gobiernos de los estados donde se localicen las tierras y del consejo de defensa nacional en el caso de que se ubiquen en la frontera, en complemento el ejecutivo envió al congreso una petición de que se homologue el procedimiento de demarcación, lo que puede provocar la revisión de los procesos de demarcación de tierras ya realizados. El movimiento indígena y los organismos no gubernamentales de defensa hasta ahora han logrado enfrentar los efectos de éstas y otras medidas mediante movilizaciones y acciones jurídicas, todo ello ha motivado que no se avance en la demarcación por estar defendiendo lo alcanzado.

8. Revista Pueblos Indígenas, Año II, núm. 5, octubre de 1996.

1. México fue el primero de América Latina que lo ratificó⁹ cuando aún no se reformaba su Constitución para incluir la pluriculturalidad motivado tanto por un afán coyuntural de recuperar terreno e imagen frente al inminente “quinto centenario” como por el propósito de preparar las condiciones ante el Congreso de la Unión para que aprobara la iniciativa de reforma constitucional que se venía discutiendo desde un año antes y que el Ejecutivo envió el 7 de diciembre de 1990. Así, sin consultas a los interesados el Senado de la República dictaminó que “el presente Convenio no contiene disposición alguna que contravenga nuestro orden constitucional ni vulnere la soberanía nacional”.

No obstante que en el país se conoció el Convenio después de haber sido ratificado, el Consejo de Pueblos Nahuas del Alto Balsas enfrentó los intentos de construir una hidroeléctrica bajo esta normatividad acompañada de intensas movilizaciones y la mesa de Derecho y Cultura Indígena en el diálogo del Gobierno Federal con el Ejército Zapatista enmarcó sus propuestas en los principales conceptos jurídicos del referido Convenio. Falta mucho por alcanzar para su pleno cumplimiento, hasta ahora el Gobierno Federal ha fijado la posición de informar a la OIT a partir de los programas gubernamentales sin profundizar el marco constitucional y legal y sin establecer reales mecanismos de consulta y participación, incluso, en el futuro inmediato tendrá que enfrentar la presión de la Conferencia de la OIT ante la nula respuesta a la observación que se le hiciera en 1995 sobre la situación de los trabajadores indígenas en Chiapas.

2. Colombia, en el contexto del auge de la promulgación de una nueva Constitución en 1991, con un capítulo indígena muy avanzado, se aprestó a ratificarlo sin mayor discusión.
3. Guatemala, cuando aún se veían muchos problemas en las pláticas hacia la paz, realizó, con el auspicio de la OIT, uno de los procesos de consulta más consistentes en el área, primero en la historia de ese país, que derivó incluso en la creación de una instancia representativa indígena encargada de promover la ratificación del Convenio. La mayoritaria adhesión indígena no fue suficiente y se dejó en el camino del Congreso la ratificación definitiva pues sectores de interés, en especial los agrupados en el Comité de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras –CACIF– se opusieron terminantemente bajo el pretexto de que el capítulo de tierras generaría una incontenible oleada de demandas por su recuperación y que no debía existir legislación especial para los pueblos indígenas ya que todos los guatemaltecos son iguales ante la ley.

9. Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores, segunda sección, de fecha 26 de junio de 1990, formalizada el 3 de agosto de 1990 y registrada el 4 de septiembre de 1990.

Finalmente, ya en el marco de la firma previa de los acuerdos sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁰ el Congreso emitió uno de los textos más polémicos en esta materia el 5 de marzo de 1996:

Se aprueba el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Dicha aprobación se hace bajo el entendido de que las disposiciones de la Constitución Política de la República prevalecen sobre dicho convenio, el cual no afecta derechos adquiridos ni tiene efectos retroactivos. (Decreto 9-96).

Se redactó el dictamen en estos términos no obstante que el Convenio 169 no está sujeto a ratificaciones parciales de su contenido y que su Constitución General establece en el art. 46 el principio general, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados tienen preeminencia sobre el derecho interno. En el seno de la OIT se desarrolló una intensa polémica al respecto y finalmente aceptó el registro el 13 de junio de 1996. Habrá que seguir con atención el proceso de concreción de los Acuerdos de Paz en Guatemala pues el relativo a pueblos indígenas se basó fundamentalmente en el contenido del Convenio 169.

4. Ecuador, uno de los países que cuenta con un movimiento indígena sólido, inserto cada vez más en una dinámica de lucha nacional por la democracia, no ha ratificado el Convenio 169 ni reformado a fondo su Constitución, de la de 1945 proviene la ambigua referencia a las lenguas indígenas. Fue hasta 1979 que mediante referéndum se concedió el voto a los analfabetos cuyos más altos índices están ubicados entre la población indígena. Actualmente la Asamblea Nacional Constituyente elaboró una nueva Constitución en la que el movimiento indígena presentó propuestas que se ubican en el marco del Convenio N° 169 y que han sido aprobadas en segundo y definitivo debate el viernes 24 de abril de 1998.

En la importante movilización de 1990 conocida como el Levantamiento Indígena, el movimiento indígena tenía tal fuerza que, al parecer, se consideró que era muy limitado negociar como una demanda al gobierno la ratificación del mencionado Convenio, por lo que no la asumió dentro de la agenda de la mesa de negociación con el Gobierno. Hoy en día con una inserción significativa en la problemática nacional, y con un perfil creciente de factor de poder, se logró que el Congreso aprobara por unanimidad su ratificación. A finales de marzo de 1997 en el contexto de la caída del Presidente Bucaram el movimiento indígena logró que se suprima el Ministerio de Asuntos Étnicos y en su lugar se estableció el Fondo Nacional para el

10. Suscrito el 31 de marzo de 1995 en la Ciudad de México por el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, con la mediación de la Organización de las Naciones Unidas.

Desarrollo de los Pueblos Indígenas, dependiendo del Presidente de la República y en cuya secretaría se ubicó a la destacada lidereza indígena Dra. Nina Pacari.

5. Países como Honduras decidieron inaugurar una línea por los derechos indígenas inscritas en los esfuerzos por la transición democrática y ratificaron el Convenio, previamente habían creado una fiscalía para asuntos indígenas.

El camino hacia una Declaración Americana sobre Derecho de los Pueblos Indígenas

El 18 de noviembre de 1989 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó la siguiente resolución:

CONSIDERANDO:

...Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual se ha referido al proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y ha propuesto diversas medidas con el fin de fortalecer e impulsar dicho proceso, y

Que, asimismo, la Comisión, con ocasión de la celebración, en el año de 1992, del Quinto Centenario del Encuentro de Dos Mundos, ha propuesto la adopción durante ese año de un instrumento jurídico, relativo a los derechos humanos de las poblaciones indígenas.

RESUELVE:

...13) Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la preparación de un instrumento jurídico con miras a que pueda ser adoptado en 1992 relativo a los derechos de las poblaciones indígenas."

11. Luego de consultas informales con representantes de Gobiernos, organizaciones indígenas y expertos, la Comisión aprobó en su 80° período de sesiones, el 1° de octubre de 1991 una metodología para la preparación del nuevo instrumento:
 - a) La Secretaría de la Comisión prepara un cuestionario para solicitar opinión sobre las áreas a las que debería referirse el futuro instrumento legal, sobre la legislación y práctica actual en cada país respecto a esas áreas y sobre los derechos y garantías que el instrumento jurídico debería contemplar respecto a dichas áreas.
 - b) La Secretaría sometería a aprobación el cuestionario en el 81° período de sesiones de la CIDH a realizarse en febrero de 1992.
 - c) Se enviaría el cuestionario a gobiernos y organismos en febrero de 1992, solicitando a los gobiernos organicen una consulta amplia en su país,
 - d) La CIDH resumiría las respuestas y conclusiones de la consulta para presentarlas en el 83° período de sesiones de la CIDH a realizarse en febrero de 1993.
 - e) Una vez aprobado el resumen de propuestas de la Secretaría de la CIDH prepararía un borrador de instrumento jurídico para ser discutido y aprobado en el 84° período de septiembre de 1993.
 - f) El borrador de instrumento se enviaría a los gobiernos y organizaciones en septiembre de 1993, a fin de presentar resumen de observaciones a la CIDH en su 86° período de sesiones en septiembre de 1994.
 - g) La CIDH aprobaría el proyecto en septiembre de 94 y lo enviaría a Consejo Permanente y a Asamblea General.
 - h) El Consejo Permanente lo pasaría a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos la cual podría conformar un grupo de trabajo donde participaría un abogado de la CIDH. no habría plazo para este estudio.

Con la metodología de cuestionarios y reuniones así como con diversos ajustes al calendario originalmente previsto, la CIDH¹² fue conformando un perfil de demandas y conceptos que culminaron en la elaboración de un borrador que aprobó dicha Comisión el 18 de septiembre de 1995. Dicho texto expresaba una síntesis de las principales disposiciones del Convenio 169 y del Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que se está discutiendo en la ONU. Pese a incluir por primera vez la expresión "derecho indígena" en lugar de la tradicional y restringida de usos y costumbres, y de abrirse a nuevos campos como el del derecho al desarrollo y al medio ambiente, el proyecto tenía serios problemas y contradicciones en cuanto al uso de conceptos, por ejemplo hablaba más de comunidad y de poblaciones que de pueblos, más de tierras que de territorios, más de lenguajes que de lenguas.

Por su parte la CIDH ha informado que "Desde la aprobación del Borrador, se han concretado ya numerosas actividades de consulta sobre el mismo, que contienen propuestas referentes a derechos humanos, culturales, organizativos y políticos, y económicos de los pueblos indígenas de las Américas. Se solicitaron comentarios a los Gobiernos y a más de doscientas organizaciones indígenas. Como resultado de ello numerosos pueblos indígenas han discutido y analizado el texto borrador en sus asambleas y reuniones comunitarias. A nivel internacional el borrador fue analizado en reuniones con líderes indígenas y expertos gubernamentales en la Reunión Mundial de Pueblos Indígenas realizada en Arequipa, Perú, en octubre de 1995, en un Seminario del "Canadian Bar Association" en Ottawa, en ese mismo mes, en la reunión internacional especialmente dedicada a la Declaración Interamericana organizada por la Fundación Canadiense para América Latina y el Caribe (FOCAL) en Montreal, Canadá, en febrero de 1996, en una reunión especial en Guatemala organizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en febrero de 1996, y en mayo de 1996 en Denver, Colorado, organizada por el Consejo de Recursos Energéticos Tribales (CERT), con representantes de 134 organizaciones indígenas de Estados Unidos y Canadá. En el mes de noviembre de 1996 se realizaron dos reuniones regionales de consulta con gobiernos y organizaciones indígenas. La primera reunión se llevó a cabo en Guatemala del 14 al 16 y la segunda en Quito, Ecuador, del 21 al 23 de noviembre de 1996.

12. La CIDH, órgano principal de la OEA en el área de los derechos humanos, ha intervenido anteriormente en la preparación de los borradores de los instrumentos americanos sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969), sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1980) sobre Abolición de la Pena de Muerte (1990), para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); y sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), entre otros.

Continúa la CIDH, el borrador de Declaración ha tenido amplia difusión, además de su publicación en libros y revistas especializadas de América y Europa, es accesible electrónicamente en INTERNET (www.oas.org). Asimismo, y con el consentimiento de los autores, la CIDH hará públicos los comentarios que reciba de Gobiernos e instituciones indígenas, algunos de los cuales ya han entregado sus comentarios.¹³

A lo largo del proceso la CIDH ha promovido otras expresiones de voluntad política y de compromisos diplomáticos que fortalezcan su mandato de 1989, tales como el de 1994 en la Cumbre de las Américas, celebrada en Miami, donde los países miembros de la OEA decidieron entre sus prioridades apoyar un proceso de revisión y mejoramiento de la protección de los derechos indígenas, y enfocar sus energías en fortalecer el ejercicio de los derechos democráticos y el acceso de las comunidades indígenas a los servicios civiles, en observancia de la Década Internacional del Pueblo Indígena declarada por Naciones Unidas.

También en 1995, la Asamblea General de la OEA, reafirmó en su Declaración de Montreal ese compromiso al declarar que "...en la diversidad étnica y cultural radica una de las mayores potencialidades del hemisferio y que es deber de la OEA valorar e incorporar dicha realidad en la búsqueda del desarrollo de los pueblos de América". Expresó entonces su "compromiso de promover el desarrollo económico y social de las poblaciones indígenas con especial atención a las cuestiones relacionadas con los derechos humanos, el medio ambiente, la educación y la salud..., en la búsqueda de políticas de desarrollo social que incluyan la protección y promoción de sus derechos y de su diversidad cultural".

Si bien han sido importantes todas estas gestiones, en el ámbito de la consulta se observó que al inicio de este proceso, propiamente en 1990, la CIDH envió primero un cuestionario, donde las preguntas que lo integraban tenían muchas de ellas el enfoque de derechos individuales más que el de los colectivos de los pueblos y además, los resultados de las respuestas recibidas fueron poco conocidos y analizados. Por otra parte, se remitió a las organizaciones y gobiernos el primer borrador y no todas las organizaciones tuvieron oportunidad de analizarlo y reaccionar, factor que puede ocasionar dificultades en la siguiente etapa del proceso.

El 26 de febrero del presente año, la CIDH dio un paso importante al aprobar un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que refleja la decisión y voluntad política de asumir las principales demandas de los pueblos interesados, supera y sustituye al borrador del 18 de septiembre de 1995, recomendando a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias a fin de lograr consenso sobre la misma para adoptarla en la reunión de la Asamblea General de la

13. Comunicados de Prensa CIDH, Washington, D.C., 28 de mayo y 30 de octubre de 1996.

OEA de 1998, en conmemoración del 50° Aniversario de la OEA, y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹⁴

El Proyecto de Declaración se inicia “recordando que los pueblos indígenas de las Américas constituyen un segmento organizado, distintivo e integral de su población y tienen derecho a ser parte de la identidad nacional de los países, con un papel especial en el fortalecimiento de las instituciones del Estado y en la realización de la unidad nacional basada en principios democráticos”. “Recordando la necesidad de desarrollar marcos jurídicos nacionales para consolidar la pluriculturalidad de nuestras sociedades”.

La relación de los pueblos y culturas indígenas con la ecología, la importancia de la erradicación de la pobreza, su derecho al desarrollo, la convivencia y respeto que merecen, la supervivencia indígena y su relación con los territorios, así como los avances jurídicos ya logrados en los países americanos, son también temas incluidos en el Preámbulo.

En sus seis secciones, el Proyecto de Declaración se refiere a los aspectos especiales de la aplicación de los derechos humanos a los pueblos y personas indígenas; al desarrollo cultural y el derecho a su integridad, lenguas, educación, familia, salud y protección del medio ambiente. Enfoca luego aspectos de sus derechos organizativos y políticos, incluyendo el derecho al autogobierno, el derecho indígena y su relación con los ordenamientos jurídicos de cada Estado. En el capítulo sobre derechos sociales, económicos y de propiedad, se refiere a las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural, derechos laborales, de propiedad intelectual y del derecho al desarrollo.

En su última sección incluye proposiciones sobre los alcances de la Declaración, enfatizando que la misma debe entenderse dentro de los principios de la OEA, incluyendo la igualdad soberana, la integridad territorial y la independencia política de los Estados.¹⁵

Hasta ahora el movimiento indígena a nivel continental ha mantenido una posición desigual, marcada en lo general, por una situación de indiferencia ya sea por desconocimiento, por encontrarse inmersos en álgidos procesos nacionales, por la contradictoria imagen que tiene para ellos el ámbito de la OEA o bien, porque se considera que todo proyecto que distraiga la atención sobre el que está en curso en la ONU vulnera a éste que es el objetivo principal del movimiento indígena en la región.

14. El 7 de marzo de 1997 la Comisión formalizó la entrega de dicho Proyecto al Secretario General de la OEA, Dr. César Gaviria. El Presidente de la CIDH, Embajador John Donaldson, explicó al Secretario General la amplia consulta realizada entre gobiernos, organizaciones indígenas y expertos, desde octubre de 1995.

15. Comunicado de prensa de la CIDH, Washington, D.C., 7 de marzo de 1997.

Se puede producir el fenómeno político que se ha presentado respecto al Convenio 169 de la OIT en el sentido de que algunas organizaciones indígenas lo consideran "inferior" o más limitado respecto al proyecto de declaración que se discute en la ONU y piensan que ratificarlo en sus países o promover su ratificación implica boicotear al de la ONU. En Guatemala se dio el caso de que se expresara que la promoción de otros instrumentos jurídicos, sea el de OIT o el de la OEA puede limitar lo que ya tienen en el acuerdo firmado en el marco de las negociaciones para la paz.

La CIDH debe tomar en cuenta estos factores, en primer lugar, recordar que la más amplia difusión que ha realizado no ha tenido como base el documento que recién aprobó como proyecto y, en segundo lugar, hasta ahora la CIDH no ha dado una explicación oficial respecto a su opción por un instrumento jurídico tipo declaración en lugar de una Convención o un protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos. Este es otro de los motivos de inquietud que probablemente influyan en la reacción indígena. Sin embargo, es previsible que el contenido del nuevo proyecto, una vez que se conozca y se compare con el borrador del 96, despertará adhesiones más enfáticas por parte del movimiento indígena, respaldo por demás indispensable dado el marco de objeciones de los Estados en torno a los conceptos fundamentales del derecho indígena.

Políticas públicas y pueblos indígenas

En nuestros países la aplicación de normas constitucionales está atada a la discrecionalidad que entraña "la voluntad política" de aplicarlas. Esta línea se pone en crisis frente a unos sujetos políticos interesados en exigir su cumplimiento.

En lo general encontramos ausencia de políticas nacionales, de Estado, frente a los pueblos indígenas, salvo los casos de Brasil y México las políticas gubernamentales en América Latina son recientes, erráticas y muy dependientes de las preferencias o inclinaciones de quienes tienen a su cargo las instituciones. No parece encontrar un punto de encuentro la nueva dinámica de derechos de los pueblos con las instituciones y proyectos indigenistas de los Estados, éstos tienden a valorar como peligroso el compromiso por el pleno ejercicio de estos derechos ante la evidencia de que su impulso conlleva a la confrontación con la lógica imperante en el conjunto de instancias gubernamentales. Mientras los gobiernos de Bolivia y Colombia parecen estar dispuestos a definir una política y una línea institucional de nuevo tipo y acorde al marco constitucional de derechos, siempre con la tensión de la insuficiente participación directa de representaciones de los pueblos indígenas, el de Ecuador que como ya señalamos tiene un precario marco constitucional

asumió recientemente la decisión de crear una instancia cuya dirección estaría orgánicamente ligada al movimiento indígena del país,¹⁶ el de México transita aún por la ambigüedad de su política indigenista destinada a transformarse radicalmente como consecuencia de las nuevas definiciones constitucionales que están a debate y que otorgarían autonomía a los pueblos indígenas, mientras tanto se cuenta ya con líneas de trabajo que podrían confluir en una nueva relación del Estado con los Pueblos Indígenas, es el caso de proyectos de fondos regionales, de cultura y de procuración de justicia que transfiere recursos directos a organizaciones indígenas y que, con todo y su insuficiencia apuntarían a la transición del esquema indigenista prevaleciente que concibe a los pueblos más como objetos de atención que como sujetos de derecho. Pese a estos intentos de innovación, prevalece la posición de los gobiernos a salirse por la puerta falsa del llamado "combate a la pobreza" que en el mejor de los casos, en muy pocos de ellos, logra paliativos que le permiten limitados márgenes de legitimación ante la "clientela" favorecida por sus acciones.

Se ha señalado que lo verdaderamente grave es la pobreza, más que la ausencia de derechos. El problema no es definir que es más grave, en la base de las demandas indígenas está el reconocimiento a su Derecho para decidir, entre otras cosas, sus estrategias para la satisfacción de sus necesidades humanas fundamentales. No se trata de que el Estado simplemente canalice recursos económicos, sino que se trata de terminar con el manejo clientelar de los mismos que ha provocado más división interna que solución a la pobreza.

Floriberto Díaz, líder mixe, mexicano (+), afirmaba categórico: "Desde lo indígena, el desarrollo no tiene futuro cuando se decide finalmente desde el Estado. Por ello, tenemos la certeza de que si somos nosotros quienes decidimos realmente, podemos armar y ejecutar proyectos eficientes... La ciencia y la tecnología modernas no están opuestas al desarrollo de los pueblos indígenas. Tampoco nos sentimos condenados a abandonar nuestra cultura si la adaptamos y usamos para reforzar nuestra comunitariedad para un desarrollo a la altura de los tiempos".¹⁷

Por otra parte, bien sabemos que el problema no se resuelve con estrategias aisladas, ni fondos "etiquetados", sino que la extrema pobreza de indígenas y no indígenas es resultado de un modelo económico. Uno de los problemas nodales en la relación de los pueblos indígenas con el Estado Nacional es el de la democracia, esto es el de su posibilidad de participación en la toma de decisiones y en la ejecución de todo aquello

16. Consejo Nacional de Planificación y Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Negros del Ecuador.

17. Ponencial "Cultura para el Desarrollo" presentada en el II Encuentro de Etnias de Oriente y Occidente. Tepic, Navarit. 1992.

que les afecte. Así pues, relativizar el planteamiento del Derecho Indígena con el argumento de que lo verdaderamente urgente son los recursos económicos, parece inexplicable cuando lo que pretenden los pueblos indígenas es participar con plenos derechos en todos los ámbitos y niveles de gobierno, donde se decide, entre otras cosas, la política económica de la Nación.

Las crecientes movilizaciones indígenas en regiones que conjugan extrema pobreza y marginación social y política está generando una tendencia muy grave y creciente en países como México o incluso Perú que consiste en valorar la problemática indígena bajo un esquema de seguridad nacional en lugar de proponerse, incluso bajo un esquema de gobernabilidad, el fortalecimiento del estado de derecho con la ampliación del marco constitucional que propicie la participación directa de estos pueblos en la definición y ejecución de políticas nacionales. Aunado a esto encontramos que existe una especie de esquizofrenia en los Estados al asumir a través de sus cancillerías posiciones contrarias a los derechos indígenas ya reconocidos en el ámbito interno, contradicción que guardan también frente a sus propias instituciones indigenistas las que, con frecuencia no participan o si lo hacen no se considera su opinión para tales definiciones y estrategias. Así tenemos que camina la política institucional indigenista por un lado y la posición de "Estado" por otro. Hay situaciones muy preocupantes, el caso de Guatemala lo sería, después de un complicado proceso de paz con población mayoritariamente indígena pareciera perfilarse la línea de canalizar a través de una institución naciente, el Fondo Indígena guatemalteco, toda la política de desarrollo que debería reflejarse en la política nacional. En Perú la nueva política consiste en incorporar el tema indígena a la estructura de atención del ministerio de promoción de la mujer y el desarrollo humano creado el 29 de octubre de 1996 mediante Decreto Legislativo 866. De él depende la Gerencia de desarrollo humano que "promueve, ejecuta y supervisa políticas y programas en el campo del desarrollo humano, con la finalidad de elevar la calidad de vida de las personas, la familia y en especial grupos en situación de riesgo, impedidos físicos y de las poblaciones indígenas" (documento del Ministerio de Promoción de la Mujer y el Desarrollo Humano. Gobierno del Perú, 1997).

Respecto a la presentación política de los pueblos existe la tendencia a propiciarla en términos de la lógica de los programas gubernamentales, institucionales, más que en la de su necesaria autonomía y capacidad de decisión. Alrededor de las instituciones se mueven cuadros indígenas que han asimilado la ideología de la intermediación lo que en ocasiones conduce a una auténtica sustitución de los pueblos.

La razón de estado frente al Derecho Indígena

De la misma manera que podemos reconstruir la trayectoria de la juridización de las demandas de los pueblos indígenas, se ha ido gestando en los Estados Naciones de América Latina un inventario defensivo que en aras de la eufemista unidad nacional y soberanía expresa una creciente cerrazón ante la necesidad de cambiar la naturaleza del orden jurídico y dar entrada como principio constitutivo al de la pluriculturalidad. Hay sin duda mucha ignorancia, prejuicio y discriminación en las posiciones oficiales pero hay sobre todo conciencia de la contradicción que entraña para sus aspiraciones neoliberales y globalizadoras el compromiso de reconocer a unos sujetos de derecho que demandan autonomía constitucional para decidir los asuntos fundamentales relacionados con la vida de sus pueblos entre los que destaca su inserción en la vida política nacional para garantizar su adecuada relación con la naturaleza, el acceso al uso y disfrute de los recursos naturales, la posibilidad de participar en la toma de decisiones sobre los proyectos de desarrollo. Como vemos no se trata de demandas culturalistas ni susceptibles de reducirse al folklore inofensivo de los usos y costumbres o la contratación de maestros que hablen lengua indígena. Por ello se ha planteado que se requiere una reforma del Estado.

Cuando se revisan las memorias del debate para la elaboración del Convenio 169 encontramos que si bien se presentaron objeciones no hubo una posición homogénea de los Estados y las dos partes que adicionalmente integran la estructura tripartita de la OIT, trabajadores y empleadores, aportaron muy poco. Los candados del 169, por ejemplo al concepto de pueblo o a los recursos de dominio exclusivo del Estado, reflejan las preocupaciones de los Estados miembros, sin embargo, se observa un proceso de real conciliación de textos y de posiciones. Probablemente se dio esta situación porque los Estados se guiaban por la lógica de que las normas internacionales suelen tener poco impacto en el derecho interno y en la vida nacional. Lo cierto es que fueron los pueblos indígenas quienes le encontraron de inmediato un valor político programático al contenido del Convenio y pese a que no tuvieron participación significativa en su elaboración se apropiaron de él y pasó a formar parte de su red de estrategias ya sea para pedir su ratificación o para exigir su cumplimiento.

La Declaración de la ONU, la de la OEA y las discusiones sobre propuestas de reformas constitucionales en los países están siendo valoradas por los Estados con una batería similar de "razones de estado" sin considerar siquiera que tienen efectos jurídicos distintos sólo por el origen del sistema al que se adscriben, más bien tiende a prevalecer la posición de analizar las implicaciones de normas que son internacionales a partir del derecho interno y en ocasiones en contra del mismo como es el caso de

Brasil que contando con normas constitucionales vigentes, avanzadas, opina en contra de lo establecido en ella para instrumentos de “afuera”, igual sucede con los países que han ratificado el Convenio 169, como México, y que éste forma parte de la legislación nacional. Por ejemplo, a propósito del derecho a la protección ambiental, Argentina afirmó que “este delicado tema podría presentar el riesgo de generar un doble estándar de órdenes jurídicos...”¹⁸

En el marco del estado de derecho los Estados no deberían pretender limitar nuevas normas a partir de su rechazo ideológico y político a las que están vigentes y que deben respetar. No sorprende que Estados Unidos sugiera que no debe hablarse de “derechos” sino de “aspiraciones”, como vemos el propósito de disminuir el impacto jurídico está muy presente.

Si una declaración no produce en sí misma efectos vinculatorios no tiene por qué incluirse limitaciones como se hizo en el Convenio 169 el cual sí requiere ratificación de los Estados y produce efectos jurídicos en el marco nacional. Ilustra mucho Argentina cuando señala que “a pesar del carácter programático de la norma y la naturaleza solamente recomendatoria (no obligatoria) de la Declaración en general, no sería aceptable la redacción actual que podría convertirse en una base para futuros reclamos de orden pecuniario”.

Para ofrecer algunos ejemplos significativos y “acercar el espejo” me referiré a los argumentos que sustentan a la demanda indígena y a los que han sido cuestionados por los Estados respecto a los proyectos de ambas declaraciones.¹⁹

Concepto de Pueblo Indígena y Libre Determinación

Cuando se habla de los destinatarios de la protección, preservación, desarrollo y promoción de derechos indígenas, de inmediato se plantea la interrogante sobre cómo definir quiénes son indígenas. Problema ya resuelto internacionalmente y concretamente en el Convenio que obliga al Estado Mexicano, el 169 de la OIT. Dice el Art. 1°:

18. Todas las opiniones de los gobiernos han sido expresadas tanto en el grupo de trabajo de la ONU como a la CIDH en carácter de observaciones al primer borrador de la CIDH de septiembre de 1995. En el caso de México hasta ahora ha mantenido una posición equilibrada al considerar en sus opiniones el contenido del Convenio 169. Digo hasta ahora porque recientemente el representante de la SER presentó los argumentos del Gobierno Federal contra la propuesta de COCOPA en el quincuagésimo período de sesiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Comisión de Derechos Humanos en la ONU.

19. Encontraremos una enorme similitud con los que se han objetado en el proceso del diálogo en México respecto a los Acuerdos de San Andrés derivados de la mesa de Derecho y Cultura Indígena en el marco de las negociaciones entre el Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
 - b) los pueblos son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

En este caso la definición del sujeto está claro, en este artículo no se dejó a la libertad de los Estados miembros de la OIT que ratificaran el Convenio, la facultad de decidir qué entenderían por pueblos. El numeral tres aclara lo que ha sido preocupación fundamental de los estados, el uso del término pueblos no significa de manera alguna autodeterminación política, ni separación del Estado Nacional.

Sin embargo, debemos anotar que en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, la definición del concepto de pueblo indígena es un tema abierto a debate en el contexto de la elaboración de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, para cuya discusión se ha propuesto considerar los siguientes elementos:

- I. Tierras y Territorios tradicionales,
- II. Continuidad histórica,
- III. Características Culturales distintivas,
- IV. Carácter de grupo no dominante en la población de un país,
- V. Conciencia de la Identidad y Conciencia de Grupo.

Como elementos concretos señaló:

1. La ascendencia común,
2. Los aspectos culturales que abarcan la religión,
3. La organización tribal,
4. La pertenencia a una comunidad indígena,

5. La indumentaria y los medios de vida,
6. El idioma,
7. La conciencia de grupo,
8. La residencia en ciertas regiones del país y,
9. La aceptación por parte de la comunidad indígena (9).

El Banco Mundial, por su parte, ha definido los criterios que deberán considerarse en la institución, para reconocer la presencia de pueblos indígenas:

- a. una estrecha vinculación con territorios ancestrales y los recursos naturales de esas zonas,
- b. autoreconocimiento y reconocimiento por parte de otros como miembros de un grupo cultural característico,
- c. un idioma indígena, a menudo diferente del idioma nacional,
- d. presencia de instituciones sociales y políticas basadas en las costumbres y,
- e. producción principalmente de subsistencia (10).

Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen en su artículo primero (numeral 1.1.):

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

El Convenio 169 de la OIT, si bien no establece de manera explícita el derecho a la autodeterminación, sí lo presupone al señalar desde su inicio, en el preámbulo, la necesidad de que los pueblos controlen sus instituciones propias dentro del marco del estado en que viven, también establece los principios de participación y consulta en la toma de decisiones y el control "hasta donde sea posible" sobre su desarrollo social y cultural.

El ejercicio de este derecho fundamental a la libre determinación en el marco del Estado, no fuera de él, es la garantía de preservación y desarrollo de los pueblos indígenas, derivado de ello, la demanda de autonomía y autogobierno son condiciones básicas. La autonomía y el autogobierno no son otra cosa que la capacidad de decidir los asuntos fundamentales de acuerdo con su cultura y bajo unas reglas pactadas con el Estado.

La resistencia y persistencia de estas colectividades sociales se ha basado en su convicción de no permitir su asimilación a un Estado, un Derecho, una Sociedad y una Cultura que los niega, discrimina y que les ha marginado de todo acceso a los derechos sociales y políticos como pueblos y como ciudadanos.

De parte Estatal se indica que debe utilizarse el término “poblaciones” en lugar de pueblos indígenas. “para evitar interpretaciones erróneas” ya que el concepto evoca la resolución 1514 de la ONU, que se titula “Declaración sobre la concesión de la independencia a los Países y Pueblos Coloniales” y que establece:

todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación: en virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Asimismo, se considera insuficiente la aclaración de que no se dará la implicación del derecho internacional (destacan en esta posición Argentina y Brasil). Estados Unidos, por su parte, sugiere otro concepto alternativo, el de “sociedades indígenas”:

son aquellos grupos que están compuestos o son descendientes de personas que habitaron una área geográfica con anterioridad a la soberanía del presente Estado; históricamente ejercieron la soberanía o los atributos de la soberanía y conforman una comunidad distinta con sus propias instituciones.

Es evidente la intención de desnaturalizar el concepto al hablar de grupos que descienden de personas. De ahí la base para hablar de derechos individuales y no colectivos como veremos.

Territorio

Respecto al derecho al territorio, su reconocimiento y ejercicio es necesario para garantizar la existencia misma de los pueblos indígenas por ser éste el espacio donde ejercen control político y el derecho a la propia cultura, a la posibilidad de mantener y desarrollar su relación con la naturaleza, sus expresiones artísticas, sus creencias, su historia misma, su versión de la historia.²⁰

Es decir, existe un reclamo de jurisdicción que hasta ahora los estados nacionales han rechazado bajo el argumento de que dicho reclamo atenta contra su integridad y soberanía. Por ello se ha insistido en reducir o en circunscribir este derecho, al derecho al uso de la tierra como espacio productivo, cuya explotación puede realizarse individual o colectivamente siempre en el marco del derecho privado por antonomasia, el de propiedad. Se puede aceptar la posibilidad de luchar por tener más o menos extensión de tierra, pero no se acepta que un pueblo tenga autoridad, capacidad de decisión.

Para los Estados el concepto es peligro por coincidir con el que consideran elemento consustancial a su propia existencia. Ahora bien, es cierto que el concepto coincide pero no su sentido y alcances, en el plano indígena el territorio es el hábitat necesario para desarrollar la cultura, no

20. Del documento “Los Derechos de los Pueblos Indígenas”, preparado por un Comité de Expertos, indígenas y no indígenas, auspiciado por el IIDH, San José de Costa Rica.

implica dominio ni afecta al que de manera exclusiva se reservan algunas naciones, inclusive esta excepción está incluida en el Convenio 169 de la OIT.

1. Estos argumentos no convencen a los Estados, por ejemplo Brasil ha señalado que lo aceptaría si se habla de territorio cultural pero prefiere tierras porque “evitaría el contenido político que encierra”... dado que no se busca un poder paralelo al Estado sino proteger el derecho al pleno usufructo del hábitat por las comunidades indígenas... es uno de los componentes del Estado, es el espacio físico dentro del cual se ejerce la soberanía nacional. Argentina, por su parte, consideró que este concepto es el ámbito espacial de validez del orden jurídico nacional por lo que es inaceptable.

Derechos Individuales y Derechos Colectivos

Como sabemos, la concepción clásica de los derechos humanos define como destinatario o destinataria a la persona. Así lo podemos constatar en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y en el de los Derechos Económicos y Sociales. Situación que se refleja de manera similar en la Declaración Americana y en el Pacto de San José. Hay así derechos humanos básicos para toda persona independiente de su género, raza, lengua, religión. Son derechos universales, derechos iguales. Esta concepción ha sido ampliada del plano de los derechos civiles y políticos a los económicos y sociales, es decir, al del contexto necesario para que se respeten y ejerzan los derechos inherentes a todo ser humano.

La situación de los pueblos indígenas en nuestros países es muy compleja, encontramos que sólo la dimensión de violación a sus derechos individuales podría ocuparnos y preocuparnos. Al realizar un obligado repaso a los indicadores sociales de la pobreza encontramos que su asiento principal estaría localizado en las regiones indígenas. El analfabetismo, la mortalidad infantil, la desnutrición y la morbilidad asociada, la baja esperanza de vida llegan a duplicar sus índices respecto al promedio general. Por otra parte el fenómeno de la discriminación y las condiciones de acceso a la justicia son con mucha frecuencia factores de abierta violación.

Otro aspecto fundamental de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es el relativo al ejercicio de formas propias de organización social y política. Estos pueblos tienen normatividad propia, formas internas de control social, sistema de cargos, mecanismos y procedimientos que en conjunto les han permitido mantener con mayor o menor fuerza la vida comunitaria.

Es importante introducir la consideración de que si bien hay pueblos indígenas que subsisten, muchos de ellos han desaparecido ante el despojo de sus territorios. De la misma manera hablamos de que existen formas de organización social propias, sin que ello signifique afirmar que no han sufrido cambios profundos o que no expresan contradicciones en donde en ocasiones no se respetan los derechos humanos fundamentales. Por tanto no estamos sugiriendo que los pueblos indígenas sean un espacio social ideal, romántico, donde todo funciona coherentemente, donde se respetan y aplican los mismos valores comunitarios originales y todos sus miembros los acatan convencidos. Si así fuera, bien podríamos preguntarnos sobre el sentido de reivindicar la necesidad de una propuesta jurídica constitucional que les reconozca derechos colectivos, cuando sobreviven tan bien fuera de la legalidad.

Suele responderse a la demanda por el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas que las Constituciones nacionales contienen un avanzado capítulo sobre garantías fundamentales para todos los individuos, incluidos, por supuesto, los indígenas. Por lo tanto, pedir reconocimiento de derechos diferentes es cuestionar el principio de universalidad, es crear inaceptables regímenes de excepción, derechos especiales, establecer discriminación positiva y, en última instancia, vulnerar uno de los pilares del orden jurídico. Todo ello sería válido si se plantearan derechos para los indígenas en tanto personas. Sin embargo, se está buscando el reconocimiento constitucional a una realidad social que permanece a contrapelo de la pretensión de homogeneidad y de igualdad. Los pueblos indígenas persisten, han practicado y practican formas de organización social y política, y cuentan con culturas diferentes que por lo demás están en nuestras raíces como Nación. Ninguna de las llamadas garantías individuales permite la adaptación a estos derechos colectivos, a estos derechos de pueblo, a este nuevo sujeto jurídico.

Se ha convertido en dogma e incluso en lugar común el señalamiento de que los derechos colectivos nunca estarán por encima de los individuales, esta limitación establece la prevalencia del derecho individual sobre el colectivo lo que en la práctica puede traducirse en otorgar el derecho de veto a cualquier miembro de la comunidad. Los casos de atropello de derechos individuales deberían juzgarse jurisdiccionalmente.

Según la doctrina clásica a cada derecho individual corresponde una acción individual y el titular del derecho es el titular de la acción, en este caso se trata de derechos cuya titularidad es difusa, porque no puede ser individualizada. Por ejemplo, todos los integrantes de un pueblo son sujetos del mismo derecho; todos tienen su disponibilidad y, al mismo tiempo, no pueden contrariarlo porque violarían los derechos de todos los otros miembros del pueblo. Por ello, su violación o desconocimiento acaba por condicionar el ejercicio de los derechos individuales

tradicionales. Por ejemplo, en el caso de la libertad de creencias cuando se impide a los pueblos indígenas el acceso a sus lugares sagrados, se viola el derecho del pueblo y el de los individuos que lo integran.

En el terreno de las consultas y opiniones estatales y de la OIT encontramos:

1. No obstante que Estados Unidos se opone a los derechos colectivos, cuando plantea la contrapropuesta de definición de pueblo por sociedades indígenas, utiliza referentes históricos, reconoce soberanías anteriores al Estado y llega incluso a aceptar un trato con dichas sociedades “de gobierno a gobierno”, o cuando explica la personería jurídica de esos grupos.
2. Se deben reconocer derechos colectivos siempre y cuando no impidan los individuales (Venezuela).
3. Existen derechos colectivos de pueblos indígenas que son específicamente colectivos y que no están relacionados con los derechos individuales, como los derechos a tierras ancestrales, derechos a una cultura común que son (OIT).

Derecho Indígena

Es necesario enfatizar que tratándose del orden jurídico de la pluriculturalidad, estamos frente a un proceso político que expresa al movimiento de los pueblos indígenas y a sus reivindicaciones en materia de reconocimiento de derechos anteriores a la creación misma del Estado. Al mismo tiempo, nos encontramos ante el desafío de cuestionar los principios del orden jurídico excluyente de la diversidad que cada vez más crecientemente demanda de nuevas categorías y conceptos también, dicho sea de paso, demanda de todos, del conjunto de la sociedad una profunda transformación ética e ideológica que nos permita combatir las múltiples caras de la discriminación hacia los pueblos indígenas e incluso de racismo, del cual hemos sido partícipes.

En este proceso, y en el interés de dar cuenta de situaciones que no se han visto reflejadas en el orden jurídico, hemos recurrido a conceptos que en última instancia continúan subordinando al derecho indígena. Es el caso de la utilización de las expresiones “usos y costumbres”, “costumbre jurídica” e incluso “derecho consuetudinario”.

En contraste, el concepto de “pluralismo legal” se ha utilizado con el ánimo de romper con la visión de las expresiones mencionadas y de promover el reconocimiento de sistemas alternativos al del orden jurídico nacional. Incluso, se le ha relacionado con experiencias no indígenas de resolución alternativa de conflictos, como una respuesta a la ineficacia de los sistemas nacionales de administración de justicia. La tesis implícita de esta posición es que ante la crisis del Estado, requerimos menos Estado y

más Sociedad, en lugar de plantear la necesidad de su profunda reforma. Así, de manera mecánica, vemos que se ha puesto atención al sistema normativo de resolución de conflictos en el medio indígena, suponiendo que se trata de una simple jurisdicción, en el sentido que la entiende el derecho tradicional y olvidando que en el medio indígena se resuelven conflictos como uno más de los múltiples factores que integran a una cultura y una identidad y que el indígena que acepta los veredictos de la jurisdicción indígena lo hace por la previa e histórica voluntad de mantenerla.

De esta concepción proviene la confusión entre pluralismo jurídico y jurisdicción indígena, donde pluralismo jurídico significa asumir la diversidad de sistemas de resolución de conflictos y con ello se reducen las potencialidades de un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural.

También en este tema se entabla el debate y opinan los estados que:

1. Al otorgarle reconocimiento al derecho indígena, prácticamente autoriza la existencia de un marco jurídico paralelo, lo que se opone a lo establecido en la Constitución (Argentina, arts. 31 y 75).
2. El reconocimiento de las normas consuetudinarias no puede suprimir la aplicación de las normas vigentes en los sistemas jurídicos nacionales (Brasil).
3. El derecho indígena es una legislación especial, que si bien forma parte de la del país no aparece claro el "acceso" de los indígenas a la nacional (Estados Unidos).

Derechos Políticos

Otro de los problemas nodales en la relación de los pueblos indígenas frente al Estado y a las organizaciones políticas partidarias, es la exclusión sistemática de su participación directa en todos los niveles de gobierno. La falta de reconocimiento constitucional a las formas propias de organización social y política ha derivado en la pretensión de imponer un esquema de participación política homogéneo, uniforme y pretendidamente nacional. Los partidos políticos responden a esta concepción y tampoco se han preocupado por atender a la búsqueda de espacios que propicien la inclusión de los pueblos indígenas. En la práctica se han limitado a acudir a los pueblos en épocas electorales. Existe una enorme incompreensión sobre estos temas, prueba de ello es la opinión que sugiere suprimir la afirmación de que "los pueblos indígenas tienen derecho a decidir democráticamente... (derecho al desarrollo) en virtud de que "las evidencias etnográficas demuestran que no siempre las formas de decisión de las sociedades indígenas pueden ser caracterizadas como democráticas" (Brasil).

En la última década han surgido organizaciones indígenas que reivindican el conjunto de los derechos de los pueblos y han jugado un papel importante. Sin embargo, ese liderazgo, llega a la arena política con demandas propias y bajo las reglas del juego que ahí se practican lo que en ocasiones propicia que se olvide el vínculo con el sector que representan. Este elemento es fundamental para la cuestión indígena, mientras no se reconozca a los pueblos indígenas como sujetos de derecho de naturaleza colectiva y en consecuencia, a la comunidad como entidad histórica y de derecho público, la representación de las mismas estará sujeta a la calidad y voluntad de las organizaciones, de sus intermediarios, entre los cuales sin duda hay quienes defienden y practican con gran convicción la relación directa con la comunidad.

Existe una enorme incomprensión sobre estos temas, prueba de ello es la opinión que sugiere suprimir la afirmación de que “los pueblos indígenas tienen derecho a decidir democráticamente... (derecho al desarrollo) en virtud de que “las evidencias etnográficas demuestran que no siempre las formas de decisión de las sociedades indígenas pueden ser caracterizadas como democráticas” (Brasil).

La pluralidad jurídica y la jurisdicción indígena

Para mostrar la complejidad de alcanzar un Estado de derecho incluyente de la pluriculturalidad, asumimos que la ejecución de las nuevas normas debe guardar congruencia con el sentido de las nuevas normas. El problema no se resuelve simplemente con diseñar fórmulas novedosas, que actualmente las hay en las Constituciones de Bolivia y Colombia, por ello, debemos cuestionar conceptos y principios que están en la base de nuestra cultura constitucional dominante. Por ejemplo, el reconocimiento a los pueblos indígenas implica otorgarles un estatus de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos, por lo tanto el principio de generalidad de la ley no puede tener aplicación. Igual sucede con el concepto de soberanía que en el sentido tradicional, clásico, se refiere a la soberanía externa, frente a otros países, y que en el caso de los pueblos indígenas implicaría territorialidad, espacio donde se ejerce el poder político, la libre determinación. El propio caso de las jurisdicciones hasta ahora reconocidas en otros países, no pueden valorarse con la lógica de los principios constitucionales tal y como están porque resultamos dando implicación de derecho privado, de justicia entre particulares, a un asunto que debe ubicarse en el derecho público, en el nuevo derecho constitucional de la pluriculturalidad. La complejidad del problema se allana en parte si empezamos por asumir que los llamados principios jurídicos fundamentales del Estado deben transformarse.

Por lo anterior, es necesario enfatizar que tratándose del orden jurídico de la pluriculturalidad, estamos frente a un proceso político que expresa al movimiento de los pueblos indígenas y a sus reivindicaciones en materia de reconocimiento de derechos anteriores a la creación misma del Estado. Al mismo tiempo, nos encontramos ante el desafío de cuestionar los principios del orden jurídico excluyente de la diversidad que cada vez más crecientemente demanda de nuevas categorías y conceptos, también, dicho sea de paso, demanda de todos, del conjunto de la sociedad una profunda transformación ética e ideológica que nos permita combatir las múltiples caras de la discriminación hacia los pueblos indígenas e incluso de racismo, del cual hemos sido partícipes.

En este proceso, y en el interés de dar cuenta de situaciones que no se han visto reflejadas en el orden jurídico, hemos recurrido a conceptos que en última instancia continúan subordinando al derecho indígena. Es el caso de la utilización de las expresiones “usos y costumbres”, “costumbre jurídica” e incluso “derecho consuetudinario”.

En contraste, el concepto de “pluralismo legal” se ha utilizado con el ánimo de romper con la visión de las expresiones mencionadas y de promover el reconocimiento de sistemas alternativos al del orden jurídico nacional. Incluso, se le ha relacionado con experiencias no indígenas de resolución alternativa de conflictos, como una respuesta a la ineficacia de los sistemas nacionales de administración de justicia. La tesis implícita de esta posición es que ante la crisis del Estado, requerimos menos Estado y más Sociedad, en lugar de plantear la necesidad de su profunda reforma. Así, de manera mecánica, vemos que se ha puesto atención al sistema normativo de resolución de conflictos en el medio indígena, suponiendo que se trata de una simple jurisdicción, en el sentido que la entiende el derecho tradicional y olvidando que en el medio indígena se resuelven conflictos como uno más de los múltiples factores que integran a una cultura y una identidad y que el indígena que acepta los veredictos de la jurisdicción indígena lo hace por la previa e histórica voluntad de mantenerla.

De esta concepción proviene la confusión entre pluralismo jurídico y jurisdicción indígena, donde pluralismo jurídico significa asumir la diversidad de sistemas de resolución de conflictos y con ello se reducen las potencialidades de un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural.

Planteadas la distinción básica entre el todo, que es el principio de pluralidad jurídica y una de sus expresiones, en este caso la jurisdicción, presentará, a manera de ejemplos, la situación que guarda el tratamiento jurídico de este tema en Bolivia, Colombia, Ecuador y México, el cual provoca las mayores polémicas porque toca a uno de los pilares del orden jurídico, el de que la jurisdicción y el ejercicio de la acción penal es facultad exclusiva del Estado.

Recuento Colombiano

La nueva Constitución de 1991 introdujo normas en cuanto al reconocimiento de entidades territoriales y de autonomía para los pueblos indígenas, junto a ellas se abrió un nuevo espacio al reconocer una jurisdicción especial en estos términos:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrían 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 (art. 246).

A la fecha no existe legislación que establezca las formas de coordinación a que se refiere el precepto mencionado, sin embargo, la Corte Constitucional y destacados magistrados simpatizantes del planteamiento indígena, se han dado a la tarea de aplicar la nueva normatividad a fin de sentar jurisprudencia al respecto. Ilustremos con un caso específico:

Proceso de Tutela T)30116 promovido por Ananías Narvárez contra la directiva del cabildo de la Comunidad Indígena de el Tambo Municipio de Coyaima, Depto. de Tolima. 30 de mayo de 1994.

HECHOS:

1. Las autoridades tradicionales acusaron a Ananías Narvárez de saqueo de animales, cultivos, frutas, herbicidas y del hurto de un contador para alumbrado. Al llamarle varias veces la atención y no corregirse lo expulsaron. La decisión se tomó en reunión de la comunidad a la que asistió el acusado y decidieron que "no presentará denuncia penal para no perjudicarlo, siga por las buenas con nosotros y si no lo amarramos y lo llevamos a la ley ordinaria".
2. El Sr. Narvárez acudió ante un juzgado de primera instancia donde acusó a la comunidad porque "la decisión de expulsarlo de la comunidad y de confiscarle su parcela sin reconocerle el valor de las mejoras del predio va en contra de la prohibición de destierro y de la confiscación".
3. En primera instancia se negó la acción por considerar que la decisión de la comunidad fue un acto "democrático" y no jurisdiccional y que las autoridades decidieron en el marco del ejercicio de la libre asociación (se observa que pese a la resolución favorable a la comunidad no se asume que fue ejercicio jurisdiccional basado en el art. 246 de la Constitución). La defensa apeló y en segunda instancia se confirmó la sentencia por lo que pasó a la Corte Constitucional.
4. El objetivo de la Corte fue determinar si la decisión de la comunidad es un acto susceptible de control judicial que haya vulnerado los derechos. Para ello precisó que la comunidad es un ente público y no

privado y por tanto no rige la libertad de asociación. Por otra parte, definió que el procedimiento con el que se tomó la decisión no se transmite a la naturaleza del acto o decisión ni lo excluye por tanto del carácter jurisdiccional. Situación que por lo demás se inscribe en la Constitución (art. 246) y busca alcanzar la conservación de la diversidad en la unidad nacional.

5. La Corte fijó como reglas de interpretación las siguientes:
 - a) A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía indígena,
 - b) Los derechos fundamentales son el límite material al principio de diversidad étnica y cultural,
 - c) Las normas legales imperativas de la República, prevalecen sobre las comunitarias y éstas, sobre las normas legales dispositivas.
6. Hay por tanto prohibición explícita de imponer como pena la expulsión o destierro con lo que además se provocó daños a terceros (la familia del expulsado). Argumentó que la sanción provocaría la ruptura con el entorno cultural inserción y la forzosa en un medio cultural diferente en condiciones de inferioridad.
7. Por lo anterior resolvió ordenar a la comunidad acoger de nuevo al expulsado y tomar “otra decisión” con apego a la Constitución y que no afecte a la familia del inculpada. Ordenó vigilar el cumplimiento y en su caso definir una sanción contra la comunidad por incumplimiento de sentencia.

COMENTARIO:

Las sentencias más conocidas de la Corte Constitucional están juzgando a la comunidad en ausencia y prevalecen las valoraciones propias del orden constitucional tradicional. En ninguna de las fases del proceso con sus diversas instancias, la comunidad fue escuchada, su voz fue sustituida por el perito antropólogo que valora el daño cultural para el individuo sancionado y nunca se planteó que el bien jurídico que pretende proteger la comunidad era legítimo en tanto la conducta antisocial del acusado vulneraba intereses fundamentales para su subsistencia. ¿Cuáles son las implicaciones de reconocer la jurisdicción a los pueblos indígenas?, al parecer siguen sujetos a la situación de hecho, es decir la voluntaria aceptación interna de las resoluciones comunitarias. Llama la atención que en el medio colombiano, abogados y antropólogos citan este caso reiteradamente y ninguno conoce el desenlace; ¿cómo reaccionó la comunidad?

¿Son éstas las aspiraciones de los pueblos indígenas? El senador indígena Gabriel Muyuy se preguntaba preocupado “¿no habremos equivocado la metodología, aprobamos unas normas que ahora que vamos a explicarlas

a las comunidades dicen que no quieren eso?"²¹ ¿Qué jurisdicción indígena sobre problemas sustantivos se puede ejercer con la limitante de que no sea contraria a la Constitución y Leyes de la República como señala el artículo 246?

Recuento Boliviano

Siguiendo muy de cerca la influencia colombiana, en 1994, fue reformada la Constitución para establecer entre otros reconocimientos el siguiente:

"Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado" (art. 171 fr.III).

En América Latina ha sido muy limitado el proceso de reglamentación de las nuevas normas constitucionales en esta materia, en Bolivia han elaborado un anteproyecto de nuevo código de procedimiento penal, que incluye disposiciones sobre el tema, criterio que parece correcto para evitar que las normas indígenas se consignent en legislaciones separadas o especiales, fuera de la dinámica del orden jurídico nacional.

1. El anteproyecto señala en sus considerandos:

En concordancia con la reforma constitucional, se reconoce a las comunidades indígenas la voluntaria sujeción a su derecho consuetudinario sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución Política del Estado en resguardo de los derechos humanos fundamentales y para los casos en que debe intervenir la justicia penal se han establecido normas que permiten un juzgamiento acorde con la realidad cultural del imputado.

2. En el Título XII: Procedimientos para delitos relacionados con pueblos indígenas se establece la opción de jurisdicción para atenerse a estos procedimientos o bien para que el indígena decida si prefiere el procedimiento común. Asimismo, establece que: para la etapa preparatoria se deberá contar con un consultor técnico especializado y con informes periciales de tipo cultural, la posibilidad de que se definan las modalidades de reparación del daño o las penas alternativas se cumplan con medidas acordes a la cultura, siempre que no atenten contra derechos fundamentales, facultándose al representante legal de las comunidades con ayuda de un perito, para que presenten propuestas.

3. En dicho título XII, Art. 36 se dispone:

21. Gabriel Muyuy, Senador Indígena, opinión expresada en el Seminario Internacional de Expertos sobre el régimen constitucional Indígena. Villa de Leyva, Colombia, julio de 1995.

Comunidades indígenas. También se extinguirá la acción penal cuando se trate de delitos o faltas 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 se declare la extinción de la acción penal ante al juez.

El juez convocará a la víctima o a sus familiares, al imputado, al fiscal y a los representantes legales de la comunidad o, cuando ellos no hayan sido nombrados, a seis miembros de la comunidad elegidos por la víctima y el imputado, a una audiencia oral dentro de los tres días de presentada la solicitud, con el fin de verificar si se reúnen los requisitos previstos en este artículo y en la Constitución Política del Estado”.

4. Si las partes llegan a un acuerdo en audiencia conciliatoria, el juez homologará y suspenderá el procedimiento, de no ser así, se sigue el procedimiento común para todos los juicios.
5. En todos los casos el tribunal se integrará por un juez técnico y dos jurados provenientes de la comunidad afectada. Si el conflicto comprende a dos comunidades o etnias se sorteará un jurado por cada una de ellas.

COMENTARIO

Parece insuficiente referir la ratificación a la jurisdicción indígena en unos considerandos en materia penal y hacerlo precisamente ahí y no en las normas legales, cuando el texto constitucional abre a una materia propiamente comunitaria, de cualquier forma son intentos positivos en este complejo proceso de juridicidad.

Recuento Ecuatoriano

En el Ecuador hay un débil marco constitucional en la materia, es eminentemente culturalista, reconocimiento a lenguas y educación, con ciertos avances a nivel de la legislación agraria. No existe normatividad respecto a jurisdicción indígena, así tenemos a la vista una sentencia cuyo origen fue un juicio comunitario en la comunidad de Atandahua, parroquia Guanujo, Cantón Guaranda, Provincia Bolívar. Al presentarse como causa común, el Juzgado Segundo Penal lo tradujo a un simple proceso penal donde la autoridad tradicional fue sentenciada en estos términos:

por andar administrando justicia en nombre de la República, asumió el rol investigador que supera las atribuciones dadas a las comunidades indígenas que lamentablemente tratan de hacerse justicia por sus propios medios y procedimientos, constituyendo con ello un peligro permanente para nuestra sociedad... se considera culpable de asalto por una pandilla encabeza por Segundo Antonio Muyulema de 63 años y se configura el delito de prisión arbitraria en contra de Carmen Eliza Carbajal y se impone 3 años de

reclusión menor que se conmuta por un año de prisión correccional (Exp. 170, 22 de febrero de 1994, Bolívar, Ecuador).

Recuento Mexicano

Hasta la década pasada, la legislación mexicana reflejaba el principio de igualdad jurídica contenido en la Constitución General. De esta manera cuando los indígenas entraban en contacto con las leyes nacionales podía observarse la rotunda contradicción entre sus valores, su cultura y lo que buscaba proteger dicho orden jurídico: si se trata de asuntos de tierras, los pueblos indígenas se han visto sometidos a arbitrarias demarcaciones de sus límites territoriales, a despojos que han provocado la desarticulación de sus estructuras tradicionales. Recordemos que la tierra es el espacio que alberga sus creencias, costumbres y tradiciones, es el sustento de su visión del mundo, es, en síntesis, el asiento fundamental de su cultura.

En los conflictos de orden penal hasta fechas muy recientes se le procesaba en un idioma que no entienden y sobre hechos que en su comunidad suelen tener otra valoración. Actualmente se cuenta con nuevos elementos procesales como la posibilidad del traductor o del peritaje cultural, sin embargo aún no se aplica suficientemente en la práctica judicial.

La aplicación de las nuevas disposiciones penales respecto a la traducción en lengua indígena, al peritaje cultural y a la obligación de considerar usos y costumbres ha presentado una serie de problemas. Destaca en primer lugar la posición de las instancias de autoridad encargadas de procurar y administrar justicia, no se han planteado que así como tienen sus peritos en balística, se deben allegar personal que conozca las lenguas y las culturas indígenas. Por otra parte, ya en la práctica de la defensoría se ha observado que resulta muy difícil para el traductor indígena asumir una actitud de "objetividad e imparcialidad" acerca del contenido del conflicto que se está juzgando, en realidad realiza una traducción de cultura. Los linderos entre la traducción, la interpretación y la defensa no aparecen claros a la vista de un indígena que comparte con el procesado toda una historia de marginación y violencia, ejercida por todo aquello que se llame autoridad externa a sus comunidades. Aquí se hace presente la experiencia común a los indígenas en la resolución de conflictos a partir de la conciliación. Por ello es ilustrativa la reflexión que por escrito hiciera un traductor indígena después de asistir a una audiencia: "Pido al Juez que antes de la hora citada, asegurarlos a ambos si están dispuestos a perdonarse los unos a los otros, porque depende de ellos la solución. Una vez que diga sí, levantar una acta a nombre de los rivales y archivarlos. Si llega a faltar cualquiera de los dos grupos buscar un castigo, presionarlos enseguida hasta que se cumpla, pero conforme a la

ley, solamente así va a respetarse a sus gentes y que los respeten también a ella".²² Como vemos, esta propuesta ya está considerada en el anteproyecto boliviano.

El traductor requiere una amplia capacitación jurídica y con frecuencia se presentan deficiencias en el manejo de la lengua. En muchas ocasiones detrás de las variantes lingüísticas se encuentran niveles serios de desconocimiento.

En el caso del peritaje, no se ha logrado especificar el uso de este medio de prueba para aquellos casos donde los hechos presuntamente constitutivos de delito se han realizado bajo la influencia del factor cultural. Hasta ahora el peritaje se ha minimizado al tomarlo como la prueba o constancia de que un sujeto es indígena o en otros casos se convierte en un largo discurso antropológico sobre lo que históricamente ha sido el pueblo al que pertenece el acusado, sin referencia a los hechos que se están juzgando.

La Ley establece la posibilidad de ofrecer el peritaje práctico por parte de una autoridad tradicional. Esta modalidad no ha sido utilizada, generalmente el procesado ya perdió el vínculo con su comunidad que en ocasiones expulsa a sus miembros mediante su entrega a la autoridad judicial.

Los jueces continúan sentenciando indígenas sin hacer referencia a los usos y costumbres y cuando lo hacen, pueden caer en un folklorismo jurídico al citar "costumbres" fuera de contexto.

A este respecto es necesario señalar que el capítulo del Convenio 169 que aborda el tema, lo hace desde el punto de vista de esta segunda situación, es decir sugiere normas posibles para hacer más efectivo el acceso de los indígenas a la jurisdicción del Estado, señala que deberán tomarse en consideración las costumbres o que deberán preferirse los mecanismos de sanción propios de las comunidades entre otras consideraciones, pero no asume que un Estado de derecho moderno debería incluir a toda implicación la posibilidad de otorgar jurisdicción a los pueblos indígenas desde la base, desde el nivel comunitario.

Este panorama nos muestra la tendencia normativa que establece "derechos" cuyo ejercicio saca a la comunidad de su dinámica, les impone una visión jurídica que les es ajena y, sobre todo, le obliga a utilizar servicios especializados de intermediarios profesionales con los que en general no cuenta. Para concluir este recuento se anota que la adición al artículo cuarto constitucional, posterior a las reformas penales y a la ratificación del Convenio 169, no aporta nuevos elementos fuera de

22. Declaración de Rafael Flores Mejía, traductor indígena triqui, radicado en el Distrito Federal.

sugerir que la ley garantice el efectivo acceso de los pueblos indígenas a la jurisdicción del Estado y que en los juicios y procedimientos agrarios se “tomarán en cuenta” sus prácticas y costumbres jurídicas.

Perspectiva

El gran reto es asumir que debemos cuestionar conceptos y principios que están en la base de nuestra cultura constitucional dominante. ¿Cómo reconocer la libre determinación para unos sujetos colectivos llamados pueblos indígenas cuyos miembros son ciudadanos como todos y además reconocerles derechos colectivos relacionados con su identidad?, y ¿las modalidades de participación política y de elección propias de los pueblos indígenas, si no es a partir de la pluralidad jurídica que deviene de la cultural?, ¿cómo plantear que la educación debe ser intercultural, si no se transforma la concepción monocultural que prevalece en el artículo tercero constitucional?, ¿y el reconocimiento a las prácticas de medicina tradicional?, ¿no es el pluralismo jurídico un principio que debería reflejarse en las nuevas normas constitucionales y legales?, ¿vamos a considerar que los sistemas normativas de resolución de conflictos que se practican en los pueblos indígenas son parte del todo que comprende modalidades de autogobierno, normas propias y modificación de las mismas, prácticas y concepciones distintas en el ejercicio de la medicina, el desarrollo sustentable, en la cosmovisión, la organización social y política entre otras?, o ¿pretendemos reducirlos a las tareas de conciliación cotidiana sobre el robo de la gallina?

El reconocimiento a los pueblos indígenas implica otorgarles un estatus de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos, por lo tanto el principio de generalidad de la ley no puede tener aplicación. Igual sucede con el concepto de soberanía que en el sentido tradicional, clásico, se refiere a la soberanía externa, frente a otros países, y que en el caso de los pueblos indígenas implicaría territorialidad, espacio donde se ejerce el poder político, la libre determinación. El propio caso de las jurisdicciones hasta ahora reconocidas en otros países, no pueden valorarse con la lógica de los principios constitucionales tal y como están porque resultamos dando implicación de derecho privado, de justicia entre particulares, a un asunto que debe ubicarse en el derecho público, en el nuevo derecho constitucional de la pluriculturalidad. La complejidad del problema se allana en parte si empezamos por asumir que los llamados principios jurídicos fundamentales del Estado deben transformarse.

Su reconocimiento y regulación en apego al principio de pluralismo jurídico debería reflejarse en la Constitución General en primer lugar y las diversas legislaciones específicas, federales, estatales y municipales.

ofrecerían garantías y posibilidades de ejercicio, flexibles y abiertas, que permitieran su adaptación a las características de dichos pueblos en las entidades federativas donde están asentados, y que propicien su creciente participación política en los diversos niveles y ámbitos de gobierno. No existen por tanto soluciones uniformes; pretenderlo sería una primera violación a la pluriculturalidad.

¿Cuál es el horizonte de la pluriculturalidad cuando se está planteando “armonizar” las nuevas normas no sólo con las Cartas fundamentales sino con sus reglamentaciones? La armonización debería ser tarea de legislación secundaria, a las Constituciones Nacionales les corresponde reformarse para dar entrada a la diversidad cultural que no han logrado someter a la camisa de fuerza de la homogeneidad y al estereotipo de que el individuo y no los pueblos es la unidad fundamental del sujeto de derecho.

Habría que ver, en este contexto, las reacciones de los Estados miembros de la OEA. En su Asamblea de 1997 se acordó que “el Comité Jurídico Interamericano y el Instituto Indigenista Interamericano, teniendo en cuenta las observaciones y recomendaciones que presenten los gobiernos de los estados miembros, se sirvan transmitir al Consejo Permanente sus comentarios al proyecto ya citado”.²³ A la fecha países como Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, México y el propio Instituto Indigenista Interamericano las han presentado. Por el perfil de las mismas, es de prever, y de temer, que seguirán la estrategia mexicana contra los Acuerdos de San Andrés: donde a nombre del derecho y el orden jurídico se niegue, distorsione o trivialice el Derecho a los Pueblos Indígenas de América Latina.

23. (CP/doc. 2878/97 corr.1). OEA/Ser.PAG/doc.348/97, 23 de mayo 1997. Original: español.

LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL: UN SUJETO EN CONSTRUCCIÓN

*Rodolfo STAVENHAGEN**

INTRODUCCIÓN¹

Desde hace algunos años se está discutiendo en América Latina acerca de la necesidad de redefinir las relaciones entre los pueblos indígenas y el estado nacional. Entre las fórmulas que se plantean en esta nueva visión se menciona con insistencia el régimen de autonomía. Algunos países, como Nicaragua, han establecido constitucionalmente la autonomía de sus regiones mayoritariamente indígenas. En otros, como en México, el debate ha producido controversias y polarizaciones cuya solución no es previsible a corto plazo.

La búsqueda de una nueva relación entre los pueblos indios y el estado nacional, en la que se encuentran involucradas las organizaciones indígenas, algunas agrupaciones políticas, asociaciones profesionales y académicas, así como sectores del indigenismo, esa teoría y práctica de los estados nacionales con respecto a las poblaciones indígenas del continente.

El indigenismo oficial, instaurado formalmente después del Primer Congreso Indigenista Interamericano en Pátzcuaro en 1940, tenía objetivos y propósitos relativamente claros. En primer lugar, se consideraba que una adecuada política indigenista era necesaria para acelerar y consolidar la integración nacional de los países latinoamericanos. En segundo lugar, las políticas indigenistas servirían para promover el desarrollo económico y social de las comunidades indígenas, generalmente marginalizadas frente al progreso material que se daba en otras

* El Colegio de México. Vice Presidente del IIDH.

1. Una versión ligeramente diferente de este ensayo aparece bajo el título: "El sistema internacional de los derechos indígenas", en la memoria de un seminario sobre autonomías étnicas realizado en Oaxaca, México en julio 1997, organizado por el Instituto Nacional de Antropología e Historia.

regiones y sobre todo en los centros urbanos. Se esperaba que las políticas indigenistas contribuyeran a sacar a las comunidades indígenas de su “atraso secular”.²

Si bien detrás de estos propósitos también puede encontrarse una postura moral, una vaga concepción de justicia incumplida (que se expresa más claramente en el México pos-revolucionario que en los demás países), sería raro encontrar en los debates de aquellos años –me refiero a las décadas inmediatamente posteriores al Congreso de Pátzcuaro– una referencia sistemática a los derechos humanos, y particularmente a los derechos indígenas, como discurso justificador de las políticas indigenistas. Por el contrario, el indigenismo era visto como una obligación gubernamental, como una política del Estado dirigida a los indígenas en función de los intereses del propio estado y de la nación en su conjunto. De allí que el indigenismo en América Latina adquiriera esos aspectos paternalistas y a veces autoritarios que en años posteriores serían criticados y rechazados en forma creciente por los propios pueblos indios. Los servicios públicos proporcionados a las comunidades indígenas (con resultados variables) no eran considerados como un derecho de éstas, sino como una concesión del propio Estado, que de esta manera se hacía acreedor de la gratitud, y de la sumisión de los pueblos indios. La relación estados-indígenas no había cambiado substancialmente desde la época colonial, sobre todo a partir de 1980, el lenguaje oficial refleja las nuevas preocupaciones.

En años recientes, como parte del nuevo debate sobre la redefinición de estas relaciones, el tema de los derechos humanos ha llegado a ser prioritario y se ha transformado de hecho en el marco de referencia obligado para la nueva discusión sobre la naturaleza del estado nacional en sus relaciones con los pueblos indígenas. En los párrafos siguientes de este ensayo me referiré a la forma en que los derechos de estos pueblos se insertan en el debate internacional de los derechos humanos, y a las implicaciones que tiene esta problemática para el tema de las autonomías étnicas.

2. Alfonso Caso, fundador del indigenismo mexicano, escribía en 1955: “...el fin claro y terminante que nos proponemos es acelerar la evolución de la comunidad indígena para integrarla cuanto antes –sin causar una desorganización en la propia comunidad– a la vida económica, cultural y política de México; es decir, nuestro propósito es acelerar el cambio, por otra parte inevitable, que llevará a la comunidad indígena a transformarse en una comunidad campesina mexicana y, a la región indígena, en una región mexicana con todas las características que tienen las otras regiones del país”. Cf. Alfonso Caso. 1971. *La comunidad indígena*. México, SepSetentas 8, p. 139.

EL SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) La Declaración Universal

A lo largo de los últimos cincuenta años se ha estado construyendo un sistema internacional de defensa y protección de los derechos humanos, particularmente a raíz de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas en 1948. Esta Declaración (DU) constituye la piedra angular del sistema, y si bien es el documento más conocido, no es de ninguna manera el único y ni siquiera el más relevante en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas.

La DU no es un instrumento jurídico vinculante, pero sí constituye para todos los estados miembros de la ONU una norma moral y políticamente obligatoria, una afirmación de objetivos que no pueden ser ignorados o despreciados sin que el estado que lo haga tenga que pagar un alto precio político por hacerlo. Los principios de derechos humanos incorporados en la DU son generalmente aceptados como derecho consuetudinario internacional, o *jus cogens*, lo que significa que los países del sistema –y eso incluye a los de ingreso reciente a la ONU– asumen la obligación de comportarse acorde con sus preceptos. Ello no impide que existan gobiernos que los violen, y otros que siguen insistiendo que los derechos humanos son un asunto exclusivamente doméstico que no incumbe a la comunidad internacional.³

La Declaración fue el resultado de un largo proceso de negociación en el pleno de la Comisión de Derechos Humanos (CDH) entre los delegados de los estados fundadores de la ONU, y como tal el documento refleja sin duda las divergencias entre visiones distintas así como el consenso mínimo al que se pudo llegar en aquellos años. Los dos fundamentos sobre los que descansa la DU son el de la igualdad entre todos los seres humanos, y el de la no discriminación. Estos principios, aceptados casi universalmente hoy en día, no eran tan obvios al terminar la segunda guerra mundial con sus horrores genocidas, iniciada por la Alemania Nazi que afirmaba la superioridad de una raza sobre otras. También seguían existiendo los grandes imperios coloniales basados en la idea de que unos pueblos tenían el derecho de mantener sometidos a otros.

La DU pretende romper con la visión jerárquica y excluyente de las sociedades humanas y proclama *urbis et orbis* que todos los seres humanos son iguales y tienen los mismos derechos, que los estados

3. Jesús Rodríguez y Rodríguez. 1966. *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

—cualquiera que sea su régimen político e ideológico— están obligados a respetar. Se reconoció, sin embargo, que esto era más una aspiración a futuro, que una realidad existente, ya que hace medio siglo en muchas partes no se respetaban estos derechos, como aún no se respetan universalmente en la actualidad. En la lucha por sus derechos humanos, los pueblos indígenas, como todos los demás pueblos del mundo, pueden apelar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque en algunos países todavía son sujetos de estatutos especiales en los que se les trata como menores de edad y no como ciudadanos plenos.

No cabe duda de que las ideas centrales sobre derechos humanos, plasmados en la Declaración Universal, tienen su origen en la larga lucha por las libertades fundamentales de las personas en los países occidentales, cuyos hitos históricos se encuentran en el parlamentarismo inglés y, sobre todo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, así como en el *Bill of Rights* de la Constitución Política Norteamericana, ambos de fines del siglo XVIII. Es por ello que con frecuencia se critica a la DU por su sesgo occidental, individualista. Se afirma, por ejemplo, que considera a la persona —sujeto de derecho— como un individuo atomizado, aislado, desvinculado de su contexto cultural y social específico, lo cual no correspondería a la realidad que se vive en numerosos países, sobre todo no occidentales. Se ha dicho que la DU refleja la idea “burguesa” de los derechos humanos, vinculada al surgimiento del capitalismo.

Como quiera que sea, los pueblos indígenas del mundo —cuyos derechos humanos continúan siendo vulnerados persistentemente— encuentran en la Declaración Universal un instrumento de defensa y de lucha, que pueden enarbolar al hacer patentes sus demandas y reivindicaciones frente a los estados que han sido cómplices por comisión u omisión de las violaciones a sus derechos humanos.

b) La Convención contra el Genocidio

En el mismo año de 1948, la ONU aprobó un convenio que sí tiene valor jurídico internacional, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, generado por los horrores del Holocausto desatado por la Alemania nazi. El genocidio se define como cualquier acto perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, y ello constituye un delito internacional.

Durante casi medio siglo no se había aplicado la Convención contra el Genocidio, hasta hace pocos años cuando fue utilizada por primera vez en la guerra de Bosnia. Los actos de genocidio proscritos en la

Convención incluyen la matanza de miembros del grupo. La lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que haya de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Algunas organizaciones indígenas han invocado la Convención, presentándose como víctimas de actos de genocidio, pero la ONU no ha tomado en cuenta estas denuncias. Mucho más insistentes de que son víctimas del "genocidio cultural", o etnocidio. En la medida en que la Convención contra el Genocidio proscribe medidas que tiendan hacia la destrucción total o parcial de un grupo étnico, es posible argumentar que las políticas encaminadas a la destrucción cultural de un pueblo –aunque no a su eliminación física– constituyen una instancia de genocidio. La ONU sin embargo no ha dado señales de que acepta esta interpretación.

c) Los Pactos Internacionales

En el ámbito internacional pronto resultó claro que la sola Declaración Universal no bastaba para erigir un edificio jurídico efectivo para la protección de los derechos humanos. Por consiguiente, en el seno de la ONU se iniciaron trabajos que culminaron en el año 1966 con la adopción por parte de la Asamblea General de dos convenios internacionales, conocidos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Ambos pactos entraron en vigor en 1976, al haberse recogido el número mínimo de ratificaciones necesarias. México los ratificó en 1981.

Los pactos desarrollan los derechos establecidos en la Declaración Universal y a diferencia de ésta, constituyen instrumentos jurídicos vinculantes para los estados signatarios. De acuerdo con el derecho internacional, un tratado tiene carácter de ley interna en el estado que lo ratifica.⁴

Mientras que el PIDCP consagra los derechos de la Declaración Universal, el PIDESC establece una gama más amplia de derechos, que hasta la fecha no son reconocidos ni aceptados por todos los estados, tales como el derecho al trabajo, a condiciones adecuadas de trabajo, a la seguridad social, a un nivel de vida decente, a la salud, a la educación y a la participación en la vida cultural. Algunos estados consideran que éstos no son propiamente derechos humanos, sino

4. Eduardo San Miguel Aguirre. 1994. *Derechos humanos, legislación nacional y tratados internacionales*. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos.

más bien objetivos y aspiraciones de política social, por lo que no han ratificado este instrumento internacional. Pero incluso aquellos que sí lo han ratificado, reconocen que estos derechos no pueden ser efectivos inmediatamente, sobre todo en los países pobres, sino que deben ser considerados más bien como aspiraciones a alcanzar en el porvenir.

Los pueblos indígenas, como todos los demás pueblos, tienen por supuesto todos los derechos consagrados en los dos pactos internacionales, y en la medida en que éstos han sido ratificados, pueden también exigir su cumplimiento a las autoridades correspondientes. Hay quienes afirman que si los indígenas no disfrutaban plenamente todos sus derechos humanos no es porque requieran derechos especiales, sino porque existen lagunas y deficiencias en la administración de justicia y en la aplicación de los instrumentos jurídicos que consagran sus derechos humanos. Lo que haría falta, entonces, es simplemente mejorar los mecanismos de administración e implementación de los pactos internacionales así como de las leyes nacionales que protegen los derechos humanos. Los dos pactos prohíben la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas, el origen social o nacional, la propiedad o el nacimiento. Por consiguiente, los indígenas víctimas de actos discriminatorios encuentran en los pactos elementos para su reivindicación, siempre y cuando estos actos sean imputables a una autoridad gubernamental y no meramente hechos de particulares.

d) Mecanismos de la ONU

El edificio de los derechos humanos en las Naciones Unidas también se fue construyendo con otros instrumentos jurídicos y políticos, tales como las Convenciones sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979, y sobre los Derechos del Niño 1989, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986, el Estatuto de Refugiados de 1951, un viejo tratado internacional contra la esclavitud, adoptado en la época de la Sociedad de las Naciones en 1926 y modificado por la ONU en 1953, así como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptado en 1965, que es de particular relevancia para el derecho indígena.

Es importante subrayar que la edificación de este aparato internacional de defensa y protección de los derechos humanos representa un paso decisivo en las relaciones internacionales, porque lo que antes era considerado exclusivamente como un asunto doméstico de los estados miembros, es cada vez más reconocido como tema de preocupación mundial y llega a ser objeto central del nuevo derecho internacional. Si bien aún existen gobiernos que niegan competencia a la comunidad

internacional en esta materia, aduciendo sobre todo el argumento de la inviolable soberanía nacional, poco a poco se está creando el consenso que la violación de los derechos humanos no es un mero asunto de política interior, sino que su tratamiento corresponde a los organismos multilaterales.

Si bien algunos de los citados instrumentos internacionales solamente tienen valor moral y político, mientras que otros (convenios ratificados por los estados miembros) sí tienen fuerza vinculante y jurídica, cuando menos formalmente, el problema de fondo sigue siendo los procedimientos para que estos tratados sean cumplidos efectivamente. Ni la ONU ni los organismos regionales tales como la Organización de Estados Americanos (OEA), están dotados de mecanismos que obliguen a los estados a cumplir con sus compromisos internacionales. En otras palabras, los países que no quieren cumplir los compromisos asumidos y ratificados, pueden hacerlo impunemente. Es por ello que también se han hecho intentos en la ONU para dotar a los textos jurídicos aprobados de mecanismos institucionales que tengan alguna efectividad, aunque sea mínima.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece un Comité de Derechos Humanos compuesto de dieciocho miembros, cuya misión es evaluar el cumplimiento del Pacto. Su limitación está en que el Comité no puede recibir denuncias directas de individuos o grupos presuntamente agraviados, sino solamente "comunicaciones" de los propios estados miembros. En consecuencia, el Comité de Derechos Humanos se ha limitado a difundir informes preparados por sus "relatores especiales", en un proceso muy demorado y engorroso que a la postre resulta bastante ineficaz para proteger los derechos humanos de los individuos. Para superar esta situación, se abrió a la firma un "Protocolo Facultativo" al Pacto, que permite a los ciudadanos de los estados que lo han firmado acudir directamente al mencionado Comité.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también establece otro Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, asimismo con dieciocho miembros. Creado en 1985, se reunió por primera vez en 1987, y al igual que el anterior, tampoco puede recibir comunicaciones y denuncias individuales, limitándose a pedir informes a los gobiernos sobre la situación en sus respectivos países.

f) El debate en torno a los derechos humanos

Se ha mencionado que algunas voces críticas afirman que la concepción individualista de los derechos humanos que subyace a la DU y a

los dos Pactos Internacionales es muy propia de la evolución de las sociedades occidentales durante los dos últimos siglos, pero que no corresponde a las concepciones culturales de otras civilizaciones y regiones del mundo. También se ha acusado con frecuencia a las potencias occidentales de utilizar el lenguaje de los derechos humanos para intervenir en los asuntos políticos internos de otras naciones y de utilizarlo para fines políticos muy propios. Aún después del fin de la guerra fría, estas críticas siguen dándose entre numerosos países del antes llamado "Tercer Mundo", y así se manifestaron, por ejemplo, en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos organizada por la ONU en 1993. Es de notar que los gobiernos que más critican la concepción "occidental" de los derechos humanos, y quienes se resisten a aceptar la competencia de los pocos mecanismos creados a nivel internacional para proteger estos derechos, no son precisamente los que más respetan estos mismos derechos al interior de sus fronteras.⁵

No cabe duda de que conforme se vaya construyendo un aparato jurídico internacional en pro de los derechos humanos, cuya garantía tendrían que dar los organismos multilaterales como la ONU, será necesario revisar cuidadosamente los conceptos tradicionales de "soberanía nacional". Por otra parte, en la medida en que actualmente ejerce su hegemonía sobre los organismos multilaterales la única superpotencia militar y económica existente, es decir, Estados Unidos, los países pequeños y débiles tienen justificada razón para sentirse vulnerables y eventualmente amenazados por estos organismos, aun cuando en ocasiones logran obtener también la necesaria protección frente a agresiones y amenazas de otra índole. Uno de los graves problemas de nuestra época es precisamente que la temática de los derechos humanos en los organismos internacionales ha llegado a ser un elemento más del gran juego geopolítico de nuestros tiempos y que se ha vuelto un rehén de intereses políticos que con frecuencia tienen poco que ver con el respeto por la persona humana en sus diversas vertientes.⁶

Pero en la crítica a la concepción occidentalista e individualista, es decir, liberal de los derechos humanos interviene también otra corriente de pensamiento. Me refiero a que en algunas antiguas culturas y civilizaciones, sobre todo de Asia, no existe la concepción del "individuo" como un ente abstracto, aislado de su entorno social y

5. Ana Berenice Díaz Ceballos Parada. 1996. *Conferencia mundial de derechos humanos. El tratamiento del tema en el nuevo contexto internacional*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

6. Richard Falk. 1981. *Human Rights and State Sovereignty*. New York, Holmes / Meier; Jack Donnelly. 1993. *International Human Rights*. Boulder, Westview Press.

comunal, o cuando menos existe en menor grado que en Occidente. En estas sociedades la unidad social fundamental no es el individuo sino alguna forma de colectividad local como la familia extensa, el clan, el barrio, el pueblo, la tribu, la casta o la comunidad religiosa. Los individuos tienen derecho a su dignidad y a ser respetados como tales, pero su identidad se vincula a la del grupo al que pertenecen y hacia el cual también tienen determinados deberes y obligaciones. Con frecuencia, si las personas no cumplen con estos deberes son expulsados del grupo, una de las sanciones más duras que se imponen en este tipo de colectividades. De allí que –según esta corriente crítica– tratar al individuo como sujeto de derechos humanos generales, desvinculado de su grupo primario, constituye una amenaza para la identidad y a veces incluso la sobrevivencia del grupo mismo. La crítica afirma que en nombre del individualismo y del liberalismo, vinculados al comercialismo y al consumismo del mundo moderno –y al que se acusa a los países industriales de querer imponer al resto del planeta– se ven amenazados valores tradicionales y ancestrales que dan forma y consistencia a múltiples sociedades y culturas en el mundo de hoy. En consecuencia, la filosofía de los derechos humanos individuales no es aceptada en todas partes con el mismo entusiasmo y compromiso.

Ante estas críticas no faltan quienes afirman que las colectividades y comunidades no constituyen en realidad unidades ideales, como a veces se pretende. Se señala, con razón, que en nombre de este colectivismo o comunismo se llegan a violar los derechos humanos fundamentales de las personas, sobre todo de las mujeres, los niños y los jóvenes, y que las estructuras colectivas son en ocasiones patriarcales, jerárquicas y autoritarias. De allí que la filosofía de los derechos humanos sea considerada también como un elemento liberador en las luchas sociales que se llevan a cabo contra todas las formas de opresión, incluso a nivel de la familia y de la pequeña comunidad. Estas polémicas ideológicas sobre los derechos humanos no dejan de reflejarse en los debates sobre el tema en el seno de las Naciones Unidas y otros organismos multilaterales.⁷

En el fondo se debate aquí concepciones divergentes –mas no necesariamente contradictorias– de los derechos humanos. Por un lado está la visión clásica y liberal de que los derechos humanos constituyen solamente un atributo individual de toda persona humana, concepción hegemónica en Occidente. Por la otra, se plantea la necesidad de reconocer los “derechos colectivos” de determinados grupos humanos, como ingrediente esencial de la consecución de los derechos humanos, afirmándose que sin este reconocimiento no

7. Rhoda E. Howard. 1995. *Human Rights and the Search for Community*. Boulder, Westview Press.

podrán gozarse plenamente los derechos individuales. Sería el caso de los pueblos oprimidos, de las culturas negadas, de las comunidades discriminadas y excluidas. ¿De qué vale afirmar la igualdad de todos los seres humanos cuando existen colectividades a las que se les niega en la práctica su existencia como tal? Esta temática, que tiene vertientes filosóficas y antropológicas, además de jurídicas y políticas, adquiere especial importancia cuando se discuten, como veremos enseguida, los derechos humanos de las minorías y de los pueblos indígenas.⁸

Los derechos de las minorías

Desde que se dieron en la ONU los primeros pasos para la redacción de la Declaración Universal, hubo quienes pidieron atención especial para grupos minoritarios, culturalmente diferenciados. Algunos delegados de Europa Oriental (entonces bajo régimen comunista) propusieron que la Declaración, y luego los Pactos, incluyeran dispositivos para la protección de los derechos humanos de las minorías étnicas. Si bien la mayoría de los delegados occidentales desestimaron estas posiciones, insistiendo en la visión de los derechos humanos individuales y universales (que fue la que se impuso en la ONU), se reconoció sin embargo que el tema merecía más atención. Este interés no era nuevo para los estados miembros de la ONU ya que en los años anteriores a la segunda guerra mundial, la Sociedad de Naciones había intentado, aunque sin mucho éxito, crear un sistema internacional de protección a las minorías, respondiendo sobre todo a la completa situación que imperaba en algunos países de Europa central y oriental. En 1947 fue creada la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección a Minorías, como órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos (CDH), para ocuparse entre otras cosas de hacer recomendaciones a la CDH sobre temas relacionados con la prevención de todo tipo de discriminaciones y la protección de minorías raciales, nacionales, religiosas y lingüísticas.

Si bien la Declaración Universal no contiene referencia a la problemática de las minorías, en cambio el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

8. Sobre esta temática pueden consultarse algunos trabajos del autor:

- 1986. "Derechos humanos y derechos de los pueblos. La cuestión de las minorías", *Revista IIDH*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 4, julio-diciembre, pp. 43-62;
- 1991. "Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional", en Arturo Warman y Arturo Argueta (coordinadores): *Nuevos Enfoques para el Estudio de las Etnias Indígenas en México*. México. Porrúa, UNAM, pp. 425-458;
- 1992. "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales". *Revista IDH*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, núm. 15, enero-junio, pp. 123-143;
- 1996. "El problema de los derechos culturales". en *Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*, San José, IIDH, 1996, pp. 567-589.

Art. 27.

En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Este artículo constituye la única referencia a minorías étnicas en los pactos internacionales, pero como se advertirá su redacción es vaga y débil. En primer lugar, deja abierta la cuestión de cómo se decide si existen o no minorías en algún estado, y como se sabe, en muchos estados se niega la existencia de minorías. Por ejemplo, el gobierno turco siempre ha negado la existencia de la minoría kurda en su territorio, llamando a los kurdos simplemente “turcos de la montaña”. Los gobiernos latinoamericanos nunca ha reconocido a los pueblos indígenas como “minorías”, y en EE.UU. pese a ser un mosaico de razas y culturas, legalmente no existen minorías aunque, contradictoriamente, hay leyes en beneficio de miembros de ciertas minorías (“*affirmative action*”). Francia también niega tenerlas, aunque las minorías en Francia opinan lo contrario. En segundo lugar, el artículo 27 no reconoce derechos a las minorías como tales, sino simplemente a las “personas que pertenezcan a dichas minorías”, manteniendo así la visión individualista de los derechos humanos. En tercer lugar, no se afirman los derechos en forma positiva, sino que se dice simplemente que no se negarán sus derechos a dichas personas.

El alcance limitado del artículo 27 impulsó a la Subcomisión a preparar nuevos textos jurídicos para una protección más efectiva de los derechos de las minorías. Este trabajo culminó, después de muchos años, en la Declaración de los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1992 (DM). Al igual que la DU, la Declaración sobre Derechos de Minorías no tiene carácter vinculante (es decir, no es un tratado o convenio ratificado por los estados), pero tiene también fuerza moral y política, a pesar de que la Subcomisión eludió el espinoso problema de la definición de las minorías (hubo varios intentos de hacerlo pero no consiguieron el consenso de los miembros de la Subcomisión).

La DM estipula que los Estados protegerán la existencia y la identidad de las minorías nacionales o étnicas, culturales, religiosas y lingüísticas en sus territorios, y que adoptarán medidas legales y otras que favorezcan la identidad y el desarrollo cultural de dichas minorías. Por otra parte, la DM especifica los derechos que tienen las personas pertenecientes a minorías, ya sea en forma individual o colectiva, pero no reconoce a las minorías en sí como portadoras de derechos. Es decir, se mantiene, aunque algo modificado, el enfoque individualista del PIDCP.

Los pueblos indígenas pueden encontrar también en el artículo 27 del PIDCP así como en la Declaración sobre Minorías elementos que fortalezcan el ejercicio de sus derechos humanos, en la medida en que estos pueblos sean considerados como "minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas". Sin embargo, como veremos más adelante, en los trabajos de la Subcomisión el tratamiento de los derechos indígenas se fue por otro camino.⁹

El derecho de los pueblos a la libre determinación

Además de la protección universal de los derechos humanos y la protección específica a personas pertenecientes a minorías, el instrumental internacional sobre los derechos humanos contiene un tercer elemento que muchos consideran básico para la lucha de los pueblos indígenas. Me refiero al artículo 1º, común a ambos Pactos Internacionales, que a la letra dice:

ART. 1º

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Tal vez no exista en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos texto que haya generado mayor controversia que éste. Hay quienes afirman que el de la libre determinación es el principal derecho humano ya que sin él, todos los demás no podrían ser ejercidos. De allí la importancia que figure como artículo 1º de los Pactos Internacionales. Otros, en cambio, le niegan valor de "derecho humano" ya que no se refiere a las personas individuales sino más bien a esa construcción ideológica que es el término "pueblo", que hasta la fecha no cuenta con una definición consensual, y mucho menos operativa.

En la práctica de las Naciones Unidas el derecho de libre determinación es propio de los pueblos coloniales dominados por alguna potencia extranjera, y se ejerce una sola vez cuando estos acceden a la independencia política. Generalmente, el sujeto del derecho de libre determinación es la población que habita una colonia, quien lo ejerce al decidir libremente sobre su futuro político a través de referendums, plebiscitos o elecciones libres, toda vez que se den las condiciones necesarias para garantizar resultados limpios e indiscutibles.

La ONU, en sus diversas resoluciones a lo largo de los años, ha sido clara en el sentido de que el derecho de libre determinación no puede ser invocado contra estados soberanos e independientes que se comportan conforme a las normas y principios de las Naciones Unidas, y no puede

9. Para un tratamiento reciente del problema de las minorías en el derecho internacional, véase Catherine Brölmann *et al.* (eds.) 1993. *Peoples and Minorities in International Law*. Dordrecht, Martinus Nijhoff.

servir de pretexto para la secesión ni para poner en peligro la integridad territorial de los estados. También ha subrayado la ONU que las minorías (a las que se refiere el artículo 27 del PIDCP y la DM) no son consideradas como “pueblos” y no tienen el derecho de libre determinación.

El meollo de la cuestión está en la definición del término “pueblo”, que la ONU misma no ha logrado proporcionar y sobre el cual no existe acuerdo entre especialistas. Hay quienes afirman que “pueblo” es un concepto sociológico, semejante al de “nación”, que se refiere a grupos humanos que comparten identidades étnicas y culturales (lengua, religión costumbres...), mientras que otros insisten en que “pueblo” es un concepto político y legal referido al conjunto de pobladores de un territorio o de un estado, independientemente de sus elementos étnicos y culturales. En la práctica, la ONU se ha inclinado por la segunda interpretación, mientras que muchos grupos étnicos y nacionales (minorías así como comunidades indígenas y tribales) sostienen que le corresponde al grupo mismo decidir si es o no “pueblo” y si desea ejercer el derecho de libre determinación (lo cual constituye precisamente uno de sus derechos humanos fundamentales).¹⁰

La labor de la Subcomisión: los derechos indígenas

Para tratar de todos estos asuntos, la ONU creó la Comisión de Derechos Humanos compuesta de casi medio centenar de representantes gubernamentales, de la cual depende, a su vez, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Esta Subcomisión se compone de veintiséis miembros que deben ser “expertos individuales” propuestos por sus gobiernos. Salvo algunas excepciones, sin embargo, los miembros de la Subcomisión suelen ser funcionarios o miembros de los gobiernos que representan, lo cual, según algunos observadores, ha limitado su independencia de acción.

La Subcomisión tiene un doble mandato: la prevención de la discriminación y la protección de las minorías. En cuanto al segundo de estos mandatos, la Subcomisión elaboró la primera versión del texto del artículo 27 del PIDCP así como la Declaración sobre Derechos de las Minorías (DM). En términos del primero de sus mandatos, la Subcomisión se ha ocupado sobre todo del combate sobre el racismo en el marco de los movimientos anticoloniales que acapararon la atención mundial durante las décadas de los cincuenta a los setenta, y de la lucha contra el sistema de *apartheid* que fue finalmente derrocado en Sudáfrica en 1994.

10. Cf. Rodolfo Stavenhagen. 1996. “Self-Determination: Right or Demon?,” en Donald Clark and Robert Williamson (Eds.), *Self-Determination. International Perspectives*. London, Macmillan Press. pp. 1-13. Puede consultarse también: Christian Tomuschat (Ed.), *Modern Law of Self-Determination*. Dordrecht, Martinus Nijhoff, y James Crawford (Ed.), *The Rights of Peoples*. 1988. Oxford, Clarendon Press.

La atención a los derechos indígenas se inscribe en este marco de la Subcomisión, que inició sus trabajos en la materia con un estudio sobre la discriminación contra las poblaciones indígenas. Esta investigación se terminó unos diez años después, y un resumen fue publicado por la ONU en 1983.¹¹

En atención a las recomendaciones de este estudio, en 1981 el Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC) autorizó la creación de un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en el seno de la Subcomisión, que comenzó sus labores al año siguiente. Compuesto de cinco miembros (uno por cada una de las grandes regiones geográficas representadas en la ONU), el Grupo de Trabajo fue presidido los primeros años por Asbjørn Eide de Noruega y posteriormente por Erica Irene Daes de Grecia.

Aparte del Informe sobre la discriminación contra los pueblos indígenas, hubo otros antecedentes que condujeron a la creación de este Grupo de Trabajo, cuyas deliberaciones han sido fundamentales para introducir la temática de los derechos indígenas en el seno de la ONU. En 1977 un grupo de organizaciones no gubernamentales (ONG) con estatus consultivo ante la ONU promovió la realización en Ginebra de un primer encuentro de pueblos indígenas, quienes llegaron a plantear al organismo mundial sus viejas reivindicaciones y a denunciar a varios gobiernos (sobre todo de América del Norte) por incumplimiento de los tratados que alguna vez firmaron con las otrora naciones indígenas soberanas. A este encuentro de ONG, en el que participaron principalmente algunos "Native-Americans" de EE.U. y de Canadá, le siguió otro en 1981, enfocado principalmente a la problemática de la tierra y los pueblos indígenas. Estos dos encuentros sensibilizaron a diversos gobiernos miembros de la ONU, así como a la opinión pública, y facilitaron el establecimiento del Grupo de Trabajo (GT).

Así como ha sido problemática la definición de "minorías" y de "pueblos" en el marco de los trabajos jurídicos de la ONU, así lo ha sido también la cuestión de quiénes son los "indígenas". El Informe de la Subcomisión sobre el tema propone la siguiente definición, y es la que con más fortuna ha corrido en los textos que se vienen elaborando en la ONU.

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no

11. José R. Martínez Cobo. 1987. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* (Volumen V. conclusiones, propuestas y recomendaciones). Nueva York, Naciones Unidas. Aunque Martínez Cobo, miembro ecuatoriano de la Subcomisión fue nombrado relator especial para este estudio, el amplio trabajo de investigación comparativa que le subyace, lo llevó a cabo Augusto Willemsen Díaz, guatemalteco, funcionario del Centro de Derechos Humanos de la Secretaría General.

dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.¹²

Varios elementos destacan en esta definición: la existencia originaria y continuidad histórica de los indígenas anteriormente a un proceso de invasión extranjera y colonización; la identidad propia distinta a la de una sociedad dominante; la posición de subordinación ante esta sociedad dominante; la vinculación con un territorio propio; la preservación de patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales propios. En la realidad de muchos países esta definición puede variar. En algunos estados existen estatutos legales especiales para los indígenas, en otros no se les concede ningún reconocimiento legal específico. Si bien en el continente americano la conquista y colonización es un hecho históricamente reciente, en otros países la dominación de grupos aborígenes es muy antigua y tanto dominantes como dominados se consideran a sí mismos de hecho como "indígenas", ya que ambos pueden haber sufrido conquistas, invasiones y colonizaciones posteriores (el caso de numerosos países asiáticos).

El Grupo de Trabajo, que se ha venido reuniendo anualmente durante una semana en Ginebra desde 1982 (salvo en 1986), tiene dos tareas oficiales:

- examinar los acontecimientos nacionales relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas;
- elaborar normas internacionales relativas a los derechos de las poblaciones indígenas, teniendo en cuenta tanto las semejanzas como las diferencias en lo que respecta a la situación y a las aspiraciones de las poblaciones indígenas en todo el mundo.

El GT se ha ocupado durante quince años de examinar la situación de las poblaciones indígenas y de proponer normas internacionales para su mejoramiento. El principal producto de sus labores es el proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DPI), con 45 artículos, que deberá ser adoptada por la Asamblea General de la ONU. Pero desde 1994 este proyecto se encuentra entrampado en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en la cual los delegados gubernamentales debaten acerca de su contenido y redacción. (La CDH estableció a su vez un grupo de trabajo, que se ha reunido en 1995 y 1996, para considerar y eventualmente aprobar el proyecto de DPI).

Después de reafirmar que los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que todos los seres humanos, el proyecto de Declaración de los

12. (*Ibid.*, p. 30).

Derechos de los Pueblos Indígenas incluye diversas disposiciones que tienen particular relevancia para la cuestión de las autonomías étnicas:

ART. 3.—Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

ART. 4.—...tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos...

ART. 6.—...tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y a gozar de plenas garantías contra el genocidio o cualquier otro acto de violencia...

ART. 7.—...tienen el derecho colectivo e individual a no ser objeto de etnocidio y genocidio cultural, en particular a la prevención y la reparación de:

- a) todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
- b) todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
- c) toda forma de traslado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación y el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
- d) toda forma de asimilación e integración a otras culturas o modos de vida que les sean impuestos por medidas legislativas, administrativas o de otro tipo;

...

ART. 8.—...tienen el derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, comprendido el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales.

...

ART. 19.—...tienen derecho a participar plenamente, si lo desean, en todos los niveles de adopción de decisiones, en las cuestiones que afecten a sus derechos, vidas y destinos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

...

ART. 21.—...tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas políticos, económicos y sociales...

...

ART. 23.—...tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo...

...

ART. 26.—...tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios... Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y la gestión de los recursos...

...

ART. 30.—...tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos...

ART. 31.—..., como forma concreta de ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales...

ART. 32.—...tienen el derecho colectivo de determinar su propia ciudadanía conforme a sus costumbres y tradiciones...

Como se advierte, el proyecto es ambicioso y extenso; sin embargo, el Art. 42 añade que "*Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo*". El que este proyecto haya podido ser adoptado en 1994 por la Subcomisión y transmitido sin modificaciones a la CDH es testimonio de la apertura de espíritu de sus miembros, pero sobre todo resultado de la tesonera y persistente labor de los representantes indígenas quienes durante más de diez años participaron en la elaboración del texto. No es seguro que el proyecto cuente con la misma simpatía entre los delegados gubernamentales de la Comisión de Derechos Humanos.¹³

Es importante señalar que a las sesiones anuales del GT han asistido a lo largo de los años centenas de representantes indígenas de todas partes del mundo, con derecho a voz pero no a voto. Su activa y dinámica participación hizo posible la preparación del proyecto de la DPI, y ha contribuido a la inclusión de la temática de los derechos indígenas en la agenda internacional de los derechos humanos. Cabe añadir también, que la presencia de delegados indígenas en las sesiones de la ONU ha sido un proceso de aprendizaje para numerosos líderes e intelectuales indígenas de todo el mundo, así como para los delegados gubernamentales, acelerando la constitución de los pueblos indígenas como actores políticos emergentes tanto a nivel internacional como al interior de sus países.¹⁴

Uno de los puntos más controvertidos del proyecto de DPI es la referencia al derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, tema sobre el cual han insistido mucho estos últimos, y que es rechazado casi sistemáticamente por las delegaciones gubernamentales. Los gobiernos por lo general desechan que los indígenas sean considerados como "pueblos" y también niegan que los indígenas sean poseedores de este derecho. Aquí interviene el temor de muchos gobiernos de que el ejercicio de la libre determinación puede conducir a la secesión política y a la fragmentación de los estados existentes. Mientras no se resuelva esta controversia, será poco probable que la ONU apruebe la Declaración en los términos en que las organizaciones indígenas lo demandan.

A título de ejemplo, podemos citar los debates que suscitó el documento final del Congreso Mundial de Derechos Humanos que la ONU organizó

13. En 1985 la ONU estableció un Fondo de Contribuciones Voluntarias para que representantes indígenas pudieran asistir a las sesiones del Grupo de Trabajo. También asisten algunos a las reuniones del grupo de trabajo que se estableció en 1995 en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, para discutir el proyecto de Declaración.

14. Cf. Rodolfo Stavenhagen. 1997. "Las organizaciones indígenas: actores emergentes en América Latina". *Revista de la CEPAL*, N° 62, agosto, Santiago de Chile, pp. 61,73.

en Viena en 1993. Si bien la Declaración de Viena reconoce –como debe– que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en cuanto a los indígenas simplemente declara:

20. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.¹⁵

La Declaración y el Plan de Acción en materia de derechos humanos de la Conferencia de Viena no son vinculantes jurídicamente, pero muchos observadores consideran que en materia de derechos indígenas su lenguaje representa un paso atrás, lo cual no augura bien para el futuro del proyecto de la DPI en la Comisión de Derechos Humanos en la que tienen la palabra los gobiernos.¹⁶

La cuestión de los tratados entre naciones indígenas y gobiernos nacionales es otra temática de preocupación general, y fue retomada por el Grupo de Trabajo de la Subcomisión, el cual encargó a uno de sus miembros, el cubano Miguel Alfonso Martínez, la elaboración de un estudio sobre el tema, que deberá estar listo en 1997. Un tercer tema que ha merecido la atención del GT es el problema de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas, sobre el cual se está llevando a cabo un estudio comparativo.

Los trabajos de la Subcomisión en torno a la protección a minorías y a los derechos indígenas se complementan sin duda. Sin embargo, las

15. Las ONG y los representantes indígenas allí presentes como observadores, insistieron en que la Declaración final del Congreso incluya una referencia a los derechos de los pueblos indígenas (“pueblos” con “s” final). Sin embargo, los delegados gubernamentales se inclinaron por el uso (en inglés) del término “*indigenous people*” en vez de “*indigenous peoples*”, para no dar lugar a que se pudiera interpretar como un reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. En español se optó por el vocablo “poblaciones”, que desde luego no presenta los mismos problemas.

16. La Declaración de Viena puede considerarse como un caso de “derecho de facto político”, ya que el “valor jurídico de la Declaración de Viena radica en la codificación de principios de derecho internacional sobre los cuales existía una práctica reiterada... (por lo que) estos principios se habían convertido en derecho internacional”. Ana Berenice Díaz Ceballos Parada. 1996. *Conferencia mundial de derechos humanos. El tratamiento del tema en el nuevo contexto internacional*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, pp. 127-130.

organizaciones indígenas han preferido plantear sus derechos en forma independiente y desvinculada de las luchas de las diversas minorías (también organizadas a nivel mundial en torno del concepto de “pueblos sin estado”). Esto se debe a dos cuestiones de principios y una de oportunidad. Las primeras se refieren al hecho de que numerosos pueblos indígenas rechazan ser tildados de “minoría”, ya que en algunos países constituyen efectivamente una mayoría demográfica. En segundo lugar, han insistido en que son pueblos originarios, cuya soberanía fue violentada por un proceso de conquista y colonización y que han sido incorporados contra su voluntad al dominio de estados modernos que les fueron impuestos desde arriba y de fuera. Sin duda esta caracterización se aplica más al continente americano que a otras regiones (como por ejemplo en Asia en donde la presencia de los pueblos dominantes y hegemónicos puede ser tan antigua como la de las poblaciones tribales, llamadas a veces indígenas). En cambio, los estados latinoamericanos han considerado históricamente a sus poblaciones indígenas no como minorías diferenciadas, sino más bien como ciudadanos en situación de desventaja social y económica. En el siglo XIX, salvo excepciones, los estados latinoamericanos proclamaron la igualdad ciudadana de todos sus pobladores (incluso indígenas), y aunque ha sido una igualdad y ciudadanía más ficticia que real, los delegados latinoamericanos ante Naciones Unidas siempre negaban que los indígenas constituyeran minorías en el sentido de que este concepto se estaba manejando, por ejemplo, en Europa.

Cuando en la ONU se planteó por primera vez la temática de los derechos indígenas, aún parecía lejana una efectiva reglamentación internacional de los derechos de las minorías. Por ello se consideró conveniente plantear aquella en el marco del mandato de la Subcomisión en torno al combate a la discriminación, más bien que en el marco de la protección a minorías. Así se lograron algunos avances en pocos años, como la preparación del proyecto de la DPI. El tema de las minorías resurgió con gran actualidad a raíz de los diversos conflictos étnicos en Europa central y oriental a fines de los ochenta y principios de los noventa. Como quiera que sea, la línea divisoria entre “minorías étnicas” y “pueblos indígenas” es tenue y el tratamiento de ambas problemáticas en el seno de la ONU responde a preocupaciones comunes: los derechos humanos colectivos de grupos sociales subordinados y marginados.

El Convenio 169 de la OIT

Es preciso recordar que no solamente en la ONU se debate acerca de los derechos indígenas. En efecto, desde hace décadas la Organización Internacional del Trabajo se ha ocupado del tema. La OIT publicó un primer estudio sobre las condiciones de vida y de trabajo de las

poblaciones indígenas en 1953.¹⁷ A ello siguió la adopción por la Conferencia General de la OIT en 1957, del Convenio 107 sobre la protección de las poblaciones indígenas y tribales en países independientes. (La referencia es importante, porque por esas épocas los pueblos coloniales –hoy independientes– eran frecuentemente llamados indígenas). El texto de este Convenio reflejaba bien el clima prevaleciente en aquella época, en la que los estados promovían políticas paternalistas de integración y asimilación de las poblaciones indígenas.

Como resultado de crecientes críticas a esta concepción, la OIT decidió impulsar una revisión del mencionado Convenio, que desembocó en 1989 en la adopción por la Conferencia General de la OIT del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ahora ratificado por algunos estados miembros (incluso México), el cual hasta la fecha constituye el único instrumento jurídico internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. En su calidad de tratado internacional, el Convenio 169 es ley para todos los propósitos en los estados que lo han ratificado.¹⁸

Para eludir el delicado problema político que implica la utilización del término “pueblos”, el Art. 1. Del Convenio señala que: *“La utilización del término ‘pueblos’ en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”*.

Habiéndose así curado en salud, el Convenio 169 contiene diversas disposiciones que tienen relación con derechos indígenas específicos, tales como la idea de autonomía indígena. Entre otras:

ART. 7.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

ART. 8.

8. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias...

...

ART. 14.

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan...

17. Oficina Internacional del Trabajo. 1953. *Las poblaciones indígenas*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

18. Es justo reconocer la inefable labor de promoción del Convenio 169 que hizo durante años un funcionario de la OIT, Lee Swepston, sin la cual es probable que la revisión del Convenio 107 no se habría logrado.

Por ser el único instrumento jurídico internacional ya ratificado que se refiere específicamente a los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio 169 ha atraído la atención de numerosas organizaciones indígenas quienes insisten en que sea aplicado íntegramente en sus respectivos países. En diversos lugares (Guatemala por ejemplo) hubo fuertes debates a nivel nacional, ya que determinadas fuerzas sociales y económicas se opusieron categóricamente a que fuera ratificado. Sin embargo fue ratificado y los temores de los sectores conservadores no tuvieron fundamento.

La OIT establece un mecanismo de supervisión de sus convenios, conocido como Comité de Expertos, al que pueden tener acceso directo quienes denuncien violaciones al Convenio por parte de las autoridades nacionales.¹⁹

La Declaración Interamericana

Finalmente, es preciso mencionar que también a nivel regional americano se vienen desplegando esfuerzos en pro de los derechos indígenas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, después de numerosas consultas con los gobiernos y las organizaciones indígenas de la región, está preparando un proyecto de Declaración Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que podría ser aprobada por la Asamblea General de la OEA en 1998.²⁰

El interamericano es uno de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos más antiguos. A la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá 1948) siguió veinte años después la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José 1969), también conocida como "Pacto de San José". Estos instrumentos difieren poco de los ya mencionados de la ONU. En ninguno de ellos se hace referencia a los pueblos indígenas del continente; ni siquiera lo hace el protocolo adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales (conocido como Protocolo de San Salvador) aprobado en 1996. Cabe señalar que la Novena Conferencia Internacional Americana (en la cual fue creada la OEA) se aprobó también la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (de la cual pocos se acuerdan hoy en día). Muy acorde con las ideas predominantes de hace medio siglo, la Carta establece:

19. Magdalena Gómez. 1995. *Derechos indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. México, Instituto Nacional Indigenista; Ian Chambers. 1997. "El Convenio 169 de la OIT: avances y perspectivas", en Magdalena Gómez (coord.), *Derecho Indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista, pp. 123-141.

20. También aquí es justo reconocer la resonante labor de un funcionario de la CIDH, Osvaldo Kreimer de Argentina, en la promoción de este proyecto a lo largo de varios años, con la activa participación de organizaciones indígenas del continente.

Art. 39.—En los países en donde exista el problema de la población aborigen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.

El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales, extractivas o cualesquiera otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económicas de las agrupaciones autóctonas.

Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños.

Tal vez sea mejor que ya nadie se acuerda de esta Carta de Garantías Sociales porque a medio siglo de distancia, no se puede decir que los estados del continente hayan cumplido en alguna medida con la disposición citada, que además está formulada en un lenguaje ampliamente rechazado hoy en día.

El proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ya aprobado por la CIDH, retoma numerosos elementos del Convenio 169 de la OIT y del proyecto de DPI de la ONU. Particularmente relevante es su

Art. XV.—*Derecho al autogobierno, administración y control de sus asuntos internos.*

1. Los Estados reconocen que las poblaciones indígenas tienen derecho a determinar libremente sus estatus políticos y promover libremente su desarrollo económico, social y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a sus asuntos internos y locales...²¹

Conclusiones

Durante la última década varios estados americanos han adoptado cambios constitucionales y legislativos mediante los cuales se reconoce en mayor o menor medida alguna forma de autonomía de los pueblos indígenas. En otros estados, sin embargo hay una fuerte resistencia a este reconocimiento, como es el caso de México. Si bien la autonomía puede ser considerada como una expresión de la libre determinación de los pueblos, también se le considera como una de varias posibles modalidades políticas, jurídicas y administrativas que usan los estados para normar sus relaciones con unidades subsidiarias al estado nacional. Existen numerosas experiencias autonómicas en el mundo, algunas de las cuales

21. Desde luego no existe ninguna garantía que el texto sea aprobado sin modificaciones por la Asamblea General de la OEA. A lo largo de 1996 la CIDH siguió recibiendo comentarios de gobiernos, organismos internacionales y ONG, así como de organizaciones indígenas del continente. Cf. Osvaldo Kreimer, "Una lectura a través del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", 1997. En Magdalena Gómez (coord.), *Derecho Indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista, pp. 221-227

han tenido aval y aún supervisión internacional mientras que otras surgieron a raíz de circunstancias muy particulares del contexto nacional. No hay desde luego una sola fórmula autonómica (ni siquiera una definición única del concepto), sino modalidades diversas que pueden agruparse de alguna manera bajo el manto genérico de la autonomía. En un reciente estudio amplio y comparativo, se define el contenido de la autonomía en función de los siguientes elementos: idioma, educación, acceso a los servicios sociales y a puestos en la administración pública, tierra (incluyendo territorio), control sobre recursos naturales, y gobierno local representativo. Todos estos elementos están presentes en los planteamientos que hacen los pueblos indígenas a las organizaciones internacionales. El derecho a la autonomía, se sugiere, puede situarse en el marco del derecho de las minorías y las comunidades indígenas a la autodeterminación interna, de una manera que no sea incompatible con la soberanía última del estado. De la misma manera se podría entender la autonomía territorial regional.²²

El reconocimiento progresivo de los derechos indígenas en el marco del derecho internacional constituye sin duda un paso adelante en la consolidación de los derechos humanos. Las luchas indígenas por la autonomía se inscriben en un largo proceso de democratización y concientización. Para los pueblos indígenas es igualmente importante lograr su reconocimiento al interior de las fronteras estatales como lo es obtenerlo a nivel internacional. Los dos niveles están, por lo demás, estrechamente vinculados. Pero más allá de los derechos humanos de los pueblos indígenas, las sociedades nacionales y la comunidad mundial serán más democráticas en la medida en que estos derechos sean reconocidos y respetados.

22. Hurst Hannum. 1992. *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, cap. 19. Véase también Héctor Díaz Polanco. 1991. *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indígenas*. México. Siglo XXI.

**SENTENCIA DE LA
CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE VENEZUELA**

EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Carlos M. AYALA CORAO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

VICE PRESIDENTE DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En una sentencia líder dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno de Venezuela (órgano de la jurisdicción constitucional), en fecha 5-12-96, se declaró parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad ejercida por miembros y autoridades de los pueblos indígenas del Estado Amazonas (Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jivi, Ye'Kuana, Yabarana, Sanema), organizaciones indígenas (Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Amazonas –ORPIA–; Unión Guahiba Venezolana; y Unión Maquiritare del Alto Ventuari) y miembros del Vicariato Apostólico de Puerto Ayacucho, contra la “Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas” de 1994.

El alegato central de inconstitucionalidad de los accionantes, consistió en que la mencionada ley dictada por la Asamblea Legislativa del Estado Amazonas, violaba el derecho de las comunidades indígenas a un régimen de excepción (artículo 77 constitucional), en virtud de que mediante ella se crearon seis nuevos municipios, sin tomar en cuenta que dicho Estado –como lo reconoce su propia Constitución– tiene una configuración (multiétnica y pluricultural) –el 44% de su población es indígena según los propios censos oficiales. De esta forma, resultaba violado el derecho a la participación política de los pueblos indígenas reconocido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y en la propia Constitución del Estado Amazonas. Esta última exige en relación al régimen municipal del Estado, la realización de una consulta popular, mediante referendos en las Comunidades indígenas. Dicha participación política tiene por finalidad, preservar los derechos de los pueblos indígenas a su cultura, religión, lengua propia y a la tierra (artículos 11 y 12 de la Constitución del Estado Amazonas). En virtud de lo cual –en

palabras de la Corte— dichos presupuestos fundamentan la exigencia de la participación política de los pueblos indígenas.

Uno de los aspectos más relevantes de la sentencia con escasos precedentes en Venezuela y el Derecho Comparado fue el haber analizado y reconocido *el derecho a la participación política como derechos humanos de rango constitucional*. En efecto, la Corte fundó su afirmación en el análisis del derecho a la participación política consagrado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela: artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; y artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además de ello, la Corte aclaró las discusiones sobre el tema planteadas en anteriores oportunidades, afirmando diáfamanamente sobre derechos humanos que “forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano”.

La Corte definió la participación política como un fenómeno de la vida democrática, que al manifestarse antes de dictarse la norma, instruye a la autoridad sobre los intereses legítimos y necesidades de la comunidad y produce, *a posteriori*, consecuencias positivas, que se revelan en el respaldo democrático de su aplicación.

Ese derecho de participación ciudadana —afirmó la Corte—, en el caso de las comunidades indígenas, constituye una forma de expresión política en el contexto del régimen de excepción previsto en el artículo 77 de la Constitución, del ámbito de los derechos humanos de las minorías. Dicha consideración la fundamentó la Corte en virtud de que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones socio-económicas, culturales y de aislamiento, por cuanto en su hábitat intervienen intereses distintos y a veces contrarios a los legítimos derechos de la población autóctona. Asimismo precisó el Alto Tribunal, la lesión de los derechos humanos de las minorías no sólo atañe a esas comunidades, sino a la nación entera, en virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del pueblo venezolano (artículos 51 y 57 constitucionales).

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Pleno de Venezuela, concluyó declarando la inconstitucionalidad de la mencionada Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, por violar el derecho constitucional de participación política de los pueblos indígenas como derecho humano constitucionalizado de las minorías, en el contexto del régimen de excepción previsto en el artículo 77 constitucional.

Por lo cual, esta nueva lectura contextual del artículo 77 constitucional que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, representa un

aporte significativo a la jurisprudencia constitucional en el Derecho Comparado.

En relación a los *efectos en el tiempo* de la decisión de anular la referida ley estatal, la Corte reconoció que sus efectos hacia el pasado (*ex-tunc*), ello es desde la promulgación de la ley, vulneraría gravemente la seguridad jurídica, por lo cual declaró la vigencia de los actos cumplidos en su Ley Orgánica (artículos 119 y 131), la Corte estableció los efectos anulatorios de su sentencia, hacia el futuro (*ex-nunc*).

Además de ello, la Corte dictó una serie de órdenes o *mandamientos complementarios*, a fin de garantizar la adecuada ejecución no sólo de la anulación, sino de la debida elaboración de la nueva ley con la consulta popular. Para ello, la Corte extendió los efectos de la ley anulada en el tiempo, durante tres (3) meses a partir de la fecha de su publicación, para que durante ese plazo la Asamblea Legislativa y el Gobernador del Estado Amazonas procedieran a elaborar, sancionar y promulgar, la nueva Ley de División Político-Territorial de dicho Estado. Asimismo, luego de transcurridos esos tres (3) meses, la Corte dispuso que, transcurrido un (1) mes después de la entrada en vigencia de la nueva ley, se efectuará el proceso electoral de las nuevas autoridades locales (Alcaldes y Concejales), correspondientes a los municipios que creare dicha ley. Para poder llevarse a cabo dichas elecciones, y dado que el mandato de las actuales autoridades municipales por tres (3) años concluiría el 31-12-99, la Corte ordenó que el mandato de esas autoridades se extenderá hasta el mes de diciembre de 1998, fecha en la cual se celebrarán sus nuevas elecciones.

Como puede verse, la sentencia comentada, además de constituir un precedente en cuanto a su materia de fondo, también resulta un interesante aporte creativo e innovador, en el campo de la jurisprudencia constitucional, en cuanto a la determinación de los efectos en el tiempo de las decisiones declaratorias de nulidad por inconstitucionalidad, y a los mandamientos constitucionales –de hacer– a los órganos del poder público, para hacer efectivo el cumplimiento no sólo de la anulación, sino de la creación de una nueva ley sustitutiva, en base a los parámetros establecidos en la sentencia.

La doctrina material de esta sentencia, resulta de gran valor para la jurisprudencia constitucional. En primer lugar, porque declara expresamente, que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, se hallan plenamente incorporados al ordenamiento jurídico venezolano. En segundo lugar, porque como consecuencia de dicha incorporación los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos (aunque no figuren como enumerados expresamente en el Texto Constitucional) tienen la categoría de derechos constitucionales, como derechos inherentes a la persona humana, conforme a la cláusula

constitucional contenida en el artículo 50. En el presente caso ello significó que el derecho a la participación política directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, el cual no se haya expresamente consagrado en la Constitución venezolana mas sí en los citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia como un derecho humano constitucionalizado.

En tercer lugar, y como consecuencia de las dos conclusiones anteriores la Corte estableció que el derecho a la participación política de los pueblos indígenas cobra una relevancia especial en el ámbito de los derechos humanos de las minorías, en el contexto del régimen de excepción de las comunidades indígenas consagrado en el artículo 77 constitucional. Dicho reconocimiento tiene una especial repercusión, en momentos en los cuales los avances nacionales (constitucionales, legislativos y jurisprudenciales), se han complementado con instrumentos internacionales (ej. Convenios de la OIT), y lo continuarán siendo, con las propuestas de Declaración Universal (ONU) y Americana (OEA) de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

(TEXTO DE LA SENTENCIA)
**LA REPÚBLICA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE,
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CORTE EN PLENO**

Magistrado Ponente: Alfredo Ducharne Alonzo

Mediante escrito de fecha dos (2) de febrero de 1995, presentado por ante la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, los ciudadanos Antonio Gusmán, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Yanomami*, mayor de edad, soltero, mecánico, domiciliado en Olano, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.606.776; Lucas Omashi, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Yanomami*, mayor de edad, soltero, mecánico, domiciliado en Mavaca, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.606.866; José Seripino, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Yanomami*, mayor de edad, soltero, docente, domiciliado en Mavaca, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.606.850; Luis Urdaneta, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Yanomami*, mayor de edad, soltero, enfermero, domiciliado en Ocano, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.945.396; Andrés Trujillo, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Piaroa*, mayor de edad, soltero, comisario, domiciliado en

Caño Leña, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.904.308; Pedro Acosta, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Piaroa*, mayor de edad, soltero, docente, domiciliado en Churuata Don Ramón, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.923.032; Pastor Rodríguez, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Piaroa*, mayor de edad, casado, agricultor, domiciliado en Manapire, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.902.350; Pedro Rojas, venezolano perteneciente a la etnia indígena *Piapoco*, mayor de edad, casado, agricultor, domiciliado en la Primavera, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.605.975; Mireya Rojas, venezolana, perteneciente a la etnia indígena *Piapoco*, mayor de edad, soltera, agricultora, domiciliada en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.606.007; Freddy Rojas, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Piapoco*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.605.976; Marta Hermelinda Garrido Quin, venezolana, perteneciente a la etnia indígena *Baré*, mayor de edad, soltera, agricultora, domiciliada en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 1.562.191; Pedro Lara, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, casado, agricultor, domiciliado en Campo Florido, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 7.678.737; Enelda Rodríguez, venezolana, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, soltera, docente, domiciliada en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.024.864; Luis Ponare, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, soltero, comisario, domiciliado en Queda, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.947.275; José Álvaro Jiménez, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, casado, docente, domiciliado en La Reforma, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 4.781.383; Olga María Reyes, venezolana, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, soltera, docente, domiciliada en La Reforma, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.902.683; Eduardo Gaitán, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Monte Blanco, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 13.058.451; José Santiago García, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, soltero, comisario, domiciliado en Monte Blanco, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.948.730; Pablo Lara, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, soltero, artesano, domiciliado en Bambú Lucero, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.948.722; Guillermo Guevara Querra, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, casado, docente, domiciliado en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 6.060.679; José Álvarez,

venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, casado, docente, domiciliado en Coromoto, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 1.564.773; Lina Estela Cariban Sinoso, venezolana, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, soltera, docente, domiciliada en Coromoto, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.945.266; David Colina, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Caño Negro, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 4.779.551; Alfonso Colina, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Penkua, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 6.721.972; Ricardo Colina, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Caño Negro, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 7.657.649; Silvino Antonio Hernández, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Guasaraña, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 13.714.840; Roberto Sarmiento, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, casado, agricultor, domiciliado en Kakuri, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 6.016.159; Wilfredo Sarmiento, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Kakuri, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 6.721.842; José Antonio Asisa, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Pankua, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 7.657.491; Simón Gómez, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Yatote, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 13.558.216; Isaías Rodríguez Vargas, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Yatote, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 930.643; Alberto Cayupare, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, docente, domiciliado en Pankua, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.024.309; Yecuana René Estaba, venezolana, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltera, docente, domiciliada en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 6.538.079; Ricardo Martínez, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Rakuri, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.947.801; Simeón Guerra, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Ye'Kuana*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en La Esmeralda, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.606.668; Isaías Uli, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Sánema*, mayor de edad,

soltero, agricultor, domiciliado en Momi, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.532.100; Albertina Cuiche, venezolana, perteneciente a la etnia indígena *Puinave*, mayor de edad, soltera, religiosa, domiciliada en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.606.569; Benjamín Pérez, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Yabarana*, mayor de edad, soltero, docente, domiciliado en Majagua, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.024.453; José Pedro Jaro, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, soltero, enfermero y domiciliado en Campo Florido, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 8.901.713; Arturo Castillo Mirabal, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Jivi*, mayor de edad, soltero, agricultor y domiciliado en Queda, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 12.628.891; Guillermo Avana Avana, venezolano, perteneciente a la etnia indígena *Piaroa*, mayor de edad, soltero, agricultor, domiciliado en Caño Gruela, Estado Amazonas y titular de la cédula de identidad N° 10.024.126; Luis Jesús Bello Díaz, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 6.660.351, abogado, soltero, domiciliado en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas; Adrián Enrique Gelves Osorio, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 8.709.054, abogado, soltero, domiciliado en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas; María Eugenia Rengel Mendoza, venezolana, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 5.0673.583, geógrafa, soltera, domiciliada en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas; Antonio Gerardo Graterol, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 8.575.425, ingeniero agrónomo, casado, domiciliado en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas; e Isabel Santos Martín, venezolana, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 12.629.712, antropóloga, soltera, domiciliada en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas, quienes somos legítimos habitantes del Estado Amazonas, y Guillermo Guevara, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 6.0690.679, domiciliado en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas, en su carácter de Coordinador General de la Organización Regional de los Pueblos Indígenas de Amazonas (ORPIA), inscrita por ante la Oficina subalterna de Registro Público de Puerto Ayacucho, Estado Amazonas, el 22 de octubre de 1993, bajo el N° 4, del Protocolo Primero del Cuarto Trimestre de 1993, facultado para este acto, según se desprende del artículo XXVI, literal C, del acta constitutiva y estatutaria de la misma, nombramiento que consta de la misma acta; José Álvarez, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 1.564.773, domiciliado en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas en su carácter de Presidente de la Unión Guahiba Venezolana, inscrita por ante la Oficina Subalterna de Registro Público de Puerto Ayacucho, Estado Amazonas en fecha 15 de mayo de 1987, bajo el N° 44, del Protocolo Primero del Segundo Trimestre de 1987, facultado para este acto, según

se desprende de la Cláusula Décima Quinta del Acta Constitutiva Estatutaria, nombramiento que consta de la misma acta; y Ricardo Martínez, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad N° 8.947.801, domiciliado en Puerto Ayacucho, Estado Amazonas, en su carácter de Director-Ejecutivo de la empresa indígena Unión Maquiritare del Alto Ventuari, Estado Amazonas, registrada por ante la Oficina Subalterna del Primer Circuito de Registro del Municipio Libertador del Distrito Federal en fecha 6 de diciembre de 1972, bajo el N° 51, Tomo 20, Protocolo Primero del Cuarto Trimestre de 1972 facultado para este acto según el artículo Vigésimo Noveno de sus Estatutos, nombramiento que consta del Acta de Asamblea General, realizada en fecha 6 de enero de 1994, registrada por ante la Oficina Subalterna de Registro de Puerto Ayacucho, Estado Amazonas, en fecha 8 de febrero de 1994, bajo el N° 6 del Protocolo Primero del Primer Trimestre de 1994, asistidos en este acto por los abogados Carlos Ayala Corao, Pedro Nikken, Gerardo Fernández y Claudia Nikken, venezolanos, mayores de edad, domiciliados en Caracas, de estado civil casados los tres primeros y soltera la última, titulares de las cédulas de identidad números 4.767.891, 1.758.988, 5.531.007 y 10.810.802, respectivamente, abogados en ejercicio inscritos en el INPREABOGADO bajo los números 16.021, 5.470, 20.802 y 56.662, respectivamente, ocurrieron por ante esta Corte con el objeto de interponer *Acción de Nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad contra la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*, sancionada por la Asamblea Legislativa del Estado Amazonas en fecha 29 de junio de 1994 y publicada en la Gaceta Oficial del Estado Amazonas número 3 Extraordinario de 24 de septiembre de 1994.

En el referido recurso los accionantes solicitaron la medida cautelar innominada de suspensión de efectos de la Ley de División Político-Territorial y la reducción de lapsos en su tramitación.

El 9 de febrero de 1995 se dio cuenta ante la Corte en Pleno del anterior escrito y se acordó remitirlo al Juzgado de Sustanciación, quien por auto de fecha 7 de marzo del mismo año, notificó al Presidente de la Asamblea Legislativa del Estado Amazonas, al Fiscal General de la República y al Procurador General de la República. Efectuados los trámites pertinentes, se ordenó la remisión del expediente a la Corte en Pleno, a los fines de la designación de Ponente y la correspondiente decisión. Por auto de fecha 29 de marzo de 1995 se designó Ponente al Magistrado Dr. Luis Manuel Palis, a los fines de resolver sobre las solicitudes de la medida cautelar y reducción de lapsos en la tramitación.

Siguiendo las secuelas del proceso, con el escrito de fecha 25 de abril de 1995, los abogados en ejercicio Román José Duque Corredor, Irena Loreto González, Leopoldo González Coultenye, Vanesa Sarmiento Colmenares. REPRESENTANTES JUDICIALES DEL ESTADO AMAZONAS,

solicitaron la declaración sin lugar a la suspensión de efectos del acto impugnado, asunto que en definitiva fue resuelto por la Corte en DECISIÓN de fecha 28 de noviembre de 1995, en el sentido de que la solicitud fue declarada *improcedente*, ordenándose que el presente proceso de nulidad se tramitara con la omisión de la etapa de relación. Consecuentemente, los representantes judiciales del Estado Amazonas, mediante escrito de 17 de enero de 1996, solicitaron la declaratoria “sin lugar con todos los pronunciamientos de ley” del recurso intentado. La parte actora consignó escrito de promoción de pruebas documentales, las cuales fueron admitidas por auto de fecha 18 de enero de 1996 (por tratarse de un documento público).

Mediante escrito de fecha 25 de enero de 1996, los ciudadanos Hugo Alencar Tovar, William José Velásquez, Bernabé Arana, Nepomuceno Patiño, Jaime Turón, Reinaldo Fuentes y Pedro Antonio Briceño, en su carácter de Alcaldes de los Municipios Autónomos: Atures, Río Negro, Antana, Atabapo, Alto Orinoco, Manapiatre y Guainia, respectivamente, asistidos por el abogado en ejercicio, Pelayo De Pedro R., formalizaron su *oposición* al recurso intentado y se adhirieron al escrito que en este sentido fue presentado por el Estado Amazonas, mediante sus representantes judiciales, doctores Román José Duque Corredor e Irene Loreto. La Corte, mediante auto de 30 de enero de 1996, admitió como parte, en el presente juicio, a los referidos ciudadanos.

Concluido el lapso de comparecencia, se fijó el acto de informes (la parte actora consignó oportunamente el escrito correspondiente) y se nombró ponente al Magistrado que con tal carácter suscribe la presente sentencia (auto de fecha 29 de febrero de 1996).

El Ministerio Público y la Procuraduría General de la República no consignaron sus dictámenes, con el fin de manifestar opinión sobre la controversia planteada.

Encontrándose entonces la causa en estado de dictar sentencia, conforme a la decisión del 28 de noviembre de 1995 (citada supra), la Corte con este fin, observa:

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRESUPUESTO DE LA CONTROVERSIA

En fecha 23 de julio de 1992, el Congreso de la República sancionó la “Ley Especial que eleva a la Categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas” (Gaceta Oficial de la República de Venezuela, número 35.015 de fecha 29 de julio de 1992). Como consecuencia de dicha ley, *la Asamblea Legislativa del Estado Amazonas* decretó, el 2 de mayo de

1993, su Constitución estatal y, en desarrollo de lo establecido en el artículo 17 ordinal 2° de la Constitución de la República, de los artículos 3 y 6 de la Ley Especial mencionada y del numeral 2 del artículo 40 de la Constitución de dicho Estado, *dictó* la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, Ley que fue promulgada por el Gobernador de este Estado y publicada en su Gaceta Oficial, el 24 de septiembre de 1994. Es ésta la ley cuya nulidad se solicita mediante el recurso interpuesto y, para los fines de decidir el caso *subjudice*, se inicia la sentencia, con la síntesis de la controversia, en los términos previstos en el artículo 243 ordinal 3° del Código de Procedimiento Civil (aplicable con base al artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO

La parte actora considera que la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas fue promulgada en violación de diversas disposiciones legales y pactos internacionales, constitucionales y con el desacuerdo del pueblo de dicho Estado, específicamente, de las comunidades indígenas, que constituyen el 44% de la población. El texto legislativo impugnado no desarrolla en su articulado las características de base humana y socio-económica excepcionales, en la creación de los municipios autónomos, causando una situación de inseguridad jurídica con relación a la tenencia de las tierras y a los espacios territoriales habitados por las diferentes etnias. La división política del Estado no consideró la unión de las comunidades indígenas.

En efecto, en los considerandos de la Ley impugnada se señala que "Los nuevos municipios dispondrán de suficientes recursos para mediante inversión coordinada con el Ejecutivo Estatal, establecer las bases de una adecuada rentabilidad, comenzando por la dotación y organización de sus propios ejidos municipales..." Esta situación determina que, a través de la enajenación de ejidos para los fines previstos en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, puedan afectarse los territorios donde tranquila y armoniosamente han vivido, por milenios, estas etnias amazónicas, ocasionándose la violación de sus derechos como pueblos.

Por otra parte, es importante destacar que aproximadamente el cincuenta por ciento (50%) del territorio del Estado Amazonas está declarado como "Áreas Bajo Régimen de Administración Especial" (ABRAE), las cuales tienen un régimen jurídico específico y particular, de acuerdo con sus respectivos decretos de creación. La creación de estos municipios en territorios que son ABRAE, donde el municipio no puede actuar de forma tradicional, es evidente que traerá conflictos de competencia entre los Municipios y el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales Renovables, y sus órganos de adscripción encargados por ley de administrar estos ABRAE.

Los recurrentes alegan que la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas incurre en las siguientes violaciones:

1) Violación del derecho al régimen de excepción de las comunidades indígenas

El artículo 77 de la Magna Carta consagra un deber constitucional de protección de las comunidades indígenas y la ley impugnada no desarrolló el régimen de excepcionalidad. En efecto, los municipios fueron creados con criterios urbanos, *desconsiderándose*: la especificidad indígena, las variables históricas, ambientalistas, de ordenamiento territorial de seguridad y defensa y de la integración del espacio amazónica, el derecho político y representativo de los pueblos y comunidades indígenas. Con la división territorial, la ley impugnada, impuso “modelos ordinarios no adaptados a la cosmovisión y organización socio-cultural” de las etnias, con lo cual resulta lesionado también el artículo 27 constitucional, o sea, la concordancia del régimen de organización, gobierno y administración de los Municipios con las condiciones de población, desarrollo económico, situación geográfica y otros factores de importancia. Asimismo, la ley impugnada vulneró la Constitución estatal (artículo 15) al no haberse, previamente a su promulgación, efectuado la consulta popular, mediante referendos a las comunidades. No fueron creados “municipios especiales indígenas”, en las áreas habitadas mayoritariamente por grupos étnicos, como lo exige el régimen constitucional de excepción para las comunidades indígenas.

2) Violación de los requisitos de ley para la creación de Municipios

La ley impugnada viola el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en cuanto a la población, territorio, centro de población, capacidad para generar recursos propios, todos estos requisitos concurrentes para que las Asambleas Legislativas puedan declarar la creación de Municipios. La tesis enunciada la confrontan los recurrentes con el censo indígena efectuado en 1992, con la población de los municipios creados, con la inexistencia de actividad económica, industrial y comercial para generar ingresos, concluyendo con base en lo expuesto en el vicio de ilegalidad de la ley impugnada.

3) Violación del derecho a la tierra de las comunidades indígenas

Sostienen los recurrentes que se lesionó la Ley de Reforma Agraria (artículo 2º letra d), la Ley Aprobatoria del Convenio 107 relativa a la Protección e Integración de las Poblaciones y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes, la Ley Especial que eleva a la Categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas, la Constitución del Estado Amazonas, en cuanto a la posesión y

propiedad de las tierras, creándose al respecto un estado de inseguridad jurídica, con “despojos automáticos de territorios ancestrales” (la problemática de los terrenos ejidos).

Es entonces con base en las razones expuestas de violación de la normativa constitucional y legal que se pide que se declare la nulidad de la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas.

CAPÍTULO TERCERO

LA OPOSICIÓN AL RECURSO DE NULIDAD

Los apoderados del Estado Amazonas fundamentan la oposición en los argumentos que a continuación se señalan en su esencia:

1) Oposición a la supuesta violación al régimen de excepción de las comunidades indígenas

- La Asamblea Legislativa del Estado legisló legítimamente sobre la división política estatal, en ejercicio de su autonomía y soberanía constitucional, con base en el federalismo que consagra la Constitución (artículo 2°). Esta prerrogativa no está sometida al control jurisdiccional (se cita al respecto jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación).
- El artículo 77 constitucional (el régimen de excepción), no constituye un límite impuesto por el Poder Constituyente Nacional a la potestad soberana de los Estados de determinar su propia división político-territorial, de ser así no existiría “la autonomía estatal que proclama el Texto Fundamental”. Al respecto señalaban los recurrentes:

En efecto, tal régimen excepcional, en primer término, es provisorio y no definitivo, ya que sólo se creará y tendrá vigencia de ser necesario; cuestión ésta que es de naturaleza socio-económica. En segundo término, la decisión, que por lo demás corresponde al Poder Nacional, sobre la necesidad o no de establecer tal régimen es de contenido social, que no pueden los órganos jurisdiccionales revisar o controlar; y en tercer término, que dicho régimen atiende a 108 aspectos sociales, económicos y jurídicos, de carácter interno, de las comunidades indígenas, que tiene que ver con los derechos de las personas de sus integrantes y no con la organización territorial de los poderes públicos de las localidades donde se encuentran; y por ello no puede servir de base para postular una República, unos Estados o unos Municipios indígenas, dentro de la división político territorial del Estado venezolano. Y en cuarto término, el régimen de excepción en cuestión, si acaso en lo que al aspecto organizativo se refiere, pudiera servir de base para algún tipo de organización o repartición administrativa, como por ejemplo, las Misiones o reservas indígenas, que deben y pueden existir dentro de un mismo Municipio, pero sin llegar nunca a significar un tipo diferente de organización político-territorial distinto a la que postula la Constitución en sus artículos 9° y 25° para todos los venezolanos.

- Se sostiene que la colocación del artículo 77 constitucional en el Capítulo de los "Derechos Sociales", fuera del Capítulo "De la República, su Territorio y su División Política", permite concluir que de la señalada norma "no se desprende mandato alguno para los entes públicos territoriales de crear entidades locales indígenas, por razones de carácter étnico. Ello incluso iría en contra del mismo texto mencionado, artículo 77, del cual no se desprende que las comunidades indígenas deban vivir y situarse en divisiones políticas territoriales separadas del resto de la población del país, o bajo formas organizativas distintas a las de los demás venezolanos. Y constituiría, además, un atentado en contra de la unidad e integridad nacional, que postulan los artículos 1º, 2º, 7º y 9º del Texto Fundamental".
- El artículo 77 constitucional constituye un mandato para el Poder Nacional y no para los Estados (respecto del establecimiento de un régimen legal tuitivo de las comunidades indígenas);
- El artículo 77 de la Constitución es de naturaleza programática, por tanto, no procede la denuncia de su violación. Se trata de una norma que no puede aplicarse sino cuando la completa una legislación ulterior, o sea, no es operativa. Consecuentemente, la ley impugnada no puede violar el artículo 77 citado.
- Consideran los opositores al recurso intentado, citando la doctrina de la Corte Federal y de Casación, que la ley impugnada no lesiona la Constitución del Estado Amazonas (artículos 2, 3, 11 y 12) por cuanto dicha normativa no puede calificarse como constitucional sino como ley general de organización de los poderes públicos, que no tiene un rango superior a cualesquiera otra ley estatal y, además, la Corte Suprema no puede conocer de las supuestas contradicciones entre las diferentes leyes de los Estados y las Constituciones Estadales, por ser una materia extraña a la inconstitucionalidad (para la cual sí es competente).

2) Oposición a la supuesta violación de los principios de organización del régimen municipal

- a) La supuesta lesión del artículo 27 constitucional. Se sostiene que la norma en referencia constituye "una guía para el legislador nacional respecto del no establecimiento de bases poblacionales mínimas, o de criterios rígidos, únicos e inmodificables en lo que se refiere a la organización municipal". Se trata de una norma que no es taxativa sino por el contrario de un dispositivo general y flexible, afirmativa de la autonomía estatal. La tesis contraria significaría una infracción del citado artículo 27 como del artículo 17, en sus ordinales 1º y 2º así como del artículo 16, todos de la misma Constitución (lesión de la autonomía de los Estados).

En concordancia con la argumentación anterior, los oponentes consideran que los criterios poblacionales no son taxativos, ni excluyentes de otros factores sociales y económicos, que también justifican la creación de entidades locales. Se citan al respecto los factores históricos, sociales (el carácter de centros económicos, sociales o culturales de los poblados), el interés geopolítico, la promoción de poblamientos humanos, la integración territorial, los factores étnicos, etc., todos los cuales –se afirma– fueron estimados por la Asamblea Legislativa del Estado Amazonas.

En este mismo orden de ideas se señala que el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, no establece la base poblacional con carácter definitivo y obligatorio, no obstante el señalamiento de la concurrencia de los requisitos para la creación de los Municipios. Intervienen entonces en su creación (con prescindencia de límites poblacionales) criterios flexibles que permiten configurar una unidad política primaria dentro de la organización territorial del país, con potencialidades de desarrollo y de generación de recursos. El artículo 18 ordinal 3° de la citada ley (exigencia de la población mínima) de interpretarse estrictamente, resultaría inconstitucional, razón por la cual se impondría su desaplicación (los oponentes formularon la solicitud en este sentido).

3) Oposición a la supuesta violación del derecho a la tierra de las comunidades indígenas

La infracción denunciada, del artículo 11 de la Ley Aprobatoria del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo relativa a la Protección e Integración de las Poblaciones y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes y con la violación de dicha norma la del derecho colectivo o individual a favor de las poblaciones indígenas –*artículo 50 constitucional*– no es procedente por cuanto la Asamblea Legislativa al dictar la ley impugnada, actuó conforme a su competencia, no modificó, ni restringió, “ni mucho menos eliminó los derechos a la tierra de las comunidades indígenas, cuyos títulos jurídicos devienen de leyes nacionales o de otros títulos. En efecto, la creación de Municipios y el señalamiento de sus límites sólo tiene efectos políticos administrativos, pero nunca modificatorios de derecho alguno sobre los bienes que pudieran tener los ciudadanos que habiten en los nuevos Municipios”.

Por la misma razón, se considera que no procede la denuncia de violación de la Ley de Reforma Agraria en cuanto a la violación del derecho de usufructo comunal, o de dotación de tierras (como una garantía constitucional prevista en el artículo 50 de la Carta Magna), en vista de que la ley impugnada no crea derecho alguno de propiedad en

favor de los Municipios en detrimento de los que puedan corresponderles a los indígenas y tampoco es posible que en la Ley Estatal se hubieran incorporado disposiciones protectoras de tales derechos, porque ello corresponde al Poder Legislativo Nacional.

Refutan asimismo los oponentes el argumento de los recurrentes que consiste en que con la vigencia de la ley impugnada se crearían ejidos sobre las tierras que pertenecen o que disfrutaban las comunidades indígenas.

Al respecto se señala que las tierras de los resguardos indígenas que por mandato de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (artículo 123 ordinal 1°), pasan a ser ejidos, “son sólo aquéllas que hasta 1904 mantenían su estado de indivisión o copropiedad, originado en los títulos de reparto previstos en las leyes coloniales; es decir, las tierras sobre las cuales jurídicamente existieron títulos reales de adjudicación colectiva a las tribus indígenas, y que por no haber sido divididas con anterioridad entre sus integrantes, como lo exigía la Ley de Resguardos Indígenas del 8 de abril de 1904, se extinguieron y se convirtieron desde aquella oportunidad en Ejidos. De modo que si alguna violación existe o existió, por esta disposición, se originaría de la Ley de 1904 citada, o de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, pero de ninguna manera de la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, que no regula lo relativo a la formación o creación de Ejidos a 108 Municipios”. Asimismo, precisan los oponentes que la ley impugnada no contiene disposición alguna que permita la extinción de los derechos de las comunidades indígenas sobre otras tierras que no constituyan resguardos o que les han sido adjudicados o dotados o fueron adquiridas por ellas, como tampoco lesiona el acto impugnado el derecho de usufructo sobre terrenos baldíos no adjudicados a las comunidades indígenas. Se precisa asimismo que la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, no contiene ninguna disposición que modifique o altere el régimen de tenencia de los indígenas por lo cual no puede denunciarse la lesión del artículo 8° de la Ley Especial que elevó a la Categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas.

Finalmente señalan los oponentes (en el contexto de la supuesta violación del derecho a la tierra de las comunidades indígenas) que los posibles conflictos que puedan existir entre leyes nacionales y estatales –que en el presente caso no existen– no constituyen un problema de ilegalidad sino un asunto de conflicto de competencia entre 108 Poderes Nacional y Estadales, en razón de las potestades legislativas que a ambos Poderes reconoce la Constitución, conflicto que se resuelve “mediante la delimitación de tales competencias, que permiten anular las leyes nacionales y estatales que excedan los límites

de esas competencias". Asimismo reiteran el criterio según el cual no procede el pedimento de control jurisdiccional por parte de la Corte de la supuesta contradicción entre la ley estatal con la Constitución del Estado Amazonas, por no tratarse de un problema de inconstitucionalidad (materia que escapa a la competencia de la misma Corte).

4) Oposición a la supuesta violación del derecho a la participación política

Señalan los oponentes al recurso de nulidad intentado que tal pretensión carece de fundamento por cuanto la Asamblea Legislativa en la formación de la ley impugnada *consultó* órganos oficiales, como el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y al Servicio Autónomo para el Desarrollo Ambiental de Amazonas, *recibió* observaciones sobre el Proyecto de Ley de diferentes organizaciones indígenas. Asimismo, el Gobernador antes de la promulgación de la ley explicó a la Organización Regional de Pueblos Indígenas las razones de la ley y, finalmente, se dispuso la elaboración de la Ley de Régimen Municipal Estatal "que prevea un sistema de Gobierno Municipal completamente adaptado a las normas y patrones culturales de dichos Pueblos y Comunidades, para así complementar el ejercicio real del Poder Municipal que les otorga la Ley de División Político-Territorial".

De lo expuesto, deducen los oponentes, que en la formación de la ley, no se desconoció el derecho a la participación política, por lo cual la denuncia de violación de ese derecho debe desestimarse.

PETITUM: Considerando demostrada la improcedencia del recurso de anulación por inconstitucionalidad e ilegalidad de la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, los apoderados de dicho Estado solicitan la declaratoria sin lugar del recurso con todos los pronunciamientos de ley.

CAPÍTULO CUARTO

PARA DECIDIR LA CORTE OBSERVA:

- 1) El presente recurso se intentó con base en los artículos 42 ordinal 3°, 112, 84 y 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en concordancia con el artículo 43 *ejusdem*, normativa que establece la vía judicial de impugnación de actos de efectos generales para solicitar su nulidad por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, competencia que le es atribuida a esta Corte Suprema de Justicia, en Pleno.

Dicho procedimiento contencioso tiene su respaldo constitucional en los artículos 215 ordinal 4° y 216 de la Constitución de la República.

En la narrativa de la presente decisión se señaló que la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas se impugnó por razones de inconstitucionalidad y de ilegalidad por colidir con la Constitución de la República, con la Ley Orgánica de Régimen Municipal y otras leyes nacionales, con los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos (argumentación desarrollada en el escrito de Informes) y con la misma Constitución del Estado Amazonas.

Se observa entonces que la fundamentación es diversa, en cuanto al rango de las normas lesionadas, con la consecuencia jurídica del *petitum* de la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad del acto impugnado.

Como *cuestión previa* la Corte precisa que la inconstitucionalidad por la pretendida vulneración de la Constitución Nacional, o de ilegalidad por la alegada lesión de leyes nacionales, no presenta mayor dificultad para ser admitidas en cuanto ha lugar en derecho y consideradas como de competencia de este alto Tribunal, precisamente, en virtud del carácter vinculante de la normativa constitucional, incluyendo el Preámbulo que “constituye la base fundamental, el presupuesto que sirve de fundamento a la norma constitucional” (sent. CSJ en SPA de fecha 8 de agosto de 1989, G.F. N° 145, vol. 1 p. 313). En cuanto a la vinculación con las disposiciones constitucionales y el consecuente control constitucional de todos los actos del Poder Público, la Corte reitera su doctrina establecida en las decisiones dictadas por la Sala Plena, en fecha 30 de marzo de 1993, caso: Hernán Gruber Odremán y la dictada por la Sala Político-Administrativa de 1988, caso Jorge Olavarría.

El examen de la inconstitucionalidad se hará entonces, con base en la normativa señalada supra y al artículo 17 ordinales 1° y 2° de la Constitución de la República en cuanto a la competencia de cada Estado de organizar sus poderes públicos conforme a esta Constitución y proceder a su división político-territorial, de conformidad con la Carta Magna y las leyes nacionales, en concordancia con el artículo 77 *ejusdem*, respecto al régimen de excepción que requiere la protección de las comunidades de indígenas.

Asimismo, debe mencionarse el artículo 163 *ejusdem* que dispone que las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas. El incumplimiento de este dispositivo constitucional constituye, sin duda, un vicio de inconstitucionalidad.

Evidentemente, en este contexto, pueden y deben incluirse también los pactos y convenios internacionales por ser leyes de la República o

en virtud del artículo 50 constitucional, por evidenciar el presente recurso, una problemática de derechos humanos referida a las minorías, específicamente a las comunidades indígenas. La norma en referencia establece:

Artículo 50.—La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Ahora bien, la anterior fundamentación, no puede esgrimirse en cuanto a la colisión planteada entre la ley estatal (el acto impugnado) y la Constitución estatal, por cuanto, en este contexto, la colisión no constituye un problema de inconstitucionalidad, tal como está previsto en la Carta Magna (véase al respecto sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 19-12-75, en Gaceta Oficial N° 1741 Extraordinaria de 21-5-76 pp. 26 y 27), sino un asunto de *colisión de leyes estatales* (si se considerasen como leyes del mismo rango) que deberán resolverse por vía similar al recurso de colisión de leyes nacionales (artículo 215 ordinal 5° de la Constitución y el artículo 42 ordinal 6° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) estableciéndose la prevalecencia o por vía de *nulidad*, si se calificara la Constitución estatal como una normativa de rango superior con respecto a la ley estatal. Al respecto se observa: el Estado al cual hace referencia el artículo 13 de la Constitución de la República, conforme al artículo 16 *ejusdem*, es una entidad política autónoma, autonomía que se manifiesta a través de la competencia que le es atribuida por la Carta Magna en cuanto a la organización de sus poderes públicos, de sus Municipios y demás entidades locales, la división político-territorial (entre otras), conforme al artículo 17 *ejusdem*. Asimismo detenta el Estado, a través de su Asamblea Legislativa, la facultad de legislar, en materia de la competencia estatal (artículo 20 ordinal 1° *ejusdem*). Considera entonces la Corte, que en el contexto de esta autonomía puede y es deseable que se establezca una jerarquía normativa local, un ordenamiento jurídico, siendo la máxima expresión su propia Constitución, por similitud al modelo nacional kelseniano (véase al respecto, a título ilustrativo, el artículo 42 ordinal 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que señala la existencia de las "constituciones o leyes estatales"). Es así que en la Constitución del Estado Amazonas se establece la supremacía de este texto, en la Declaración Preliminar, en sus Disposiciones Fundamentales, en cuanto a la organización, funcionamiento y gobierno (artículo 1°), en la inviolabilidad y reforma de la Constitución (artículos 118 y 119).

Consecuentemente, la Corte considera que en el caso que se planteara una antinomia entre la ley estatal y la constitución estatal, por ser normas de rango distinto, la vía judicial de solucionarla sería el de nulidad por razones de lesión de la Constitución estatal, para así circunscribirla al principio fundamental de la legalidad (*lato sensu*), previsto en el artículo 117 de la Constitución de la República. Por supuesto, estos recursos deberán intentarse por ante el órgano judicial competente, que en criterio de esta Corte, deberán ser los Tribunales Superiores (artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). No obstante, en el presente caso, la mencionada competencia no es determinante, por cuanto el recurso no se fundamenta únicamente en la lesión de la normativa estatal (Ley-Constitución) sino en violaciones múltiples que se originan con la lesión de la Constitución de la República, por lo cual, por razones de CONEXIDAD, conforme al artículo 42 ordinal 17 de la mencionada Ley, aplicable con base al artículo 102 *ejusdem* (se considera esta última disposición en virtud de que la mencionada conexidad, según el artículo 43 *ejusdem*, se refiere a la competencia de la Sala Político-Administrativa), esta Corte en Pleno conoce también de la petición de *nulidad de la ley estatal por lesión a la Constitución estatal*. La Corte utiliza esta *perífrasis* en razón de que el término inconstitucionalidad se reserva a la Carta Magna de la República (se evitan así posibles confusiones). Seguramente, serán las mismas necesidades de la realidad que en el futuro crearán el vocablo jurídico apropiado (el neologismo jurídico).

- 2) El acto impugnado mediante el presente recurso de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad es la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, dictada por la Asamblea Legislativa de dicho Estado y publicada en su Gaceta Oficial, el 24 de septiembre de 1994. Como se señaló en el Capítulo Primero de esta sentencia, la ley en referencia se dictó como consecuencia de la ley sancionada por el Congreso de la República, el 23 de julio de 1992, mediante la cual se elevó a la Categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas.

La problemática del recurso se concentra en torno a los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, los cuales, según se alega, fueron lesionados por el acto impugnado. En este sentido se señala que fue violado el régimen de excepción previsto en el artículo 77 de la Constitución de la República, fueron violados los requisitos para la creación de los municipios y el derecho a la tierra de las comunidades indígenas. (Los argumentos de los recurrentes y de los oponentes fueron ya mencionados –en su esencia– en la parte narrativa del fallo).

La Corte, para decidir el asunto, estima que no es necesario considerar *in extenso*, la argumentación esgrimida por las partes (la cual sin duda revela un alto valor jurídico y humanístico, en los aspectos particulares

de cada denuncia como en su refutación) por cuanto de verificarse una sola razón fundamental concluyente del recurso (*ratio decidendi*) de una de las denuncias, ella sería suficiente para anular el acto.

Véase, entre otras, sentencia de la Corte en Pleno de 15 de abril de 1980, *caso* nulidad del artículo 51 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y sentencia de la Sala de Casación Civil de 28 de junio de 1989, *caso* Santiago González (respecto al artículo 320 CPC, el conocimiento de las denuncias en el recurso de casación).

En este sentido la Corte examina la alegada violación del *derecho a la participación política*, en la formación de la ley (el acto impugnado), mediante la consulta popular y referendos a las comunidades indígenas.

Se aprecia este derecho por considerarlo de contenido esencial de protección de la comunidad indígena (artículo 77 constitucional, en concordancia con los artículos: 19, 72 y 109 *ejusdem*), por ser el derecho a la participación política en una sociedad democrática un principio general de rango constitucional, lo que la doctrina define como gobernabilidad participativa (Preámbulo, penúltimo párrafo y artículos 2° y 3° de la Carta Magna) y por ser un derecho de las minorías (los indígenas, en el presente caso), susceptibles de la tutela jurídica conforme al artículo 50 *ejusdem*, los grandes tratados y convencionales internacionales sobre los derechos humanos, las leyes nacionales y estatales.

La participación en los asuntos públicos se considera hoy día como un principio constitucional en la defensa de un interés general, de la comunidad, lo que permite una ósmosis recíproca entre el Estado y la sociedad y una reafirmación de la legitimidad del Poder Público. La participación ciudadana en la formación de una ley por su enjuiciamiento y valoración, antes de su aprobación, permite descubrir los intereses generales de la comunidad y verificar la real respuesta a sus aspiraciones, así como el eficiente cumplimiento *a posteriori* de su finalidad (la ley, el derecho, pertenecen al mundo del derecho). La acción unilateral legislativa se justifica en la formalidad de su elaboración mas no en su contenido en cuanto a los intereses sociales y públicos. Es entonces a través de la consulta popular en la formación de la ley (sustanciación del procedimiento mediante mecanismos consultivos formales, e informativos) –como lo exige el caso *subjudice*–, que el derecho a la participación política se verifica.

Respecto a la normativa señalada supra, como fundamento del derecho constitucional en referencia, la Corte observa:

El artículo 77 de la Constitución de la República prevé que “la Ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las

comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación". Asimismo, el artículo 8° de la Ley Especial que eleva a la Categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas dispone: "Las comunidades y pueblos indígenas serán respetados en sus culturas, lengua y tradiciones, así como en la forma de tenencia y uso de las tierras que ocupan, atendiendo al régimen constitucional de excepción". (En este contexto cobra toda su vigencia en el ámbito de las leyes nacionales el artículo 28 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y 168 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal). Este régimen de excepción fue desarrollado en el propio artículo 2° de la Constitución del Estado Amazonas al prever que "El Estado Amazonas es una Entidad Política multiétnica y pluricultural de la República de Venezuela, donde se garantiza la convivencia armónica entre sus poblados"; en el artículo 3 *ejusdem* que se refiere a la biodiversidad ecológica, genética y ecológica del territorio del Estado Amazonas y en los artículos 11 y 12 *ejusdem*, referentes al derecho a cultura, religión y lengua propia y el derecho a la tierra. Estas últimas normas son del tenor siguiente:

ARTÍCULO 11.—El Estado Amazonas le reconoce a sus Pueblos y Comunidades Indígenas el derecho a tener su propia cultura, a profesar y practicar su fe religiosa y ritos ancestrales, a emplear y fomentar su lengua materna" y el *Artículo 12* dispone que: "las tierras ocupadas por los Pueblos y Comunidades Indígenas son de interés social e inalienables, en tal sentido los órganos competentes del Estado procederán *a delimitarlas* de acuerdo a sus Patrones de Asentamiento para adjudicárselas en propiedad colectiva, según lo previsto en las leyes nacionales que rigen la materia (subrayado de la Corte).

Las mencionadas disposiciones, constituyen el marco obligante de una ley de división político-territorial y así lo reconoce el mismo acto impugnado en sus "CONSIDERANDOS" respecto a las características de excepción en cuanto a los aspectos demográficos, indigenistas, ambientalistas, geográficos e históricos y en su propio artículo 17 que establece su concordancia con el "espíritu, propósito y razón de la Ley Especial que Eleva a la Categoría de Estado al Territorio Federal Amazonas y de la Constitución del Estado Amazonas, que tienen como fundamento los artículos 13 y 17 ordinal 2° y 27 de la Constitución de la República de Venezuela.

Ahora bien, tales presupuestos de la mencionada ley, se reitera, requieren de la participación ciudadana-política. En este sentido, el artículo 25 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicada en Gaceta Oficial, número 2146 Extraordinaria, de fecha 28 de enero de 1978 prevé el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o

por medio de representantes libremente elegidos. Disposiciones similares se encuentran en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23), instrumentos formales de derecho, ratificados por Venezuela y que forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano. Esta normativa fue consagrada expresamente en la propia Constitución del Estado Amazonas en su artículo 15: “La Asamblea Legislativa *promoverá la realización de referendos en las comunidades para la modificación de los elementos relativos a la organización municipal en la jurisdicción estatal*”.

La Corte observa que en el presente caso no se demostró el cumplimiento cabal de la normativa en cuanto a la participación ciudadana, restándole al acto impugnado la legitimación originaria conferida por la consulta popular. Alegan los oponentes al recurso intentado que fueron consultados los órganos oficiales, como el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y el Servicio Autónomo Ambiental de Amazonas y recibieron observaciones de diferentes organizaciones indígenas, asimismo, antes de la promulgación de la ley, el Gobernador explicó a la Organización Regional de Pueblos Indígenas las razones de la ley. Estima la Corte que este procedimiento constituye una expresión tímida e insignificante del derecho constitucional de participación ciudadana en la formación de la ley. Tal participación debe manifestarse *antes y durante* la actividad legislativa y no tan sólo en el momento de su promulgación por parte del Gobernador del Estado. Por otra parte, el hecho de que se consultaron los referidos organismos nacionales (actuación idónea) no exime la obligatoriedad de cumplimiento de la consulta popular sobre todo en una materia en la cual está involucrada: el régimen de excepción de las comunidades indígenas (de rango constitucional), el carácter multiétnico y pluricultural, la biodiversidad, la cultura, religión y lengua propia de las comunidades indígenas, el derecho a la tierra que respecto a dichas comunidades es de interés social e inalienable, en definitiva, la organización municipal (como impugnado) constitutivo del marco institucional de tales realidades preexistentes, permanentes y objetivas. La participación es un fenómeno de la vida democrática, que al manifestarse antes de dictarse la norma, instruye a la autoridad sobre los intereses legítimos y necesidades de la comunidad y produce, *a posteriori*, consecuencias positivas, que se revelan en el respaldo democrático de su aplicación.

La participación ciudadana constituye una forma de expresión política que en el caso de las comunidades indígenas cobra una relevancia especial, en el contexto del régimen de excepción previsto en el

artículo 77 de la Constitución de la República del ámbito de los derechos humanos de las minorías, específicamente, los indígenas.

La Corte precisa que mediante la *participación ciudadana, la minoría indígena* (que tal estatus tiene, conforme al censo de 1992 —44% de la población— de dicho Estado), identificable como grupo, ejerce, efectivamente, sus derechos relacionados con sus tradiciones y costumbres, características étnicas, religiosas o lingüísticas (reconocidas en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La participación ciudadana en la ordenación y planificación territorial constituye un medio conciliatorio entre los intereses generales y particulares y se manifiesta como una exigencia permanente en materia de ordenación, político-territorial. Al respecto pueden señalarse, a título ilustrativo, la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, los Planes de Ordenación Territorial, Nacional y Regional, la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Ilustrativo para el caso *subjudice*, en cuanto al derecho de participación de los indígenas en el desarrollo de su identidad y de participación en la ordenación territorial, lo constituye la normativa constitucional en el derecho comparado. A tal efecto, se mencionan los artículos 329 y 63 de las Constituciones de Colombia y Paraguay, respectivamente. *Artículo 329*: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (151, 288) y su delimitación se hará por el gobierno nacional, *con participación de los representantes de las comunidades indígenas (omissis)*”, (subrayado de la Corte). *Artículo 63*: “Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en su 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 109 derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.

Estima este alto Tribunal que en la formación de una ley de división político-territorial del Estado, como lo es el de Amazonas, con la cual se modifican las condiciones económicas y sociales de la región, se cambia el entorno vital del individuo, se establecen los municipios y sus límites, se modifica la normativa jurídica (consecuencia de la mencionada división), se afecta la tenencia de las tierras, se ordena el territorio bajo un nuevo régimen, se cambia la vida cotidiana de la población, no debe desestimarse la expresión de la voluntad de los

mismos indígenas. Más aún, su participación debe ser considerada con especial atención, en vista de que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos, por sus condiciones socio-económicas, culturales y aislamiento, por cuanto en su hábitat intervienen intereses distintos y a veces contrarios a los legítimos derechos de la población autóctona, porque, lamentablemente, la historia de la humanidad evidencia un largo y triste padecer de las minorías, en algunos casos, por el desconocimiento de sus legítimos derechos, en otros, por la cultura del odio y el prejuicio. Es entonces, en este contexto, que los derechos humanos de los indígenas, cobran mayor fortaleza, y esta Corte así lo reconoce expresamente. Asimismo, precisa el alto Tribunal, que la lesión de los derechos humanos de las minorías no les atañe sólo a esas comunidades sino a la nación entera, en virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del gentilicio venezolano (artículos 57 y 51 de la Carta Magna).

Según lo expuesto, se circunscribe la presente decisión a la *lesión constitucional* de los derechos de las minorías, previstos en la Carta Magna y en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, situación que permite, con fundamento en el artículo 46 del Texto Fundamental: “todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo”, ANULAR el acto impugnado, en sus disposiciones lesivas de los mencionados derechos, con prescindencia del análisis de violaciones de rango legal. Así se declara, conforme al artículo 215 ordinal 4° de la Carta Magna y el artículo 42 ordinal 30, en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por haberse violado entonces el derecho constitucional de participación ciudadana en la formación de la ley, en el sentido de que no se efectuó la consulta popular, la normativa concerniente a la división político territorial del Estado Amazonas, decretada por la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, resulta ser nula de nulidad absoluta, conforme al citado artículo 46, quedando vigente de la misma ley, la delimitación estatal y fronteriza internacional (artículos 1 al 3 inclusive) y las disposiciones referentes a la aplicación de la normativa estatal, nacional y constitucional (artículo 17), la modalidad de solución de las controversias (artículos 18 y 19) y la entrada en vigencia de la ley (artículo 20).

CAPÍTULO QUINTO

LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL TIEMPO

Los artículos 119 y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, prevén que, anulado el acto, la Corte determinará los efectos de la decisión en el tiempo. Al respecto se observa:

Se anuló con la presente decisión las disposiciones referentes a la división político-territorial del Estado Amazonas pero resulta que conforme a la ley contentiva de dichas disposiciones, desde su entrada en vigencia, el Estado Amazonas, a través de sus organismos públicos, organizó su vida institucional, se crearon entidades, surgieron situaciones jurídicas, en definitiva, se estableció un sistema jurídico-político del Estado y de los Municipios y una estructura legal de derecho público y privado. Anular entonces el presente acto con efectos hacia el pasado, *ex func* (desde la promulgación de la ley), vulneraría gravemente la seguridad jurídica. Es por ello que se mantiene la vigencia de los actos cumplidos, en la ejecución de la ley anulada. Así se declara. (Véase en este sentido, sentencias de la Corte en Pleno de 31 de octubre de 1995 y 19 de noviembre de 1985 y de la Sala Político-Administrativa de 30 de marzo de 1993 y 3 de febrero de 1994).

Con base en la anterior declaratoria la decisión surte, entonces, efectos hacia el futuro (*ex-nunc*) pero en este contexto, la Corte de nuevo aplica los citados artículos 119 y 131, o sea, establece los efectos en el tiempo de la sentencia, en el futuro.

Organizada la vida institucional del Estado Amazonas y creadas situaciones jurídicas en el marco de la legalidad estatal, las mismas no pueden cesar *ipso facto y de iure*, en virtud de la presente sentencia, por cuanto con la anulación de la ley, una nueva división político-territorial del Estado se impone, lo que implica un complejo proceso, como lo sería, la consulta popular, la elaboración y promulgación de una nueva ley, con la consecuente elección de las autoridades locales, sometidas éstas a períodos y lapsos preestablecidos. En efecto, la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece en sus artículos 58 y 59:

Artículo 58.—El período de los Poderes Públicos Municipales será de tres (3) años.

Artículo 59.—La elección del Alcalde y de los Concejales se celebrará en la fecha que fije el Consejo Supremo Electoral, la cual necesariamente deberá ser distinta y separada de las elecciones nacionales.

Asimismo, la Ley sobre el Período de los Poderes Públicos de los Estados, en su artículo 1º prevé que: "El período de los Poderes Públicos de los Estados será de tres (3) años" (*omissis*). Y, finalmente, debe considerarse en este contexto, el artículo 91 de la Ley Orgánica del Sufragio el cual dispone que las elecciones de todas las autoridades, a nivel local, se efectuarán conjuntamente.

Ahora bien, la última elección de las autoridades locales, es decir, de los Alcaldes, de los Concejales y de los miembros de las Juntas Parroquiales (artículo 149 y ss. de la Ley Orgánica de Sufragio), se celebraron en el mes de diciembre de 1995, por tanto el período de las mencionadas autoridades en el Estado Amazonas, se vence en el mes de diciembre de 1998. La Corte estima que posponer los efectos de la sentencia hasta el término señalado, para crear de este modo la posibilidad de la elaboración y promulgación de una ley de división político-territorial y efectuar la elección de las nuevas autoridades locales, repercutiría gravemente en la vida de la comunidad indígena y de la población en general del Estado Amazonas, afectadas en sus intereses legítimos por una ley anulada, por la misma postergación prolongada de sus efectos vinculantes.

Respecto a las elecciones de autoridades locales, la Sala Político-Administrativa de este alto Tribunal, en sentencia de fecha 21 de abril de 1994, N° 246, caso Carlos Campos, interpretó la posibilidad de modificar los diversos lapsos o términos, relacionados con el proceso electoral, y estableció que los mismos pueden abreviarse, cuando se trate de una convocatoria para cumplir el tiempo restante del período constitucional respectivo.

Al reiterar el anterior criterio (*mutatis mutandi*), la Corte considera que la prudencia y la máxima de experiencia aconsejan entonces, buscar el equilibrio de las necesidades y requerimientos jurídicos, conciliarlas, de manera que un nuevo marco jurídico surja, de conformidad con la nueva normativa de división político-territorial. Al respecto la Corte considera que en un lapso de tres (3) meses, a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, la Asamblea Legislativa y el Gobernador, deberán dictar y promulgar la nueva Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas

Transcurrido un (1) mes después de entrada en vigencia de la ley, se elegirán las nuevas autoridades locales. Su mandato se extenderá hasta el mes de diciembre de 1998, fecha en la cual, según la normativa señalada supra, se celebrarán las nuevas elecciones, coincidentes con el proceso electoral de los demás Estados de la República.

Con base entonces a las anteriores decisiones, la existente conformación de ordenación territorial y político-institucional, se mantiene por un período de cuatro (4) meses, a partir de la publicación de la presente sentencia.

Insta la Corte a la Procuraduría General de la República, al Ministerio Público, al Consejo Supremo Electoral, así como a los Ministerios afines con la problemática de la división político-territorial, sin perjuicio de la autonomía estatal, participar en el marco de sus propias competencias,

en la ordenación del recién creado Estado Amazonas electoral correspondiente, y vigilar por la satisfacción de los derechos legítimos de los indígenas, con especial énfasis de la participación ciudadana, en la elaboración de la ley en referencia.

DECISIÓN

Con base en los argumentos contenidos en esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, administrando justicia en nombre de la República de Venezuela y por autoridad de Ley, declara PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso de nulidad interpuesto por Antonio Guzmán y demás ciudadanos, identificados en autos y consecuentemente:

PRIMERO: Anula la normativa concerniente a la división político-territorial, contenida en la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, publicada en la Gaceta Oficial del Estado Amazonas, número 3, Extraordinaria de 24 de septiembre de 1994.

SEGUNDO: En un lapso de tres (3) meses, a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, la Asamblea Legislativa y el gobernador del Estado Amazonas, deberán dictar y promulgar la nueva Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas.

TERCERO: Transcurrido un (1) mes después de entrada en vigencia de la mencionada Ley, se efectuará el proceso electoral de las nuevas autoridades locales, exceptuándose la del Gobernador y la de Diputados a la Asamblea Legislativa del Estado Amazonas.

CUARTO: El mandato de las nuevas autoridades se extenderá hasta el mes de diciembre de 1998, fecha en la cual se celebrarán las nuevas elecciones de las autoridades locales, especificadas en el artículo 149 y ss. de la Ley Orgánica del Sufragio

QUINTO: De conformidad con los artículos 119 y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en consideración de los anteriores pronunciamientos, la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, mantendrá su vigencia por un período de cuatro (4) meses a partir de la publicación de la presente sentencia.

SEXTO: Publíquese la presente decisión inmediatamente en las Gacetas Oficiales de la República de Venezuela y del Estado Amazonas, en cuyo sumario deberá indicarse:

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno que anula los artículos: 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas, sancionada por la Asamblea Legislativa del Estado Amazonas, en fecha 29 de junio de 1994 y publicada en la Gaceta Oficial del Estado Amazonas número Extraordinario de 24 de setiembre de 1994.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Cúmplase con lo ordenado y archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en Salón de Despacho de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en Caracas, a los días del mes de mil novecientos noventa y seis. Año 186° de la Independencia y 137° de la Federación.

LA PRESIDENTE

Cecilia Sosa Gómez

EL PRIMER VICEPRESIDENTE,

Ismael Rodríguez Salazar

EL SEGUNDO VICEPRESIDENTE,

Aníbal Rueda

MAGISTRADOS

Alfredo Ducharne Alonzo

Hildegard Rondón de Sansó

Alirio Abreu Burelli

Héctor Grisante Luciani

Carmen Romero de Encinoso

José J. Salcedo Cárdenas

Humberto J. La Roche

Luis Manuel Palis Rauseo

Reinaldo Chalbaud Zerpa

José Luis Bonneismaison

EL SECRETARIO

Enrique Sánchez Risso

En cinco de diciembre de mil novecientos noventa y seis, a las once y cincuenta y cinco (11:55 a.m.) minutos de la mañana, se publicó el fallo que antecede, el cual no aparece suscrito por los Magistrados Doctor Alirio Abreu Burelli, quien no asistió a la sesión por encontrarse en la ciudad de Washington, en uso de licencia concedida por la Sala Civil; Doctora Hildegard Rondón de Sansó quien no asistió a la sesión por encontrarse en Asunción, República de Paraguay en misión oficial de la Corte, y Doctor César Bustamante Pulido, quien no asistió a la sesión por sufrir quebrantos de salud.

El Secretario

**LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL:
UN SUJETO EN CONSTRUCCIÓN**

Rodolfo STAVENTIAGEN

EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Carlos M. AYALA CORAO

**COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS
ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**LOS PUEBLOS INDÍGENAS: JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Artel DULITZKY

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1997

**COMISIÓN INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1997

NACIONES UNIDAS

**PRÁCTICA AMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA
DE DERECHOS HUMANOS (1997-I)**