

LOS DERECHOS INDÍGENAS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD OIT. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS CASOS DE ECUADOR, VENEZUELA Y BOLIVIA*

INDIGENOUS PEOPLES RIGHTS AND THE ILO
CONVENTIONAL CONTROL. SOME THOUGHTS ON THE CASES
OF ECUADOR, VENEZUELA, AND BOLIVIA

LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES
AND LE CONTROL DE CONVENTIONNALITÉ DE L'OIT
[QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LES CAS DE
L'ÉQUATEUR, DU VENEZUELA ET DE LA BOLIVIE]

Fernando CASADO**
Francesco MANIGLIO***

RESUMEN: El Convenio 169 de la OIT, constituye junto con la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 el núcleo duro y cuerpos legales fundamentales del Derecho internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Pese a ser *soft law*, sin carácter vinculante, el Convenio 169 ha tenido una importante

* Recibido el 9 de abril de 2021 y aceptado para su publicación el 1 de septiembre de 2021.

** Licenciado en derecho por la Facultad de Granada (España); máster en derechos humanos y democratización por la Inter-European University, y doctor en comunicación por la Universidad de la Laguna; profesor titular principal en la Universidad Técnica de Manabí y profesor visitante en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales; investigador principal del grupo de investigación Estudios Críticos para la Justicia Social (<https://utm.edu.ec/ejjs/>).

*** Profesor titular de la Universidad Técnica de Manabí y profesor de postgrado del Departamento de Sociología en la Universidad de Brasilia; investigador adjunto del Programa de Posgrado en Desarrollo Sostenible y Desigualdades Sociales en la Región Andina (Trandes); director del grupo de investigación Estudios Críticos para la Justicia Social.



Revista Latinoamericana de Derecho Social
Núm. 34, enero-junio de 2022, pp. 243-258

acogida en América, donde muchos países de la región son multilingües, multiculturales y plurinacionales. El objetivo de este artículo es analizar los casos emblemáticos sobre la justiciabilidad de los derechos indígenas en Ecuador, Bolivia y Venezuela, en relación con el Convenio 169 y su uso estratégico por los distintos actores involucrados en las disputas relacionadas con derechos indígenas.

Palabras clave: OIT; derechos humanos y sociales; derecho indígena; nuevo constitucionalismo latinoamericano.

ABSTRACT: The ILO Convention 169 is together with the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples adopted in 2007 the hard core and fundamental legal body of International Law on Human Rights and Indigenous Peoples Rights. Despite being soft law and not legally binding, the Convention 169 has been well received in America, where many countries are multilingual, multicultural, and multinational. This article's aim is to analyse emblematic cases regarding the justiciability of indigenous peoples rights in Ecuador, Bolivia and Venezuela, with regard to the Convention 169 and its strategic use by the different actors involved in indigenous peoples rights disputes.

Keywords: ILO; human and social rights; indigenous peoples rights; new latin-american constitutionalism.

RÉSUMÉ: La Convention 169 de l'OIT, représente à côté de la Déclaration de l'ONU constituee junto con la Declaración de l'ONU sur les droits de peuples indigènes de 2007 le noyau dur et les corpus législatifs du droit international des droits de l'homme de peuples indigènes. Malgré être *soft law*, dépourvu de toute force contraignante, la Convention 169 a eu un accueil important en Amérique, où de nombreux pays de la région sont multilingues, multiculturels et plurinationaux. L'objectif de cet article est d'analyser les cas emblématiques à propos de la justiciabilité des droits des autochtones en Equateur, Bolivie y Venezuela, en relation avec la Convention 169 et leur utilisation stratégique par les différents acteurs impliqués dans les litiges liés aux droits des autochtones.

Mot-clés: OIT; droits sociaux et humains; droit de peuple autochtone; nouveau constitutionnalisme latino-américain.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos de los pueblos originarios en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. III. *La importancia del litigio estratégico en la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas*. IV. *Notas finales*. V. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

En junio de 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó en forma tripartita, con la participación de los gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores, el Convenio 169 sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes. Montt y Matta reconocen que uno de los grandes logros de la Convención 169 de la OIT es haber llenado una brecha que existía en materia de derecho indígena gracias a la creación de derechos colectivos donde se les reconoce como pueblos y no como individuos.¹ Sin embargo, es un instrumento insuficiente, para mejorar las condiciones de vida, reducir las desigualdades históricas y coloniales de los 5000 pueblos indígenas en el mundo, que representan una población de aproximadamente 370 millones de personas. Debemos por lo tanto subrayar el carácter plural de la justicia indígena “ya que cada pueblo tiene sus normas y procedimientos propios quedando la justicia indígena en manos de las autoridades propias y reconocidas por cada pueblo”.² Y propiamente en este punto reside la principal limitación del instrumento del Convenio 169, ya que se basa en un discurso generalizador que — pese a los avances en materia de reconocimiento normativo y jurisprudencial de los derechos de los pueblos indígenas— limita la implementación de estas mismas normativas. El Convenio, en efecto, descarta de plano el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas de los Estados en los que habitan, sin posibilidad de obtener la independencia.³ Una lógica universal que al mismo tiempo se contradice con la perspectiva pluricultural, que se rige sobre dos pilares fun-

¹ Cfr. Montt, S. y Matta, M., “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, *Estudios Públicos*, 2011, pp. 133-212.

² Santos, B. de S. y Grijalva Jiménez, Agustín (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, Abya Yala, 2012, p. 21.

³ Cfr. Artículo 1.3 de Convenio 169: “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”.

damentales: en primer lugar, el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y, en segundo lugar, su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan (artículo 5). Esta contradicción abre la posibilidad de un uso estratégico del instrumento jurídico, por ejemplo, para priorizar una crítica a los modelos dominantes de desarrollo, al reconocer “que los pueblos indígenas se encuentran entre los principales damnificados de políticas de desarrollo inadecuadas y que no han tenido en cuenta sus intereses, necesidades y sus particulares formas de entender y concebir el mundo”.⁴ O en los conflictos entorno a la problemática de la tierra, de la extracción de los recursos y de la superexplotación⁵ que representan las prioridades desde un punto de vista político y social.

El Convenio 169 ha tenido importantes repercusiones en los nuevos procesos constituyentes en muchos de los países de la región, entre ellos Venezuela, Ecuador y Bolivia, donde en las respectivas constituciones han incluido de forma estratégica nuevas garantías sobre derechos de los pueblos indígenas. El presente estudio legislativo recoge una muestra de sentencias significativas en las que se analiza la influencia del Convenio 169 en la toma de su decisión por parte de los magistrados en pro de los derechos indígenas. Se trata de una primera aproximación sobre las determinantes del instrumento de la OIT en la jurisprudencia de los tribunales latinoamericanos signatarios. Con el análisis del corpus seleccionado no aspiramos a agotar una problemática en sí, sino más bien a contribuir en el debate en torno a la influencia del derecho internacional con carácter vinculante en jurisprudencia de los países del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

⁴ Cfr. Gómez, F., “Pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo”, en M. B. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 464. Al ratificar un convenio de la OIT, un Estado miembro se compromete a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Convenio. Asimismo, se compromete a informar periódicamente a los órganos de control de la OIT sobre la aplicación en la práctica y en la legislación de las disposiciones del Convenio y a responder a las preguntas, observaciones o sugerencias de esos órganos de control. Cfr. OIT, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Lima, OIT-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, pp. 9-10.

⁵ Cfr. Convenio 169: (artículos 13-19) derechos y garantías de la tierra y su posesión; (artículo 20) los derechos económicos, sociales, culturales y laborales; (artículos 21 a 23) formación profesional, artesanía e industrias rurales; (artículos 24 y 25) seguridad social y salud; (artículos 26-31) educación y medios de comunicación.

II. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Según un enfoque estrictamente jurídico, no cabe duda de que con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se ha ampliado el sistema de garantías de derechos, incluidos los derechos de los Pueblos Indígenas, y la expresa declaración de que todos los derechos son justiciables. De la misma forma podemos observar varios nudos críticos, que van desde la acusación de ser textos muy parecidos a los previamente existente, hasta la complejidad abstracta de las nuevas cartas magnas. Desde la matriz colonial, los textos constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), han sido menospreciados y muchas veces tratados como burlas (Gargarella & Courtis 2009, 31).⁶ Con un enfoque de este tipo corremos el riesgo de no describir la profundidad y la calidad de los procesos constitucionales al no tomar en cuenta las contradicciones constitucionales, como en las actuaciones de los magistrados y jueces, que miden el peso del derecho indígena como subordinado al derecho tradicional. Pensemos, desde el Convenio 169 de la OIT al derecho a la consulta previa que muchas veces se utiliza en relación con el derecho indígena a la tierra para contrarrestar la supremacía del derecho de expropiación por intereses del Estado, tal y como sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*.⁷ Por esto en la principal limitación de un enfoque estrictamente jurídico reside en su misma herramienta de análisis que, para categorizar los conceptos jurídicos solo se concentra en los derechos explícitos “y no puede dar cuenta de la profundidad o la eficacia de estas garantías ni de su desarrollo en la legislación específica”.⁸ En cambio, la representación de los nuevos derechos en un giro que comúnmente se define de colonial, especialmente en las dos constituciones más recientes de Ecuador y Bolivia, “se articulan sobre la base de la centralidad del buen vivir” en una tradición distinta a la occidental en la búsqueda de la dignidad de los seres humanos.⁹ Desde la perspectiva

⁶ Cfr. Gargarella, R. y Courtis, C., *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, CEPAL, 2009.

⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku”, CIDH 12.465, 2012.

⁸ Barié, C. G., *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Quito, Abya-Yala, 2003, p. 553.

⁹ Medici, A., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, 2010, p. 16.

socio crítica, las comparaciones de los procesos constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), nos lleva a considerar no solo las creaciones de categorías nuevas en tanto que narrativas jurídicas, sino y sobre todo los procesos de implementación de estas categorías en los procesos concretos de garantías y en las políticas públicas, que van transformando en una realidad social. La transformación social no debe ser entendida solo como consecuencias, sino también como causa de los procesos constitucionales, como en el caso de las Constituciones ecuatoriana de 2008 o boliviana de 2009, porque “son expresiones de un movimiento popular en ascenso con claras orientaciones anticapitalistas y anticolonialistas”.¹⁰ Y a diferencia del caso chileno, por ejemplo, donde la ratificación del Convenio 109 ha sido solo formal, un proceso *per se* que no ha conllevado a un cambio constitucional concreto: no obstante, las luchas e reivindicaciones de los pueblos indígenas, solo ha sido introducida desde una óptica asimiladora y sus garantías son excepcionales respecto al derecho tradicional.¹¹ El control de convencionalidad por lo tanto no marca un proceso automático de justiciabilidad de los derechos indígenas, sino puede ser utilizado como una herramienta estratégica tanto en el proceso legitimación constitucional —como en el caso de las categorías jurídicas pertenecientes al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano— como en los procesos de transformación política de la realidad social. El común denominador de nuestros casos es representado por el carácter de obligatoriedad con la cual ha sido asimilado el Convenio 109 en los respectivos textos constitucionales. La Constitución venezolana otorga a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, “jerarquía constitucional”, y establece su prevalencia “en el orden interno en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables” a las de la propia constitución y serán de “aplicación inmediata y directa por los tribunales (artículo 23). En la Constitución de Ecuador los derechos y garantías establecidos en “los tratados internacionales serán de directa e inmediata aplicación” (artículo 11.3). Por último, en la Constitución de Bolivia en el artículo 14.IV que establece la garantía de los derechos contemplados en los tratados internacionales.

En específico, la constitución de 1999 introduce por primera vez en la historia de este país los derechos de los pueblos indígenas, que constituyen un total de 8 artículos (del 119 al 126) que conforman el Capítulo VIII, llamado

¹⁰ Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Plural Editores, 2010, pp. 77-78.

¹¹ Chiriboga, L. B. y Fuenzalida, N. Y., “Pluralismo jurídico: Derecho indígena y justicia nacional”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 9, 2013, pp. 151-160.

de “De los derechos de los pueblos indígenas” dentro del Título III “De los derechos humanos y garantías, y de los deberes”.

Los importantes avances en materia de reconocimiento de derechos de pueblos indígenas generaron positivas valoraciones del texto constitucional venezolano tras su aprobación. En este sentido “los derechos conseguidos por los indígenas venezolanos son comparables o incluso superiores a aquellos de los países vecinos que cuentan con movimientos indígenas mejor consolidados”.¹² Aunque el avance normativo es notable y los derechos contemplados han recogido en gran medida los postulados de la Convención 169, también se han producido críticas a muchos aspectos de la Constitución venezolana en materia de protección de los derechos indígenas, al quedar fuera de la fórmula constitucional venezolana, al igual que del Convenio 169, el derecho a la libre determinación.

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia son probablemente las más avanzadas en materia de reconocimiento de derechos humanos en el mundo, sus modernos textos se han enriquecido con experiencias constituyentes previas y tomado como inspiración el derecho internacional. Los derechos colectivos y de los pueblos indígenas no fueron una excepción. Ahora bien, son muchas las críticas que estas constituciones han recibido, no tanto por el reconocimiento de los derechos, sino por su falta de implementación y garantía. Pensemos a “la esencia de la economía política en ambos países es la dependencia en industrias extractiva, lo que ha resultado en la acumulación a través de la desposesión de comunidades indígenas”.¹³ En el caso de Ecuador, los derechos de los pueblos indígenas componen el Capítulo IV llamado “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, perteneciente al Título II “Derechos”, con un total de cinco artículos (del 56 al 60). El primero de los artículos pertenecientes al Capítulos IV descarta toda posibilidad de libre determinación de los pueblos indígenas (artículo 56), y aunque lo hace de una forma más taxativa respecto a la Constitución de Venezuela, sigue una lógica diferente al Convenio 169 de la OIT: “Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”. En Ecuador, en efecto, además de los pueblos indígenas existen otras nacionalidades,

¹² Cott, D. L., “Movimientos Indígenas y transformación constitucional en los Andes. Venezuela en perspectiva comparativa”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 8 (3), 2002, p. 42.

¹³ Merino, R., “What is ‘Post’ in Post-Neoliberal Economic Policy? Extractive Industry Dependence and Indigenous Land Rights in Bolivia and Ecuador”, *JSRN*, 18 (9), 2011, p. 2.

como los afroecuatorianos y los pueblos montubios, que también reciben una protección constitucional diferenciada.¹⁴

La Constitución de Bolivia es la más reciente entre los textos considerados en este trabajo, contempla en su Capítulo IV los llamados Derechos de las Naciones y Pueblos Originarios Campesinos, entre los artículos 30 y 32 pertenecientes al Título I, denominado las Bases Fundamentales del Estado. En su artículo 30 se establece que Bolivia “es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la colonia española”. En este artículo también se contemplan otros derechos como: la cosmovisión propia; la titulación colectiva de tierras y territorios; “A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios”; y a la “A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios”, entre otros derechos. En cuanto a la libre determinación, esta es garantizada en la Constitución, pero como en los textos anteriormente analizados en el marco de la unidad estatal y sería “consistente en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales”.¹⁵

III. LA IMPORTANCIA DEL LITIGIO ESTRATÉGICO EN LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como ya adelantamos anteriormente la influencia en los textos constitucionales del Convenio 169 ha sido muy importante, pero no se ha limitado al papel de “legislación modelo” y en su desarrollo “ha sido empleado e invocado por las propias comunidades y pueblos indígenas, y por otros actores —tanto órganos públicos como organizaciones de la sociedad civil—” que lo han utilizado en la reivindicación de sus derechos y como parte de la fundamentación de sus causas cuando han recurrido al litigio estratégico frente a

¹⁴ Cfr. Artículo 57: “la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias”; “la consulta previa”, aunque no posee un carácter vinculante; “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social”; “aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario”; la preservación y protección de su propio conocimiento ancestral, y la participación política entre otros derechos colectivos.

¹⁵ Aguilar, G. *et al.*, “The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples In Latin America”, *Internacional Law Review Online Comparison*, 2 (2), 2010, p. 4.

tribunales nacionales e internacionales.¹⁶ La jurisprudencia implementada en Cortes Nacionales en el amparo de derechos indígenas ha sido muy variada, pero señala entre los casos más importantes aquellos que “versan sobre conflictos relativos a tierras y a la explotación de las riquezas naturales situadas en ellas, y que varios de esos casos se refieren a la consulta y participación de la comunidad en decisiones relativas a estos temas”.¹⁷ Otros temas tratados por los tribunales serían la relación entre el derecho penal estatal y el consuetudinario, el derecho a la educación, salud, autonomía política y reparación integral intercultural. A continuación, pasaremos a analizar en cada uno de los países objeto del presente análisis algunos casos emblemáticos que nos servirán como una primera aproximación a la influencia del Convenio 169 en la jurisprudencia de los países del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

1. Ecuador: el Caso La Cocha (2014)

El primero de los casos que vamos a analizar es la Sentencia N° 113-14-Sep-CC, conocido como el *Caso La Cocha*, relacionado con los ámbitos de aplicación del derecho penal consuetudinario indígena y el derecho estatal. La sentencia se produjo en el marco de una acción extraordinaria de protección constitucional a raíz de una consulta por la muerte de una persona indígena del pueblo Kichwa Panzaleo a manos de otras personas también indígenas. Este fue un caso de gran relevancia en Ecuador al ser la primera jurisprudencia que se sentaba en relación con las competencias de las jurisdicciones indígena y estatal.

La Corte Constitucional ecuatoriana como máximo órgano de administración de justicia, estableció en este caso “el grado de movilidad que la justicia indígena guarda bajo el paraguas constitucional”.¹⁸ La Corte Constitucional tuvo un gran respeto por el pluralismo jurídico en esta sentencia, pese a la posición jerárquica superior en que le colocó el resolver la presente acción extraordinaria de protección.

¹⁶ Courtis, C., “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los Tribunales de América Latina”, *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 53 (81), 2009, p. 56.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Seni, R., “Comentarios a la sentencia N° 113-14-Sep-CC, dentro del caso N° 731-10-EP La Cocha (acción extraordinaria de protección). Alcances de la jurisprudencia indígena y la jurisdicción ordinaria”, *Umbral. Revista de Derecho Constitucional*, II (4), 2014, p. 182.

Esta Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico, vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.¹⁹

El caso recibió una gran atención mediática, pues los medios de comunicación centraron su cobertura en las medidas sancionatorias de la comunidad, vistas de manera aislada a la argumentación jurídica indígena y basadas en el sensacionalismo que suele caracterizar este tipo de publicaciones. Pese a la presión mediática la justicia indígena fue respetada por la Corte Constitucional y se evitó un doble juzgamiento, al mismo tiempo que se impuso a los medios de comunicación la obligación de obtener la autorización de las autoridades indígenas para poder cubrir este tipo de eventos. Sin embargo, también se han producido críticas a la sentencia “La Cocha” que no consideró los parámetros interculturales de forma adecuada interpretando “que la comunidad juzgó exclusivamente el delito contra la vida como una transgresión a la comunidad y que, este en cuanto derecho subjetivo, debía ser juzgado por la justicia estatal”.²⁰ En esta emblemática sentencia la Corte Constitucional tomó en varias ocasiones en consideración el Convenio 169, hasta el punto de basar en el artículo 8.2 de este tratado internacional el propio reconocimiento del derecho indígena y por lo tanto el pluralismo jurídico que se desarrolla la argumentación.

Es imperativo recordar el marco normativo del derecho internacional, específicamente el artículo 8 numeral 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, que al referirse a la obligación que tienen los Estados de garantizar la conservación de costumbres e instituciones, entre ellas el derecho propio de los pueblos y comunidades determina que dicha garantía va de la mano de un juicio de compatibilidad entre

¹⁹ Corte Constitucional de Ecuador, “Caso La Cocha”, CC 0731, 2014.

²⁰ Ron, X., “La reparación integral intercultural en el Estado constitucional ecuatoriano”, *Estado & Comunes. Revista de Política y Problemas Públicos*, 2, 111-128, 2016, p. 124.

los derechos reconocidos o positivizados en la Constitución y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.²¹

Por último, mencionar en relación con el *Caso La Cocha* que en su Sentencia la Corte Constitucional le recuerda a la justicia penal ordinaria su obligación de llevar a cabo siempre el control de convencionalidad “en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”.

2. Bolivia. El Caso *Takana El Turi Manupare II* (2014)

En Bolivia después de la entrada en vigor de la Constitución de 2009 que declara al Estado como plurinacional, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha realizado importantes esfuerzos por garantizar los derechos de los pueblos indígenas. El caso 0572/2014 se relaciona con el derecho al hábitat demandado por la comunidad indígena “Takana El Turi Manupare II”, cuyos miembros fueron objeto de amenazas y amedrentamientos con armas de fuego por quien era el concesionario de las tierras en las que se asentaba la comunidad a raíz de un conflicto por la explotación de las castañas que existen en la zona.

El Tribunal Constitucional Plurinacional concedió la tutela de la acción popular presentada por la comunidad “Takana El Turi Manupare II” al considerar lesionado su derecho al hábitat y al domicilio y lo hizo después de realizar un amplio recorrido del derecho internacional y control de convencionalidad mencionando en varias ocasiones el Convenio 169 de la OIT. Tomando como referencia el artículo 8.1 del Convenio 169 y el concepto de interculturalidad, el Tribunal expresa la importancia de conseguir la igualdad material entre las distintas culturas:

Efectivamente, la interculturalidad supone el relacionamiento entre sujetos “similares e iguales”, en términos fácticos; pues una interculturalidad en la que se mantenga la base de subordinación y desigualdad no existe; de ahí que el sustento y el contenido de la interculturalidad se asienta en la descolonización, y supone ir más allá de la relación de respeto entre desiguales; pues

²¹ OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Lima, OIT, 2009.

dichas relaciones difícilmente podrán construirse si es que materialmente no existe igualdad entre culturas.²²

El propio uso del litigio estratégico y la acción popular por parte de la comunidad Takana, que es contemplado en el artículo 135 de la Constitución de Bolivia, es interpretado por el Tribunal Constitucional de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT cuando se reconoce en su artículo 3 que “las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación”. Observamos aquí que la fórmula general de no discriminación es la referencia para justificar el control de convencionalidad que asegure la justiciabilidad de todos los derechos. Dado que este caso está relacionado con el derecho al hábitat, el Tribunal realizó un recorrido por los artículos de la Convención 169 relacionados con la propiedad y territorio de los pueblos indígenas. Para poder determinar la amplitud del territorio Takana menciona el artículo 13.2 que expresa: “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Pero también hizo hincapié en la propiedad de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas y el artículo 14.3 por el que se establece que “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. El Tribunal lleva a cabo la protección de la comunidad Takana frente a la amenaza de sus tierras y la explotación de sus recursos y para fundar su sentencia recurrió al Convenio 169, dando un mandato a las autoridades bolivianas:

Así, las autoridades deben tomar en cuenta el dominio ancestral sobre los territorios de la nación y pueblo indígena originario campesinos correspondiente, que desde una perspectiva integral, comprende el espacio donde desarrollan todas sus actividades, incluido el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y donde se desenvuelven sus instituciones sociales, políticas y jurídicas; por ello, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que se determinen y reivindiquen las tierras de los pueblos indígenas, que desde la perspectiva de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, implica la reconstitución de sus territorios ancestrales.²³

²² Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Caso Comunidad Indígena Takana El Turi Manupare II contra Miguel Ruiz Cambero”, TCP 0572, 2014.

²³ *Idem*.

Finalmente, respecto a la propiedad y recursos naturales en los territorios de los pueblos originarios el Tribunal menciona el artículo 15 en el que se afirma que “estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. En el presente caso el Tribunal Constitucional Plurinacional hace mención expresa de hasta cinco artículos del Convenio 169 de la OIT, lo que constituye un serio control de convencionalidad en pro de la garantía de los derechos de los pueblos indígenas bolivianos.

3. *Venezuela: Caso Niño Indígena Warao (2012)*

Este es un caso también relacionado con la delimitación de la jurisdicción del derecho penal consuetudinario y el estatal, pero al contrario de lo ocurrido en “la Cocha”, el Tribunal Supremo de Venezuela decidió anular la decisión dictada, por la “Jurisdicción Especial Indígena”, mediante la cual se condenó a un menor de edad a cumplir la pena de veinte años de prisión por la comisión del “delito de homicidio intencional”. La pena fue decidida por los “Caciques” de las diferentes comunidades Warao del municipio del Estado Delta Amacuro donde se cometieron los hechos delictivos.

El Tribunal Supremo de Venezuela consideró que se omitieron en la impartición de justicia indígena requisitos contemplados en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas y no se verificó “el contenido del derecho consuetudinario de los Waraos a través de distintos medios probatorios” cuando era ineludible hacerlo. La sala Constitucional acabó anulando la sentencia del Juzgado Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, que avaló indebidamente la decisión dictada, el 23 de noviembre de 2009, por la “Jurisdicción Especial Indígena” por no haberse conformado debidamente.

Para la toma de esta decisión la Sala Constitucional del Tribunal Supremo consideró el artículo 9 del Convenio 169 en el que se contempla el reconocimiento de la jurisdicción indígena, especialmente, en un caso como el presente que se trata de una decisión con fuerza de “cosa juzgada”. Para el tribunal venezolano no hay duda del reconocimiento de las competencias indígenas, y el conflicto residiría en que la decisión no habría sido tomada de acuerdo con el derecho consuetudinario por la forma en que se conformó la jurisdicción indígena. De hecho, fundamentándose en el Convenio 169 la Sala Constitucional consideró que la relación entre ambos ámbitos del derecho coexiste en igualdad gracias al reconocimiento del pluralismo jurídico:

Todo este movimiento de ideas ha dado lugar a un nuevo paradigma en el Derecho Constitucional contemporáneo, cual es el reconocimiento del pluralismo jurídico; es decir, al reconocimiento de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno de ellos, el positivo creado desde la estructura Estatal —desde arriba hacia abajo por el Estado—, y el otro, el indígena, que emerge del seno de la comunidad indígena y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican —elaborado de abajo hacia arriba por los propios pueblos indígenas—, aceptándose de esta manera la cohabitación entre el derecho positivo del Estado y el consuetudinario y ancestral de los pueblos indígenas.²⁴

La Sala Constitucional toma como referencia al propio Convenio 169 y el artículo 8.2 para justificar que “la ejecución del derecho propio de los pueblos indígenas no puede ser incompatible con los derechos fundamentales definidos en el ordenamiento jurídico constitucional”. La interpretación final es restrictiva pues reconoce al derecho indígena la posibilidad de lograr “la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público”.

IV. NOTAS FINALES

La ratificación del Convenio 109 de la OIT sobre de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como los textos constitucionales que apuntan a la concepción del Estado como una sociedad diversa, heterogénea, pluricultural y multiétnica, por sí mismos no significan la existencia de un pluralismo jurídico. Desde una perspectiva instrumental el Convenio representa un discurso generalista. Al mismo tiempo, desde una perspectiva práctica debemos reconocer la importancia estratégica, desde el punto de vista político y social que el Convenio representa para los pueblos indígenas en tanto que titulares de derechos colectivos. Dicho de otro modo, el carácter universal —en un conjunto vinculante de normas mínimas con un alcance que trasciende a los territorios locales—, si de un lado entra en contradicción con los mismos principios de pluralidad, de otro puede ser utilizado para ampliar el alcance de determinadas luchas sociales. Las normas internacionales devienen importantes para el reconocimiento externo de la agencia política indígena allí

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, “Caso Niño Indígena Warao”, TSJ 1440, 2012.

donde el contexto del derecho tradicional nacional constituye el verdadero límite. Por estas cuestiones, la influencia del Convenio 169 de la OIT en los países signatarios que constituyen el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se ha convertido en una pieza referencial en el sistema jurisdiccional: seguramente dicho dispositivo jurídico ha sido usado de forma constante en las sentencias de los altos tribunales de Venezuela, Ecuador y Bolivia para garantizar los derechos indígenas; desde el control de convencionalidad del Convenio 169 y su uso estratégico por los distintos actores involucrados en conflictos relacionados con derechos indígenas; hasta convertirse en un arma para la reivindicación y garantía de derechos colectivos.

V. FUENTES DE CONSULTA

- AGUILAR, G. *et al.*, “The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples In Latin America”, *Internacional Law Review Online Comparison*, 2(2), 2010.
- BARIÉ, C. G., *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Editorial Abya-Yala, 2003.
- CHIRIBOGA, L. B. y FUENZALIDA, N. Y., “Pluralismo jurídico: Derecho indígena y justicia nacional”, *Anuario de Derechos Humanos*, 9.
- Corte Constitucional de Ecuador, “Caso La Cocha”, CC 0731, 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku”, CIDH 12.465, 2012.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Caso Comunidad indígena Takana El Turi Manupare II contra Miguel Ruiz Cambero”, TCP 0572, 2014.
- COTT, D. L., “Movimientos Indígenas y transformación constitucional en los Andes. Venezuela en perspectiva comparativa”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 8(3), 2002.
- COURTIS, C., “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los Tribunales de América Latina”, *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2009.
- GARGARELLA, R., y COURTIS, C., *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile. CEPAL, 2009
- GÓMEZ, F., “Pueblos Indígenas como sujetos del derecho al desarrollo”, en M. B. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

- MEDICI, A., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, 2010.
- MERINO, R., “What is ‘Post’ in Post-Neoliberal Economic Policy? Extractive Industry Dependence and Indigenous Land Rights in Bolivia and Ecuador”, SSRN, 2011.
- MONTT, S., y MATTA, M., “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”, *Estudios Públicos*, 2011.
- OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Lima, OIT, 2009.
- OIT, *Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Lima, OIT, 2014.
- RON, X., “La reparación integral intercultural en el Estado constitucional ecuatoriano”, *Estado & comunes. Revista de política y problemas públicos*, (2), 2016
- SANTOS, B. de S. y GRIJALVA JIMÉNEZ, A., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala, 2012.
- SANTOS, B. de S., *Refundación del estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Plural editores, 2010.
- SENI, R., “Comentarios a la Sentencia núm. 113-14-Sep-CC, dentro del caso N°731-10-EP La Cocha (Acción Extraordinaria de Protección). Alcances de la Jurisprudencia indígena y la jurisdicción ordinaria” *Umbral Revista de Derecho Constitucional*, II(4), 2014
- Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, “Caso niño indígena warao”, TSJ 1440, 2012.