

LA INFLUENCIA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN LA *JUSTICIABILIDAD* DE LOS DERECHOS INDÍGENAS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS PAÍSES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO*

THE ILO CONVENTION NO 169 INFLUENCE IN THE JUSTICIABILITY OF INDIGENOUS RIGHTS THROUGH THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM STATES CASE LAW

Fernando CASADO GUTIÉRREZ**

RESUMEN: El trabajo que se presenta a continuación evalúa la influencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en la jurisprudencia reciente en materia indígena de los altos tribunales de los países que constituyen el nuevo constitucionalismo latinoamericano: Ecuador, Venezuela y Bolivia. La investigación recoge una muestra de sentencias emblemáticas 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. La muestra es de carácter cualitativo y no aspiramos a agotar la discusión sino más bien a abrir un debate en torno a la influencia del derecho internacional con carácter vinculante en jurisprudencia de los países del nuevo constitucionalismo latino-

ABSTRACT: The present work assesses the influence of the International Labour Organization (ILO) Convention No 169 on Indigenous and Tribal Peoples Convention on the recent case law regarding indigenous rights in the high courts of the so called New Latin American Constitutionalism: Ecuador, Venezuela and Bolivia. The research collects a qualitative sample of emblematic sentences where the influence of the Convention No 169 is analysed in the judge's decisionmaking process for indigenous rights. We chose a qualitative sample that does not aim to end the debate on the topic, to the contrary, it opens a discussion in the context of the influence of the legally binding international law in the New Latin American Constitutionalism and other member States of the ILO Convention No 169.

* Recibido el 24 de abril de 2020; aprobado el 18 noviembre de 2020.

** ORCID: 0000-0003-0818-3924. Profesor principal I en la Facultad de Ciencias Humanísticas y Sociales de la Universidad Técnica de Manabí. Licenciado en Derecho por la Facultad de Granada (España), realizó una maestría en Derechos Humanos y Democratización en la European Inter-University en el año 2004 en Venecia (Italia), y se doctoró en Comunicación Social en 2012 en la Facultad de Comunicación de la Universidad de La Laguna (España). Correo electrónico: francesco.maniglio@utm.edu.ec

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIII,
núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 977-994.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

americano y otros países signatarios de la Convención 169 de la OIT.

Keywords: ILO Convention 169, New Latin American Constitutionalism, Indigenous Rights.

Palabras clave: Convenio 169 de la OIT, nuevo constitucionalismo latinoamericano, derechos indígenas.

SUMARIO: I. Introducción: el Convenio 169 de la OIT. II. Los derechos de los pueblos originarios en las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano. III. La importancia del litigio estratégico en la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONVENIO 169 DE LA OIT

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. Apenas dos años después el Convenio 169 entró en vigor luego de transcurridos doce meses desde la ratificación de los dos primeros Estados signatarios (Noruega y México), tal y como se establecía en su artículo 38.

Hasta hoy, 22 países lo han ratificado, de las cuales la mayoría (15) son naciones latinoamericanas y del Caribe, por lo que se puede afirmar que es un Convenio regional. Apenas siete Estados dispersos han ratificado el Convenio 169 fuera de América Latina y el Caribe, cuatro en Europa (Noruega, España, Dinamarca y Holanda); uno en Asia (Nepal); uno en África (República Centroafricana); y uno en Oceanía (Fiyi). No obstante, pese al apoyo mayoritario latinoamericano, todavía no han ratificado el Convenio 169 una gran cantidad de países en Sudamérica (como Francia, Surinam y Guyana) y Centroamérica (Panamá y El Salvador) que poseen un importante porcentaje de su población indígena.

Para Christian Courtis, que América Latina sea la región donde se ha producido la mayor cantidad de ratificaciones del Convenio 169 no es casual, pues “muchos países de la región son multilingües y multiculturales, y en algunos casos la población indígena constituye la mayoría de población, o un porcentaje significativo de ella” (2009, 53). No obstante, podemos considerar que la ratificación de 22 Estados sigue siendo insuficiente,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 977-994.

teniendo en cuenta que el Convenio 169 busca mejorar las condiciones de vida de los 5.000 pueblos indígenas y tribales que existen en el mundo y que representan una población de aproximadamente 370 millones de personas, repartidos por más de 70 países (OIT 2009, 9).

No cabe duda de que un mayor número de ratificaciones del Convenio 169 de la OIT le daría una mayor fuerza y legitimidad. No obstante, no debemos perder de vista que hoy por hoy este tratado internacional constituye el cuerpo legal internacional vinculante más importante para la protección de los derechos de los Pueblos Indígenas. De hecho, el Convenio 169 junto con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU de 2007 podemos considerar que constituyen el núcleo duro de la protección de los derechos indígenas a nivel internacional, pese a que este último documento pertenezca a llamado *soft law* y no tenga carácter vinculante. Sin embargo, tal y como apuntan Gómez y Berraondo, pese a los avances en materia de reconocimiento normativo y jurisprudencial de los derechos de los pueblos indígenas “lejos de avanzar en la implementación de los derechos de los pueblos indígenas, se está retrocediendo de manera muy seria” (2012, 9).

Autores como 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 (2011, 135). Ahora bien, el Convenio presenta ciertos límites en cuanto a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, lo que ocurre específicamente con el derecho a la libre determinación (Figuera, 2010). Esta especie de *techo* a los derechos de los pueblos indígenas lo podemos identificar en el artículo 1.3 del propio Convenio 169 que expresa: “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” (énfasis añadido en el propio Convenio 169”).

Como se puede apreciar, el Convenio 169 impide la posibilidad de aplicar a los pueblos indígenas el artículo 1.1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados en las Naciones Unidas en 1966 y en el que se señala: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su con-

dición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

El Convenio 169 contempla un amplio catálogo de derechos, pero dos son sus pilares fundamentales: 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 5o.). El Convenio también garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a su desarrollo, que es mencionado hasta en 20 ocasiones a lo largo del Convenio. Esta atención prioritaria que el Convenio 169 concede al desarrollo, puede tener relación, como lo explica Felipe Gómez Isa, con “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” (2006, 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 (OIT 2014, 9). 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 (OIT 2014, 10).

El Convenio dedica su parte II (artículos del 13 al 19) al tema de la tierra y su posesión, que como muchos autores han expresado, entre ellos Magdalena Gómez, “sin tierra, sin recursos naturales, no hay futuro para los pueblos indígenas” (2006, 140).

Por otra parte, el Convenio 169 también presta gran atención a los derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo a los pueblos indígenas derechos en materia laboral (artículo 20); formación profesional, artesanía e industrias rurales (artículos 21-23); seguridad social y salud (artículos 24 y 25); educación y medios de comunicación (artículos 26-31).

La influencia del Convenio 169 ha sido notable en los nuevos procesos constituyentes en muchos de los países de la región, entre ellos Venezuela, Ecuador y Bolivia, países pertenecientes al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y objeto de nuestro estudio. En primer lugar, queremos caracterizar la influencia del Convenio 169 en el elenco de derechos indígenas que han reconocido las Constituciones de estos países, para pos-

teriormente evaluar su efectividad. Para ello, hemos tomado como referencia una serie de sentencias de los altos tribunales de Bolivia, Ecuador y Venezuela que consideramos emblemáticas por tomar como referencia el Convenio 169 en su fundamentación jurídica. La muestra seleccionada es de carácter cualitativo, una sentencia por cada país, lo que somos conscientes no agota una rica discusión en torno a la justiciabilidad de los derechos indígenas. Las sentencias reflejaron un amplio control de convencionalidad de los tribunales nacionales y la naturalización, no sólo aceptación, del pluralismo jurídico como marco normativo referencial en todos los casos.

Cabe destacar que las sentencias analizadas generaron importantes debates al momento de ser emitidas y constituyen la consolidación y maduración de una jurisprudencia que ha aceptado la pertinencia del activismo contencioso de los grupos defensores de los derechos indígenas. En este sentido las sentencias fueron seleccionadas después de un recorrido suficiente de los altos tribunales como garantes de las nuevas constituciones de sus países: seis años en el caso de Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, siete en el caso de la Corte Constitucional de Ecuador y doce de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

II. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LAS CONSTITUCIONES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

A continuación, nos centraremos en describir brevemente como son caracterizados los derechos indígenas contemplados en las Constituciones más modernas de lo que parte de la doctrina ha llamado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (Medici 2010; Viciano y Dalmau 2011; Lascarro-Castellar y Mejía 2019). Nos centraremos por tanto en los textos constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Aunque alguna de las críticas al nuevo constitucionalismo latinoamericano reside en que “es demasiado parecido” al previamente existente (Gargarella 2018, 110) consideramos que los esfuerzos por ampliar el catálogo de derechos, incluidos los derechos de los Pueblos Indígenas, y la expresa declaración de que todos los derechos son justiciables, constituyen avances que deben ser tomados en consideración.

Para Casado, Salamanca y Sánchez, lo primero que debemos destacar es “el esfuerzo por extender y garantizar el catálogo de derechos sociales, y darles el mismo estatus que los derechos civiles y políticos” (2016, 113), lo que se podría también extenderse a los derechos colectivos entre los que se encuentran los derechos indígenas. De hecho, el desafío de este trabajo será evaluar si los avances normativos han tenido algún impacto en la forma de impartir justicia y la garantía de derechos por parte de los jueces. Sin embargo, se debe aclarar que es precisamente el amplio elenco de derechos contemplados en estas constituciones lo que ha servido como “burlas y menosprecio sobre los nuevos textos” (Gargarella y Courtis 2009, 31). En cambio, la representación de los nuevos derechos constituye para autores como Medici un giro decolonial, especialmente en las dos constituciones más recientes de Ecuador y Bolivia, que “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 (2010, 16).

Estas Constituciones al mismo tiempo que han realizado una importante ampliación del catálogo de derechos, han llevado a cabo un expreso reconocimiento de la importancia del derecho internacional y declaran su carácter vinculante. El control de convencionalidad por tanto es una herramienta muy importante para la interpretación de los textos constitucionales pertenecientes al nuevo constitucionalismo latinoamericano. En este sentido, 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, que serán de “aplicación inmediata y directa por los tribunales” (artículo 23). En la Constitución de Ecuador también se contempla que los derechos y garantías establecidos en “los tratados internacionales serán de directa e inmediata aplicación” (artículo 11.3). Por último, este control de convencionalidad también se encuentra contemplado en la Constitución de Bolivia en el artículo 14.IV que establece la garantía de los derechos contemplados en los tratados internacionales y que la práctica jurisprudencial ha tenido muy en cuenta. En consecuencia, podemos ya interpretar la importancia e influencia que tendrá el Convenio 169 en las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

1. *Venezuela*

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 ocho artículos (119-126) que conforman el capítulo VIII, llamado 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, Lee Van Cott llegó a decir que “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” (2002, 42).

Venezuela recoge un importante elenco de derechos indígenas entre los que se consideran el respeto por su identidad, cultura y costumbres; la propiedad colectiva de sus tierras y el aprovechamiento de sus recursos naturales; salud; propias prácticas económicas; propiedad intelectual y participación política, entre otros. Observamos que el avance es notable y los derechos contemplados han recogido en gran medida los postulados de la Convención 169.

Pero también se han producido críticas a muchos aspectos de la Constitución venezolana en materia de protección de los derechos indígenas. Como Clavero expresa, pese a lo militante que se posiciona la Constitución venezolana en relación con los derechos indígenas “copia la regla de exclusión [de la libre determinación] del Convenio 169 cuando se trata de indígenas” (2006, 334); es decir, que queda fuera de la fórmula constitucional venezolana, al igual que del Convenio 169, el derecho a la libre determinación, pues el artículo 126 *in fine* está redactado de la siguiente manera: “el término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”.

2. *Ecuador*

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. En relación con la falta de puesta en práctica de los derechos indígenas, Merino afirma que “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” (2011, 2).

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, estos están contenidos en 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 lo hace de una forma más taxativa que la Constitución de Venezuela, pero con un estilo 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”. Comprobamos que en Ecuador además de los pueblos indígenas existen otras nacionalidades, como los afroecuatorianos y los pueblos montubios, que también reciben una protección constitucional diferenciada.

En el artículo 57 también se contemplan una gran cantidad de derechos, entre ellos: “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.

El trabajo de codificación de los derechos indígenas en los textos constitucionales se produce gracias a un largo recorrido jurídico y de movilizaciones sociales, y como Francisco Palacios expresa “no es un capricho, ni un exabrupto chavista, ni un ingenio insurgente como pretende satirizar buena parte de la cultura y la mediática orgánica” (2015, 228).

3. *Bolivia*

La Constitución de Bolivia, 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 participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios”.

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 “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” (Aguilar *et al.* 2010, 4).

Los derechos hasta aquí señalados se complementan con otros que están diseminados por el texto constitucional boliviano, como el artículo 403 que reconoce a los pueblos indígenas el derecho del “uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables”.

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 inspirar una “legislación modelo”, como afirma Courtis, “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 tribunales nacionales e internacionales (2009, 56).

Según Courtis, la jurisprudencia desarrollada en cortes nacionales en el amparo de derechos indígenas ha sido muy variado, 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” (2009, 59). 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 sentencias emblemáticas 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 113-14-Sep-CC, conocido como el caso de “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” (Seni 2014, 182). 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, así se puede comprobar en argumentaciones como la siguiente:

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

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 977-994.

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.

El caso recibió una gran atención pública, 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 reconocida y 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, como expresa Ximena Ron “al considerar 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” (2016, 124).

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 la validez del pluralismo jurídico que se desarrolla posteriormente en la argumentación jurídica:

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

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

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 Constitu-

ción de Bolivia, es interpretado por el Tribunal Constitucional de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT cuando se reconoce en su artículo 3o. 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 mencionó 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”. 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 hizo 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. 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 reivindicquen 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.

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 por medio 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 9o. 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 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.

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. CONCLUSIONES

Tras el análisis de las sentencias objeto de nuestro estudio hemos podido comprobar que la influencia del Convenio 169 de la OIT en los países signatarios que constituyen el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha sido importante desde varios puntos de vista. En primer lugar, este tratado internacional ha sido una de las fuentes de inspiración en el reconocimiento del catálogo de derechos de los pueblos indígenas constitucionalmente.

En segundo lugar, el control de convencionalidad del Convenio 169 y su uso estratégico por los distintos actores involucrados en conflictos relacionados con derechos indígenas ha sido frecuente. En consecuencia, el Convenio 169 ha servido como una útil herramienta en la reivindicación y garantía de derechos colectivos. Lo hemos podido comprobar en la protección por parte de los tribunales constitucionales a la propiedad ancestral y el hábitat, reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas que por primera vez empiezan a ser amparados.

Pero quizás el mayor de los logros es que la institucionalidad criolla de los altos tribunales haya empezado a naturalizar el pluralismo jurídico

que aparece en el mandato constitucional. Este no es un asunto baladí ya que el pluralismo jurídico puede ser considerado como un cambio del paradigma de la concepción normativa positivista y jerárquica *occidental*. La pirámide de Kelsen ha tornado en un poliedro en que distintas pirámides convergen en un mismo centro, representado en la Constitución, que ya no es la cúspide. Como resultado, la Constitución ya no se erige en el vértice superior de la pirámide, ahora da coherencia a los segmentos del poliedro desde su centro.

Sin embargo, no todo deben ser celebraciones en torno a la materialización de la justiciabilidad de los derechos de los pueblos indígenas. En los tres países analizados los peores indicadores socioeconómicos junto a la mayor pobreza y exclusión, y por lo tanto la mayor cantidad de violaciones de derechos, se registran y afectan a la población indígena. Se puede afirmar que la lucha por la garantía de los derechos reconocidos en las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela apenas comienza. Al mismo tiempo, identificamos ciertos gestos en algunos tribunales que fácilmente podrían convertirse en regresiones antes que progresos. Así ocurre con la sentencia analizada del TSJ de Venezuela cuando afirma que el derecho de los pueblos indígenas no podrá coludir con el ordenamiento jurídico nacional u orden público. Una interpretación amplia de esta posición vaciaría de su contenido al derecho indígena y eliminaría en la práctica el pluralismo jurídico. Por lo que consideramos que estas posiciones conservadoras deberían ser abandonadas para no convertirse en nefastos precedentes.

Por último, también podemos afirmar que el impacto del Convenio 169 es continuado pues forma parte constantemente en las argumentaciones de las sentencias de los altos tribunales de Venezuela, Ecuador y Bolivia. Ahora bien, debemos tener en cuenta que el planteamiento del presente artículo constituye una primera aproximación al impacto del Convenio 169, pero futuros estudios con una mayor sistematicidad servirán para delimitar con mayor exactitud su impacto en la jurisprudencia de los tribunales latinoamericanos signatarios.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo y STEWARD, Rebeca. 2010. “The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples In Latin America”. *Internacional Law Review Online Comparison* 2 (2), <https://bit.ly/32rGV0W>.
- CASADO, Fernando, SALAMANCA, Antonio y SÁNCHEZ, Rebeca. 2016. “La nueva ola de Constituciones en Ecuador, Bolivia y Venezuela: una revolución democrática y jurídica en Ciernes”. *Linea Sur* 11.
- CLAVERO, Bartolomé. 2006. “Derechos indígenas y Constituciones latinoamericanas”. Berraondo, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao. Universidad de Deusto.
- VAN COTT, Donna Lee. 2002. “Movimientos indígenas y transformación constitucional en los Andes. Venezuela en perspectiva comparativa”. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* 8 (3).
- COURTIS, Christian. 2009. “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* 6 (10).
- FIGUERA VARGAS, Sorily. 2016. “Los pueblos indígenas: libre determinación y subjetividad internacional”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (22). <https://bit.ly/3l8BX0a>.
- GARGARELLA, Roberto. 2018. “Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Uruguay de Ciencia Política* 27 (1). <https://bit.ly/36gNrbH>.
- GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. 2009. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile. CEPAL. <https://bit.ly/3pePiq7>.
- GÓMEZ ISA, Felipe y BERRAONDO, Mikel. 2013. *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*. Bilbao. Universidad de Deusto.
- GÓMEZ ISA, Felipe. 2006. “Pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo”. BERRAONDO, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao. Universidad de Deusto.
- GÓMEZ, Magdalena. 2006. “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. BERRAONDO, Mikel (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto.

- LASCARRO-CASTELLAR, Diemer y MEJIA TURIZO, Jorge. 2019. “Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: perspectivas epistemológicas”. *Revista de la Facultad de Derecho* 46.
- MEDICI, Alejandro. 2010. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador”. *Revista Derecho y Ciencias Sociales* 3. <https://bit.ly/38rMPmm>.
- MERINO, Roger. 2011. “What is ‘Post’ in Post-Neoliberal Economic Policy? Extractive Industry Dependence and Indigenous Land Rights in Bolivia and Ecuador”. *SSRN* octubre. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1938677.
- MONTT, Santiago y MATTA, Manuel. 2011. “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”. *Estudios Públicos*, 121. <https://bit.ly/3ldpdp4>.
- OIT. 2014. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Lima. OIT.
- OIT. 2009. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*. Lima. OIT.
- DE CABO, Antonio, Carrasco, Manuel, Palacios, Francisco y Soto, Fabian. 2015. *Investigación Jurídica Comparada*. Quito. Corte Constitucional del Ecuador.
- RON ERRAEZ, Ximena. 2016. “La reparación integral intercultural en el Estado constitucional ecuatoriano”. *Estado & comunes. Revista de Política y Problemas Públicos* 2.
- SENI, Ruth. 2014. “Comentarios a al Sentencia 113-14-Sep-CC, dentro del caso 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.
- VICIANO, Roberto y DALMAU, Rubén. 2011. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano, fundamentos para una construcción doctrinal”. *Revista General de Derecho Público Comparado* 9.

Sentencias constitucionales

- CC, 0731, Corte Constitucional de Ecuador, 2014.
- TCP, 0572, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014.
- TSJ, 1440, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 2012.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 159, septiembre-diciembre de 2020, pp. 977-994.