



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

HENNEBEL, Ludovic

LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIII, núm. 127, enero-abril, 2010, pp. 131-177

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715760004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS*
*THE AMERICAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS
AND THE PROTECTION OF THE RIGHTS
OF INDIGENOUS PEOPLE*

Ludovic HENNEBEL**

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo establecer en qué medida la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, a través de la interpretación dinámica de la Convención Americana, un régimen jurídico de protección de los derechos humanos de los indígenas que tome en cuenta las especificidades de sus pueblos y comunidades. Para ello, se explicará la interpretación sociológica de la Convención Americana, la cual va más allá de los legalismos internos en materia de la protección de los pueblos indígenas. Posteriormente, se demostrará cómo esta interpretación jurisprudencial se erigió como respuesta al desafío de la heterogeneidad de las sociedades latinoamericanas. Finalmente, se analizará cómo la Corte, a través de esta jurisprudencia dinámica, provee las bases de una plataforma de reconciliación regional.

Palabras claves: derechos humanos, Corte Interamericana, Convención Americana, pueblos indígenas.

ABSTRACT: *The paper aims at establishing to what extent the Inter-American Court of Human Rights has established, through the dynamic interpretation of the American Convention, a legal regime of protection of the human rights of the indigenous people that takes into account its specificities. The first part of the paper deals with the sociological interpretation of the American Convention, which goes beyond the internal legalisms in the matter of the protection of the indigenous people. The second part explains how this legal interpretation was elevated as a valid response to the challenge of the heterogeneity of the Latin American societies. Finally, the last part analyzed how the Court, through this dynamic jurisprudence, provides the required foundations of a platform for regional reconciliation.*

Descriptors: *human rights, Inter-American Court, American Convention, indigenous people.*

* Artículo recibido el 22 de enero de 2009 y aceptado para su publicación el 14 de octubre de 2009.

** New York University. Se agradece especialmente la colaboración de José Antonio Alfaro y de Yildiz Atis.

SUMARIO: I. *La interpretación sociológica de la Convención Americana. Un dinamismo jurisprudencial.* II. *El desafío frente a la heterogeneidad de las sociedades americanas.* III. *El sistema interamericano, una plataforma de reconciliación regional.* IV. *Conclusión.*

Los tres sistemas regionales de protección de derechos humanos (africano, americano¹ y europeo) enfrentan importantes retos. Estos retos pueden ser representados por las tradiciones políticas y sociales, las relaciones económicas y jurídicas, las cuales en la era de la globalización tienen una mayor interdependencia a nivel internacional y regional. En este contexto, la protección de los derechos humanos sin duda representa un desafío para los tres sistemas regionales. En el continente americano para hacer frente a este desafío y en particular a los derechos humanos de los indígenas, la Organización de Estados Americanos² cuenta con un mecanismo regional de protección de los derechos humanos fundamentales, conocido como el sistema interamericano de derechos humanos.³ Este sistema de derechos humanos se fundamenta en un dualismo normativo e institucional. Es decir, el dualismo de los instrumentos normativos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos,⁴ y el dualismo institucio-

¹ Para conocer más sobre el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, véase Hennebel, Ludovic, *La convention américaine des droits de l'homme-Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruselas, Bruylant, 2007, p.738.

² Sobre la Organización de los Estados Americanos, véase *inter alia*: Sheinin, D., *The Organization of American States*, Transaction Publishers, 1996; Vaky, V. P. y Muñoz, H., *The Future of the Organization of American States*, Twentieth Century Fund Press, 1993; Stoetzer, O., *The Organization of American States: An Introduction*, Frederick A. Praeger, 1966); Fenwick, C., *The Organization of American States. The Inter-American Regional System*, Kaufman, 1963; Thomas, A., *The Organization of American States*, Southern Methodist University Press, 1963; Dreier, J., *The Organization of American States and the Hemisphere Crisis*, Harper and Row Publishers, 1962.

³ Cabe recordar que dicho sistema está inspirado en los principios y la estructura institucional del sistema europeo de protección de derechos humanos. No obstante, a diferencia del sistema europeo, se fundamenta en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Corte Europea de Derechos Humanos, la protección regional de derechos humanos en el continente americano estriba en un doble dualismo jurídico.

⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969.

nal; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto en el sistema interamericano como en el sistema universal, contienen disposiciones conducentes para el análisis de la problemática de los pueblos indígenas. Prueba de ello, es el Informe Dunshee de Abranches, el cual comparó el proyecto de la Convención Americana y los dos pactos de las Naciones Unidas. En dicho informe se destacó que el proyecto de la Convención Americana no consagraba el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, contrariamente al artículo 1o. común a los dos pactos de las Naciones Unidas de 1966. Según el Informe, la Convención Americana establece que el derecho a la autodeterminación de los pueblos no es un derecho individual sino un principio ya consagrado por el artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas y por los objetivos y principios afirmados en el Preámbulo.

⁵ Sobre el sistema interamericano de derechos humanos, véase *inter alia*: Faundez Ledesma, H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004; Harris, D. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, 1998; Davidson, S., *The Inter-American Human Rights System*, Dartmouth, 1997; Cançado Trindade, A. A., “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas”, en Bardonnnet, D. y Cançado Trindade, A. A. (eds.), *Derecho internacional y derechos humanos*, Droit international et droits de l’homme Académie de droit international de La Haye, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996; Buergenthal, T. y Shelton, D., *Protecting Human Rights in the Americas: Cases and Materials*, Engel, 1995; Medina Quiroga, C., *The Battle of Human Rights: Gross Systematic Violations and the Inter-American System*, Kluwer, 1988; Buergenthal, T. y Norris, R., *Human Rights: The Inter-American System*, Oceana, 1982. Véase, también, Cançado Trindade, A. A., “Le système inter-américain de protection des droits de l’homme: état actuel et perspectives d’évolution à l’aube du XXIème siècle”, 46 *Annuaire Français de Droit International* 547, 2000; Harris, D., “Regional Protection of Human Rights: The Inter-American Achievement”, en Harris, D. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, 1998; Cançado Trindade, A. A., “Current State and Perspectives of the Inter-American System of Human Rights Protection at the Dawn of the New Century”, 8 *Tul. J. Int’l & Comp. L.*, 5, 2000; Cançado Trindade, A. A., “The Evolution of the Organization of American States (OAS) System of Human Rights Protection: An Appraisal”, 26 *GYIL* 498, 1982. Véase, también, los capítulos relativos al sistema interamericano de derechos humanos en Buergenthal, T. *et al.*, *International Human Rights in a Nutshell* 221, Westgroup, 2004; Steiner, H. *et al.*, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 1020, Oxford University Press, 2007.

bulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA).⁶ Ahora bien, contrariamente a la observación del informe Dushee de Abranches, en este estudio se planteará y se explicará cómo la protección de las poblaciones indígenas es objeto de una de las preocupaciones centrales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Particularmente, el presente artículo tiene por objetivo establecer en qué medida la Corte Interamericana ha establecido, a través de la interpretación dinámica de la Convención Americana, un régimen jurídico de protección de los derechos humanos de los indígenas que tome en cuenta las especificidades de sus pueblos y comunidades.

Antes de comenzar con la explicación del presente trabajo, es importante recalcar que la definición de la palabra indígena no es uniforme.⁷ Al igual que los términos, comunidades indígenas, pueblos in-

⁶ Dunshee de Abranches, C. A., *Comparative Study of the United Nations Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights and of the Draft Inter-American Conventions on Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.19, Doc. 18, 24 de junio de 1968, p. 26.

⁷ Por ejemplo, “en América Latina, algunos gobiernos han adoptado en sus legislaciones indigenistas, definiciones al respecto: La Ley Indígena de Chile (Ley Núm. 19.253) de 1993, toma en cuenta criterios de ascendencia. En el párrafo 2o. De la calidad de Indígena, establece: ‘Artículo 2o. Se considera indígenas para los efectos de la ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos: a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva; se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes descendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, núms. 1 y 2... En Paraguay, el artículo 2o. de la Ley núm. 904/81 (de 1981), Estatuto de comunidades indígenas, considera los criterios de cultura y lengua como importantes, pero va más lejos al establecer ciertos elementos de derecho consuetudinario indígena en la definición, tales como el sistema de autoridad propio y la vida comunitaria: A los efectos de esta ley, se entenderá como comunidad indígena el grupo de familias extensas, clan o grupos de clanes, con cultura y un sistema de autoridad propios que hablan una lengua autóctona y convive en un hábitat común”. Por otra parte, “en Argentina, el artículo 2o. de la Ley 23.302 (1985), de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes reconoce la personalidad jurídica de las comunidades y considera el criterio de la ascendencia como definitorio: ‘A los efectos de la presente ley, reconocese personería jurídica a las comunidades indígenas a los conjuntos de familias radicadas en el país. Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones de habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad’; definiciones disponibles en sitio del H. Congreso de la Unión”, Cámara de Diputados, Servicio de

dígenas y tribus indígenas, la palabra indígena tiene connotaciones que varían constantemente, según las legislaciones de cada país o según la disciplina científica.⁸ En este texto, el término indígena y sus variaciones se utilizarán de acuerdo al contenido de las sentencias de la Corte.

Así, sin concentrarse exclusivamente en las particularidades de la definición, este artículo estudiará, por una parte, cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo el prisma de una interpretación sociológica de la Convención Americana, desarrolla el espíritu del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Por otra parte, también se verificará cómo la Corte construye una jurisprudencia protectora de las comunidades indígenas y de sus miembros. Para ello, se explicará la interpretación sociológica de la Convención Americana, la cual va más allá de los legalismos internos en materia de la protección de los pueblos indígenas (1). Posteriormente, se demostrará cómo esta interpretación jurisprudencial se erigió como respuesta al desafío de la heterogeneidad de las sociedades latinoamericanas (2). Finalmente, se analizará cómo la Corte, a través de esta jurisprudencia dinámica, provee las bases de una plataforma de reconciliación regional (3).

Investigación y Análisis, México. <http://www.cddhcu.gob.mx/bibliot/publica/inveyana/polisoc/derindi/3ladefin.htm>.

⁸ Por ejemplo, “La ONU no ha emitido una definición oficial de los pueblos autóctonos. Sin embargo, puede deducirse de la conjunción entre los elementos elaborados por el Grupo de Trabajo y el Informe Cobo. En 1982, cuando se celebra la primera sesión, el Grupo cita cierto número de rasgos, a manera de indicaciones preliminares: la existencia de sistemas diferentes o concurrentes que corresponden a modos de pensamiento, de culturas, de religiones distintos; elementos subjetivos tales como la autoidentificación del individuo y del grupo y la aceptación del individuo por parte del grupo; elementos objetivos tales como la continuidad histórica; la conformidad con los principios económicos, sociales, culturales e institucionales de los grupos autóctonos, incluidas las actitudes ecológicas, la ausencia de poder en el seno del sistema y de las instituciones del país”; definiciones disponibles en sitio del H. Congreso de la Unión”. Cámara de Diputados, Servicio de Investigación y Análisis, México, <http://www.cddhcu.gob.mx/bibliot/publica/inveyana/polisoc/derindi/3ladefin.htm>.

I. LA INTERPRETACIÓN SOCIOLOGICA DE LA CONVENCION AMERICANA. UN DINAMISMO JURISPRUDENCIAL

En el ambiente de optimismo del quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1998), se afirmó que el creciente reconocimiento de los derechos humanos es un proceso en la historia contemporánea que no admite cortapisas ni retrocesos.⁹ Efectivamente, según Michael Ignatieff, “se trata de la revolución más importante e irreversible del siglo XX”.¹⁰ Sin embargo, cabe recordar los límites de esta predicación en general, y más específicamente en el caso de la protección de los pueblos indígenas. Efectivamente, dentro del continente americano, existen límites inherentes a la rigidez de los legalismos nacionales (1.1) y a la asimetría estructural (1.2) que sufren los pueblos indígenas a la hora de reclamar el reconocimiento y la aplicación de sus derechos.

1. *Un legalismo controvertido*

En la década de los 1990, Bobbio declaró prácticamente clausurado el debate en torno a la fundamentación de los derechos; por lo tanto en adelante, según al autor, se trataría simplemente de exigir su puesta en vigor, a partir de la existencia de instrumentos legales universalmente reconocidos.¹¹ Sin embargo, los límites de este planteamiento se constatan con la existencia de un enfrentamiento permanente entre formalidad legal y efectividad de las disposiciones protectoras. Se debe entender esta ruptura de la matriz jurídica bajo el prisma del modelo racional-formal que opera mediante la estrategia central de los legalismos de cada Estado. En efecto, esta matriz jurídica determina el criterio de validez de la norma, su justicia, su eficacia y la verdad jurídica en torno a la idea de la razón legal, produciendo como efecto visible la igualdad formal, que se fundamenta en una conquista declarativa legal como expresión de satisfacción. Así, para Donnelly, los derechos de los pueblos indígenas se citan co-

⁹ Sobre esta cuestión, referirse especialmente a Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Madrid, Sistema, 1991, p. 256.

¹⁰ Ignatieff, M., *The Rights Revolution*, House of Anansi Press, 2001.

¹¹ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 9.

mo excepciones.¹² Es decir, desde la perspectiva liberal es posible discernir una conceptualización normativa de los derechos humanos que eviten las consideraciones del tiempo y espacio. Igualmente autores como Alston y Kingsbury¹³ establecen que en lugar de procurar derechos colectivos exclusivos y únicos, o “derechos del pueblo”, los grupos pueden lograr sus objetivos a través de un enfoque liberal de los derechos humanos.

Contrariamente al planteamiento liberal, Kymlicka aboga con elocuencia por los “derechos diferenciados” a favor de grupos como, por ejemplo, los pueblos indígenas, los cuales no por elección sino por geografía histórica, se han reducido a minorías demográficas o políticas dentro de los Estados.¹⁴ En este sentido, una respuesta a la problemática de los derechos diferenciados se encuentra en los tratados internacionales —en particular el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo—¹⁵ los cuales formalizan y apoyan estos argumentos legales y filosóficos, valiéndose de las normas internacionales sobre derechos humanos, pero que carecen de efectividad jurídica. Ahora bien, en el contexto del continente americano, la Corte Interamericana asume activamente la defensa de los “derechos diferenciados” que conciernen ad los indígenas más allá de los lega-

¹² Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2a. ed., Cornell University Press, 2003, p. 336.

¹³ Alston, Philip (ed.), *Peoples' Rights*, Reino Unido, Oxford University Press, 2001, p. 329; Crawford, J., “The Right of Self-Determination in International Law: Its Development and Future”, en *id.*, *op. cit.*, en esta misma nota; Kingsbury, B., “Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law”, en *id.*, *op. cit.*, en esta misma nota.

¹⁴ Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Reino Unido, Oxford University Press, 1995, p. 263.

¹⁵ Convenio (núm. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (27 de junio 1989) adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo. Este documento histórico establece una amplia gama de derechos, pero subraya especialmente la participación directa, el consentimiento informado y el consenso, a diferencia de la característica de su antecesora, la Convención Internacional del Trabajo (núm. 107) relacionada con la Protección de los Aborígenes y Otras Poblaciones Tribales y Semitribales de Países Independientes, 26 de junio 1957, que era fomentar la asimilación cultural. Para una explicación e interpretación detalladas del objetivo y significado del Convenio OIT, núm. 169, véase, sobre todo, *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention, núm. 169*, International Centre for Human Rights and Democratic Development, 2000.

lismos que durante tiempo se utilizaron para despojarlos de sus derechos. Estos legalismos se definen como una tendencia a la aplicación literal de las leyes, sin tomar en cuenta otras circunstancias.¹⁶ Es importante recordar que si para Tito Livio, “es la ley cosa sorda e inexorable, incapaz de ablandamiento ni benignidad ante la menor trasgresión”, para la Corte Interamericana este axioma en materia de protección especial de los pueblos indígenas es reductor. Efectivamente, la Corte promueve un activismo sobre la base de una interpretación sociológica de las disposiciones positivas.¹⁷ Según la doctrina científica, “los defensores de la interpretación teleológica tratan de distanciarse del texto, y prefieren pronunciarse sobre la base de *las circunstancias propias de la causa* y jamás en las que han rodeado la adopción del texto cuyo alcance es controvertido”.¹⁸ Transpuesto al sistema interamericano de derechos humanos, cabe recordar que la jurisprudencia constructiva de la Corte Interamericana en materia de protección especial de los derechos indígenas se fundamenta esencialmente en las normas de interpretación tal y como quedan contempladas en el artículo 29 de la Convención.¹⁹ Dicha disposición ha sido

¹⁶ Según la definición contemplada por el *Diccionario de la lengua española* en su vigésimo segunda edición.

¹⁷ Las cuales, según Montesquieu: “Tienen que corresponder a la *física* del país; al clima helado, caliente o temperado; a la calidad del terreno, a su situación, a su ámbito; al modo de vida de los pueblos, aradores, cazadores o pastores; cristalizar el margen de libertad que puede sufrir la Constitución; a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a su riqueza, a su número, a su comercio, a sus costumbres; mantienen además conexiones entre ellas con su origen, el objetivo del legislador, el orden de las cosas sobre las que se fundan”.

¹⁸ La traducción es del autor. El texto original se encuentra en Frydman, Benoit, *Le sens des lois* 64, 2a. ed., Bruselas, Bruylant, 2007, p. 696: “Les lieux en faveur de l’esprit cherchent certes un appui en dehors du texte, mais de préférence *dans les circonstances propres à la cause* et pratiquement jamais dans celles qui ont entouré l’établissement du texte dont la portée prête à discussion”.

¹⁹ El artículo 29 de la Convención Americana sobre las Normas de Interpretación establece: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y ex-

desarrollada de manera eficaz para fijar criterios de interpretación así como el principio de la “interpretación evolutiva”²⁰ de las disposiciones convencionales en materia de derechos humanos. En efecto, el Tribunal interamericano establece una interpretación de la Convención americana que se erige firmemente en contra a los legalismos nacionales que muchas veces obstaculizan el entendimiento de las peculiaridades indígenas, especialmente en cuanto a la protección de los indígenas contra la violencia y la discriminación sistemática,²¹ y al derecho de propiedad.²²

La Corte adopta una postura de interpretación de la Convención Americana en contra de los legalismos nacionales como respuesta a las reivindicaciones de las minorías indígenas,²³ las cuales reclamaban “protecciones” reconocidas por el régimen colonial, y pérdidas a la hora de la institucionalización de las repúblicas. En particular son notorias las demandas por parte de los pueblos indígenas, de reconocimiento de títulos comunales de origen colonial, al verse confrontados con procesos de despojo de sus derechos, no sólo en el siglo XIX

cluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

²⁰ *Cfr.* caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre el fondo, serie C, núm. 79, § 148, 31 de agosto de 2001; caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 125, § 125, 17 de junio de 2005; caso comunidad indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 146, § 117, 29 de marzo de 2006.

²¹ *Cfr.* caso masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre el fondo, serie C, núm. 105, 29 de abril de 2004; caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 124, 15 de junio de 2005.

²² *Cfr.* caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 20, núm. 79; caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam..., *cit.*, nota anterior; caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 20, núm. 125; caso comunidad indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 20, núm. 146; caso del pueblo Saramaka *vs.* Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre las excepciones preliminares, el fondo, las reparaciones y costas, serie C, núm. 172, 28 de noviembre de 2007.

²³ Sobre esta temática del movimiento, referirse especialmente a [Aylwin Oyarzun, J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, International Work Group for Indigenous Affairs, 2004] **Aylwin, op. cit., nota 21.**

sino también hasta la primera mitad del siglo XX.²⁴ Desde entonces la demanda de “reconocimiento” ha sido una de las motivaciones más poderosas en el desencadenamiento de procesos de reclamo y ejercicio de derechos por parte de los pueblos indígenas.²⁵

En relación con la postura de los “derechos diferenciados” cabe resaltar, dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la función casi normativa de la Corte Interamericana en respuesta a la rigidez de los legalismos nacionales, a la hora de erigir un auténtico régimen especial de protección de los pueblos indígenas.

2. *Una asimetría estructural*

Hoy en día la herencia de la época colonial perdura en muchos aspectos de la vida cotidiana de los países americanos. Entre estos aspectos, predominan las estructuras sociales “occidentales” que se han impuesto, implícitamente o explícitamente, a las estructuras y a las tradiciones indígenas. En efecto, los pueblos indígenas desde siglos atrás se enfrentan a una asimetría estructural entre dos modelos de vida; el “occidental” y el modelo propio a sus culturas. Con el fin de salvaguardar los derechos de las comunidades indígenas, la Corte ha adaptado y flexibilizado de manera progresista, la interpretación del Pacto de San José. Como se mencionará en el desarrollo de este estudio, la interpretación sociológica de la Corte representa un importante instrumento de presión sobre los gobiernos con el fin de adoptar “políticas, programas e instrumentos que reconozcan la diversidad de las formas culturales, sociales y tradicionales de uso y ocupación del suelo y de construcción del hábitat, como forma de proponer solucio-

²⁴ [*Idem.*] Véase J. Aylwin, *op. cit.*, nota 21.

²⁵ No es casual que los trabajos de las comisiones de la verdad, en países con mayorías indígenas —Guatemala y Perú—, hayan identificado, como una de las causas estructurales de la violencia, la exclusión, y hayan propuesto como una de las ideas-fuerza, para un futuro diferente, el tema del reconocimiento. Para el caso peruano, véase Informe Final de la Comisión de la Verdad de Lima, 2003, disponible en www.cverdad.org.pe.

nes compatibles con la demanda y la realidad de la población latinoamericana”.²⁶

La Corte canaliza las tensiones inherentes a la heterogeneidad cultural de las sociedades latinoamericanas. De esta manera, la elección de derechos específicos (derecho a la salud, la educación, el agua, la vivienda, la seguridad social y los derechos de los pueblos indígenas a un entorno de salud, a la tierra y los recursos naturales) no se define efectivamente como una simple y pura enumeración general de derechos, sino que refleja algunos de los conflictos de derechos de mayor relevancia en la región.²⁷ La Corte ha procedido paulatinamente y ha elaborado una verdadera filosofía de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas, basada en una jurisprudencia dinámica y actualizada a la luz de las evoluciones de la sociedad y de las condiciones de vida actuales.²⁸ Para proceder así, el Tribunal interamericano ha recurrido a una interpretación autónoma de los conceptos desarrollados por la Convención Americana respecto al sentido que

²⁶ **Marques Osorio, L., “El derecho humano a la vivienda adecuada en América Latina: de la teoría a la práctica”, en Yamin, A., *op. cit.*, nota.**

²⁷ Esta tensión entre una perspectiva monocultural y una perspectiva multicultural se ha expresado, con diferentes matices, en cada uno de los poderes del Estado. Mientras que el Poder Legislativo formaliza aspectos de derechos puntuales y el Poder Judicial, en casos que no son muchos, empieza a reconocer en sus sentencias los derechos enunciados en las Constituciones y/o en instrumentos internacionales sobre derechos humanos... sin embargo, la actuación de este mismo Poder Judicial en el caso de la comunidad Mayagna Sumo, en Nicaragua, resulta extremadamente conservadora y limitada.

²⁸ *Cfr.* caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 22, §§ 145 y 146. Véase *inter alia*: Berraondo López, M., “Pueblos indígenas y recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos: entre la privatización y el ejercicio de los derechos humanos”, *Revista Jurídica Jalisciense*, núm. 269, 2005; Amiot, J. A., “Environment, Equality, and Indigenous Peoples’ Land Rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni *vs.* Nicaragua”, 32 *Environmental Law* 873, 2002; Anaya, S. J. y Grossman, C., “The Case of Awas Tingni *vs.* Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, 19 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1, 2002; Anaya, S. J. y Williams, R. A., “The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System”, 14 *Harvard Human Rights Journal* 33, 2001; Grossman, C., “Awas Tingni *vs.* Nicaragua: A Landmark Case for the Inter-American System”, 8 *Human Rights Brief* 2, 2001.

se les da a estos conceptos en derecho interno.²⁹ Esta lógica cristaliza la aplicación de distintos derechos indígenas. En los siguientes párrafos se analizará brevemente, en un primer tiempo, la interpretación sociológica de la Corte de la Convención Americana que toma en cuenta el concepto de “tierra” desde la cosmovisión de la comunidad indígena Yakye Axa. En un segundo tiempo, gracias a dos sentencias se verificará cómo la Corte protege los derechos culturales de las comunidades indígenas Yakye Axa y Sawhoyamaya en Paraguay.

En relación con el derecho de propiedad, la Corte se fundamenta en la relación que une a los pueblos indígenas con sus tierras ancestrales para admitir que el artículo 21 de la Convención Americana,³⁰ que contempla el derecho a la propiedad privada, también protege el derecho de propiedad colectiva de los miembros de las comunidades

²⁹ Cfr. “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989; “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-16/99, 10. de octubre de 1999; Mary y Carrie Dann *vs.* Estados Unidos de América, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 75/02, § 96, 27 de diciembre de 2002: Al considerar las alegaciones planteadas por los peticionarios en este caso, la Comisión también desea aclarar que, al interpretar y aplicar la Declaración [Americana de 1948], es necesario considerar sus disposiciones en el contexto de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos en términos más amplios, a la luz de la evolución en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos, desde que la Declaración fue redactada y con debida consideración de las demás normas pertinentes del derecho internacional aplicable a los Estados miembros contra los cuales se interponen debidamente denuncias de violación de la Declaración. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha respaldado análogamente una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en cuenta la evolución del *corpus juris gentium* del derecho internacional en materia de derechos humanos a lo largo del tiempo y en las condiciones del momento.

³⁰ El artículo 21 de la Convención Americana sobre el Derecho a la Propiedad Privada establece: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

autóctonas.³¹ En efecto, el órgano jurisdiccional americano admitió que “la tierra es un elemento fundamental para el desarrollo de las comunidades autóctonas”³² y “según las tradiciones indígenas, las tierras ancestrales pertenecen colectivamente a los miembros de la comunidad”.³³ La Corte acepta esta relación especial que mantienen los pueblos indígenas con la tierra, y que radica en un lazo que va más allá la posesión o producción de ésta. Eso supone que “las comunidades autóctonas deben contar con la oportunidad de gozar plenamente de la tierra para poder preservar su cultura y transmitirla a las generaciones futuras”.³⁴ En otras palabras, el vínculo entre los indígenas y su tierra es un elemento clave para entender la especificidad de su cultivo, de su vida espiritual, de su integridad y de su supervivencia económica.³⁵ Se puede resaltar que la Corte reconoce que una mera aplicación de las disposiciones convencionales y nacionales no permitirá, a priori, lograr la protección de la posesión de la tierra. Contrariamente a las legislaciones nacionales, el Tribunal interamericano busca proteger de manera amplia y progresista los derechos y libertades de las poblaciones indígenas,³⁶ tomando en cuenta sus tradiciones y su cosmovisión.

³¹ *Cfr.* caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 20.

³² Pasqualucci, J. M., “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights”, 6 *Human Rights Law Review* 291, 2006.

³³ La posición del Tribunal se ajusta a la tradición constitucional latinoamericana que reconoce y consagra la posesión de la tierra por el pueblo o comunidades indígenas sobre la base de un título de propiedad colectiva o sobre la base de su posesión ancestral. Véase Salgado Pesantes, H., “Voto”, en anexo del caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 22; García Ramírez, S., “Voto”, en anexo de caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 22.

³⁴ Véase Madariaga Cuneo, I., “The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System”, 22 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 53, 2005.

³⁵ *Cfr.* caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 22, § 149.

³⁶ Véase *inter alia*: Berraondo López, M., “Pueblos indígenas...”, *cit.*, nota 28; Amiot, J. A., *op. cit.*, nota 28; Anaya, S. J. y Grossman, C., *op. cit.*, nota 28; Anaya, S. J. y Williams, R. A., *op. cit.*, nota 28; Grossman, C., *op. cit.*, nota 28; Hannum, H., “The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System”, en Harris, D. y Livingstone, S., *op. cit.*, nota 5, p. 323; Hilling, C., “La protection des droits des peuples autochtones et de leurs membres dans les Amériques”, 41 *McGill Law Journal*, 855, 1996.

El dinamismo de la Corte con relación a la promoción de un régimen especial de protección de los derechos indígenas se ha cristalizado en una serie de sentencias relativas a la protección de las comunidades indígenas dentro del sistema interamericano de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay,³⁷ el Tribunal interamericano destacó que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 (igualdad ante la Ley) y 1.1 (obligación de respetar los derechos),³⁸ los Estados deben respetar y garantizar los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en condiciones de igualdad. En efecto, de acuerdo al Tribunal los Estados tienen que considerar las características propias de los miembros de las poblaciones indígenas que los distinguen de la población en general y que forman una identidad cultural propia.³⁹ La Corte repite esta misma postura en el caso comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay.⁴⁰ En esta sentencia la Corte determinó la responsabilidad de los Estados para brindar una protección efectiva y particular según las normas culturales propias a los pueblos indígenas. Las sentencias anteriores ilustran, a través de la interpretación sociológica de las tradiciones de los pueblos indígenas, el posiciona-

³⁷ Caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22.

³⁸ El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre la Obligación de Respetar los Derechos establece: "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

³⁹ Caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22, § 51: debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (igualdad ante la ley) y 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.

⁴⁰ Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 20.

miento de la Corte a favor del reconocimiento jurídico de las comunidades indígenas. En otras palabras, el Tribunal ha establecido que los derechos de los miembros de las comunidades no son estudiados y considerados exclusivamente desde la óptica individual. Al contrario, para la Corte, la comunidad misma es un sujeto jurídico dotado de singularidad propia. Efectivamente, la personería jurídica, según la Corte, es el mecanismo legal que les confiere los estatutos necesarios para gozar de ciertos derechos fundamentales y exigir su protección cada vez que estos sean vulnerados.⁴¹ Además, esta sentencia⁴² representa sin duda la piedra angular de un activismo, por parte de la Corte, frente a los Estados que no toman en cuenta el principio *pro personae* y la finalidad espiritual y comunal que conlleva este principio en la propiedad indígena. En este caso y tomando en cuenta la finalidad del derecho de la propiedad de las comunidades indígenas, la Corte se pronunció a favor de la aplicación del principio *pro personae*. Dicho principio se aplicó cuando la Corte señaló que la principal forma de indemnización era entregar a los indígenas sus tierras tradicionales.⁴³ Cabe recordar que en relación con la tierra ancestral, las Na-

⁴¹ Caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22, § 83: la comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, es el mecanismo legal que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados.

⁴² Caso comunidad indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 20.

⁴³ *Ibidem*, §§ 131 y ss. La Corte Interamericana recuerda que el derecho a la reivindicación permanecerá vigente mientras la relación especial que mantienen los indígenas con sus tierras tradicionales se sustentase. Por otra parte, la Corte Interamericana establece que los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad hayan salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales, mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas (a pesar de no contar con el título legal de éstas). No obstante, en caso de que las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, los miembros de los pueblos indígenas tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad, previo consenso con los miembros de los pueblos indígenas logrado de conformidad con sus propias formas de consulta y decisión. La competencia para determinar el ámbito territorial de las tierras ancestrales permanece nacional, lo que constituye un límite al alcance de esta posición jurisprudencial. La Corte Interamericana recuerda la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de medidas nacionales adecuadas con el fin de garantizar el uso y go-

ciones Unidas establecieron que la privación de las tierras por parte del Estado “se ha convertido en una nueva forma de desplazamiento forzado de los pueblos indígenas de sus territorios ancestrales”.⁴⁴

La temática de la asimetría estructural queda muy presente dentro del contencioso interamericano relativo a la protección de los derechos indígenas. Tal y como lo indican algunos autores,⁴⁵ los grupos indígenas pueden estar defendiendo la justicia social como un logro de derechos integrales y otros pueden estar usando el lenguaje de los derechos como parte de estrategias para alcanzar la justicia social. En efecto, en varios países de la región se iniciaron acciones contra el gobierno y actores no gubernamentales, como parte de estrategias que atienden no sólo a garantizar la reparación específica, sino también, a permitir que las comunidades indígenas marginadas se organicen y movilicen políticamente. Paralelamente, esto ha permitido que los pueblos indígenas recurrieran al discurso de los derechos para respaldar su perspectiva de la sociedad auténticamente pluricultural.⁴⁶

Hasta ahora se analizó brevemente algunos de los ejemplos sobre la violación de los derechos de las comunidades indígenas y el cómo la Corte se pronunció a favor de una protección que considera la estructura social y las tradiciones de los pueblos indígenas desde una perspectiva “no occidental”. En los siguientes apartados se explicará los fundamentos de un régimen jurídico que tiende cada vez más a respetar la heterogeneidad de las sociedades americanas y por ende de las comunidades indígenas.

ce efectivo de este derecho por parte de los miembros de la comunidad Sawhoyama. El reconocimiento meramente abstracto o jurídico del derecho de propiedad carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente las tierras.

⁴⁴ Stavenhagen, R., Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”, Asamblea General, Naciones Unidas (Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, UN Doc. A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007).

⁴⁵ Sobre esta cuestión, referirse especialmente a Vilhena Vieira, Ó. y Scott Dupree, A., “Reflections on Civil Society and Human Rights”, 1 *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos* 62, 2004.

⁴⁶ Más allá de los claros obstáculos que presentan la asimetría estructural para la participación genuina y el diálogo claro, permanecen otros desafíos que son lingüísticos, políticos, o están relacionados con la experiencia del diálogo multiétnica.

II. EL DESAFÍO FRENTE A LA HETEROGENEIDAD DE LAS SOCIEDADES AMERICANAS

La posición de la Corte Interamericana, a favor de los derechos indígenas, radica en gran parte en la necesidad de levantar el velo sobre la heterogeneidad de las sociedades latinoamericanas. En particular en este artículo, dicha heterogeneidad puede ser definida como la diversidad cultural y el legado histórico de las tradiciones los grupos indígenas en la región. En esta sección se constatará cómo la Corte ha establecido una jurisprudencia especialmente protectora de los pueblos indígenas, de acuerdo a sus costumbres políticas, jurídicas y sociales (2.1). Esta posición, tanto de la Corte Interamericana como de la Comisión Interamericana se ha cristalizado en un contencioso que integra las peculiaridades de las comunidades indígenas dentro del tejido social de las sociedades latinoamericanas (2.2).

1. *La necesidad de garantizar un régimen de protección adaptado a los pueblos indígenas*

La cosmovisión, la cultura y las tradiciones de los pueblos indígenas muchas veces no coinciden con aquellas que los colonizadores importaron siglos atrás o con la visión del mundo “occidental” contemporánea. Así, por ejemplo, en relación con los derechos humanos de los pueblos indígenas:

Los derechos humanos se han consagrado como derechos individuales en el que el sujeto de derechos es la persona quien puede exigir del Estado una cierta actuación a partir del reconocimiento de la titularidad de derechos en razón de la sola pertenencia a la especie humana. De ahí que la protección de grupos, en tanto colectivos, sólo es posible a través de la elaboración de una argumentación sobre derechos individuales.⁴⁷

⁴⁷ Nash, C., ponencia “Protección de los derechos humanos indígenas en el sistema interamericano”, Seminario “Derechos indígenas: tendencias internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile”, 10, Universidad Arturo Prat, 2003, <http://www.cdih.uchile.cl/publicaciones/articulos/nash.tpl> (consultado el 5 de noviembre 2008).

Cabe resaltar que esto puede ocasionar problemas, ya que para los indígenas sus derechos, por lo general, tienen una interpretación colectiva y no individual.

Consciente de esta problemática, el sistema interamericano ha articulado en dos ideas la protección de los derechos humanos, en las cuales se reconoce los derechos de los miembros de las comunidades indígenas: “La primera tiene que ver con la discriminación de los derechos individuales, a través de la aplicación del catálogo de derechos y la aplicación de la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que implica la aplicación de actos positivos”.⁴⁸

Pero además se ha planteado que los indígenas son titulares de derechos en tanto que pueblo. Por ese motivo, el sistema interamericano los vincula con la autonomía administrativa y jurídica, pese a no tener título dentro del marco del derecho nacional ordinario.⁴⁹ A continuación se enunciarán algunos ejemplos en los cuales la corte se pronunció a favor de la protección de los derechos individuales y colectivos de los indígenas.

La Corte, a través de la interpretación del instrumento interamericano hace especial hincapié en la protección de los derechos individuales de todos los ciudadanos de los países americanos. Sin embargo, el órgano jurídico interamericano muestra especial consideración cuando los derechos individuales de un indígena no son respetados. En efecto, la Corte es consciente de que los miembros de las comunidades indígenas han sufrido, desde tiempo atrás, violaciones y discriminaciones contra sus derechos de manera individual. Por ejemplo, en el caso *López Álvarez vs. Honduras*,⁵⁰ se acusó al Estado de Nicaragua de haber privado arbitrariamente la libertad del mismo. Efectivamente, el señor López Álvarez fue interceptado por elementos de la seguridad de Tela y posteriormente trasladado al Departamento de Investigación militar para ser interrogado por posesión de droga y por la problemática de la tierra.⁵¹ Cabe recordar que el señor López

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 141, 1o. de febrero 2006.

⁵¹ *Ibidem*, § 40.

Álvarez se desempeñaba como dirigente social y líder comunitario garífuna.⁵² Después de dicha intercepción “sin presentarle ninguna orden judicial, lo llevaron a oficinas militares. No le permitieron comunicarse con ningún abogado ni con familiares. Además, ya en detención, las condiciones del Centro Penal de Tela, en dónde se encontraba, eran degradantes”.⁵³ Cabe resaltar que durante los años que estuvo privado de su libertad, “nunca fue notificado personalmente de alguna sentencia, y tampoco tuvo la oportunidad de presentarse ante un juez”.⁵⁴ Ante estos hechos, la Corte consideró como “parte lesionada” al señor Alfredo López Álvarez, en su carácter de víctima de las violaciones de los derechos consagrados en los artículos 5o. (derecho a la integridad personal), 7o. (derecho a la libertad personal), 8o. (garantías judiciales), 13 (libertad de pensamiento y de expresión), 24 (igualdad ante la Ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de ese instrumento. Igualmente, el Tribunal instó a “determinar el daño material, que supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y, en su caso, de sus familiares, y los gastos efectuados como consecuencia de los hechos en el caso *sub judice*”.⁵⁵ Por otra parte, en relación al daño inmaterial, el Tribunal estableció que el Estado debía determinar “los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima”.⁵⁶ Sin embargo:

No siendo posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, para fines de la reparación integral a las víctimas sólo pudo ser objeto de compensación de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apre-

⁵² Dulitzky, A. E., “Jurisprudencia y práctica del sistema interamericano de protección de los derechos humanos relativa a los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros”, en *Adjudicating Culture, Politicizing Law: Legal Strategies for Black and Indigenous Land Rights Struggles in the Americas*, The University of Texas, 2003, <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/humanrights/adjudicating/papers.html>.

⁵³ Caso López Álvarez *vs.* Honduras..., *cit.*, nota 50.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Ibidem*, § 192.

⁵⁶ *Ibidem*, § 199.

ciables en dinero, que el Tribunal debía determinar en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, reconocer la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones.⁵⁷

Igualmente, la Corte Interamericana determinó que “el Estado debía investigar, en un plazo razonable, los hechos del presente caso y aplicar las providencias que resulten de esa investigación a los responsables por dichos hechos”.⁵⁸ Además, el Tribunal estableció que:

El Estado debía adoptar medidas tendientes a crear las condiciones que permitan asegurar a los reclusos, de los centros penales de Honduras, alimentación adecuada, atención médica y condiciones físicas y sanitarias consecuentes con los estándares internacionales sobre la materia, e implementar un programa de capacitación en derechos humanos de los funcionarios que laboren en los centros penitenciarios.⁵⁹

Ahora bien, en relación a la idea de que los indígenas son titulares de derechos en tanto que pueblo, la Corte Interamericana tiene una posición que considera y protege los derechos de los indígenas desde esta perspectiva. Varios casos contenciosos, ilustran situaciones de violencia y discriminación sistemáticas orquestadas o fomentadas por las autoridades oficiales en contra de los pueblos indígenas. Tres ejemplos servirán para ilustrar la posición de la Corte en relación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Primero, en el caso *Aloeboetoe vs. Surinam*,⁶⁰ el gobierno surinamés reconoció su responsabilidad internacional frente a los malos tratos que sufrieron una veintena de indígenas saramakas, uno de los grupos maroons. En este asunto, el Tribunal condenó el maltrato y la ejecución de seis indígenas saramakas, por parte de los militares cuando éstos sospechaban

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Ibidem*, § 207.

⁵⁹ *Idem.* Y véase los §§ 209 y 210.

⁶⁰ *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre el fondo, serie C, núm. 11, 4 de diciembre de 1991.

que los indígenas eran miembros de un grupo de rebeldes.⁶¹ Entre las violaciones destacaron “el hostigamiento a los sobrevivientes y la negativa del gobierno para permitir a los sobrevivientes discutir sobre la masacre, llevar a cabo acciones legales contra los asesinatos y aceptar las ceremonias fúnebres de los muertos de acuerdo a sus convicciones religiosas”.⁶² Otro ejemplo es el caso masacre de Plan de Sánchez,⁶³ en el cual la Corte condenó las violaciones del Estado de Guatemala en contra de los habitantes del poblado del departamento de Baja Verapaz. Finalmente, en el caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam,⁶⁴ el Tribunal interamericano condenó de nuevo a Surinam por las violaciones masivas sufridas por los miembros de la comunidad indígena Maroons.⁶⁵ De acuerdo a la Corte, los hechos que dieron lugar a esta sentencia se vinculan directamente con el ataque militar llevado a cabo el 29 de noviembre de 1986 contra el pequeño pueblo de Moiwana, en el cual habitan miembros del grupo autóctono Djuka. En este caso, el Tribunal americano consideró, basándose en las pruebas que se le proporcionan, que 39 personas (esencialmente mujeres, niños y ancianos) perdieron la vida y más de 130 supervivientes se vieron obligados a exiliarse en campos de refugiados de la Guyana francesa o a establecerse en las grandes ciudades del Surinam como consecuencia del ataque militar orquestado por el Estado de Surinam.⁶⁶

Gracias a esta postura jurisprudencial se desprendió una clara voluntad de promover una interpretación sociológica de la Convención Americana que considera los derechos individuales y colectivos de los

⁶¹ Véase, especialmente, Cañado Trindade, A. A., “Voto”, en anexo del caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 21; García Ramírez, S., “Voto”, en anexo del caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre las reparaciones, serie C, núm. 91, 22 de febrero de 2002; García Ramírez, S., “Voto”, en anexo de caso masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia sobre las reparaciones, serie C, núm. 116, 19 de noviembre 2004.

⁶² *Cfr.* Aloboetoe y otros *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 60.

⁶³ Caso masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala..., *cit.*, nota 61.

⁶⁴ Caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 21.

⁶⁵ Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, nota 32, p. 287.

⁶⁶ El tribunal interamericano se refiere a distintos informes sobre esta cuestión que emanan de distintas fuentes, en particular, de las Naciones Unidas y de la Comisión interamericana y también de organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional. Caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 21.

miembros de las comunidades indígenas. De esta manera la Corte estableció un régimen especial de protección de los derechos indígenas. A continuación se estudiará cómo el Tribunal interamericano establece un espacio jurídico en el que se consideran las peculiaridades de los pueblos indígenas.

2. *La diferenciación integrada de las peculiaridades indígenas*

El sistema interamericano provee un espacio importante para la protección de los derechos sociales de los ciudadanos y de los pueblos del continente, como oportunidad adicional para reivindicar los derechos fundamentales. Las herramientas que provee el sistema interamericano comprenden la promoción de los derechos sociales, a través de estudios u opiniones de la comisión y de la corte interamericanas de derechos humanos, o del litigio de casos ante estas instancias.⁶⁷ Varias decisiones que constatan la violación de los derechos de los indígenas⁶⁸ han sido dictadas por éstas. La originalidad de la protección especial de los pueblos indígenas dentro del sistema interamericano de derechos humanos radica en una metodología fundada a partir de la interpretación sociológica y autónoma de las disposiciones y conceptos desarrollados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El concepto de familia de los pueblos indígenas es un claro ejemplo en el cual la Corte Americana estableció una interpretación dinámica, constructiva y autónoma de la Convención Interamericana. Para demostrar cómo la Corte estableció una significación progresista del concepto de familia, en un primer tiempo se describirá el concepto de familia según la interpretación de tres instrumentos legales in-

⁶⁷ La vía no contenciosa tiene la virtud de permitir un estudio sistemático y comprensivo de los temas. La Comisión incluyó capítulos sobre la temática en algunos de sus informes anuales durante los años ochenta y en sus informes sobre países, con un análisis limitado de éstos. Véase **Krsticevic, V., op. cit., nota 1**.

⁶⁸ *Cfr.* comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22; caso Yatama *vs.* Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 127, 23 de junio de 2005; comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22; caso masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala..., *cit.*, nota 21; caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 22; caso Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 60. Véase, igualmente, los comentarios de García Ramírez, S., "Voto", en anexo de comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22.

ternacionales. Finalmente, en un segundo tiempo, se establecerá cómo el Tribunal interamericano ha interpretado el concepto de familia de acuerdo a las particularidades de las tradiciones de las comunidades indígenas.

En relación a la al concepto de familia de las normas internacionales, la única definición consagrada por el derecho positivo internacional relativo a la familia o a los familiares parece encontrarse en el artículo 4o. de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,⁶⁹ el cual dispone lo siguiente:

A los efectos de la presente Convención, el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

Para muchos expertos en derecho internacional,⁷⁰ las limitaciones de la definición de las palabras familia y familiares, se justifica por la voluntad expresa de numerosos ordenamientos jurídicos de preservar la flexibilidad del concepto. En efecto, la observación general núm. 16 relativa al artículo 17 del pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos establece que el término “familia” debe interpretarse sobre la base de “un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado parte de que se trate”.⁷¹

⁶⁹ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 18 de diciembre 1990.

⁷⁰ Referirse a Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Naciones Unidas, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2007.

⁷¹ Derecho al respeto a la vida privada, a la familia, al domicilio y a la correspondencia, y protección de la honra y la reputación (artículo 17), Comité Internacional de Derechos Humanos, observación general, núm.16, § 5, 8 de abril de 1988.

Por otra parte, la interpretación del Comité de los Derechos Humanos propone una interpretación amplia de la familia a través del dictamen Francis Hopu y Tepoaitu Bessert *vs.* Francia, en los siguientes términos:

El Comité observa que los objetivos del Pacto exigen que el término “familia” se interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad de que se trate. De ello se desprende que al definir el término “familia” en una situación concreta se deben tener en cuenta las tradiciones culturales. Las reclamaciones de los autores revelan que éstos consideran que la relación con sus antepasados constituye un elemento esencial de su identidad y cumple una función importante en su vida familiar. Esto no ha sido rebatido por el Estado parte; tampoco ha objetado el Estado parte el argumento de que el cementerio en cuestión desempeña un papel importante en la historia, cultura y vida de los autores. El Estado parte ha impugnado la reclamación de los autores sólo por el hecho de que no han establecido un vínculo de parentesco entre los restos descubiertos en el cementerio y ellos mismos.⁷²

Ahora bien, en la doctrina interamericana el concepto de familia y familiares también son interpretados ampliamente. Por ejemplo, en la opinión consultiva OC-17/02, la Corte Interamericana subrayó que “el término ‘familiares’ debe entenderse en el sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”.⁷³ Por ende, cuando la Corte Interamericana impone medidas de reparación o cuando define las indemnizaciones que deben pagarse a las familias de las víctimas, lo hace a la luz y en consideración de la estructura familiar y social específica, de cada comunidad. Así por ejemplo, si la poligamia corresponde a la práctica social de la comunidad,⁷⁴ independientemente de la cuestión de la legalidad de tal práctica según el derecho interno, el Tribunal interamericano requerirá la indemnización por parte del Estado de las esposas de un indí-

⁷² Hopu y Bessert *vs.* Francia, Comité de Derechos Humanos, comunicación núm. 549, 1993, UN Doc. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1, § 10.3 (1997).

⁷³ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17/02, § 70, 28 de agosto 2002.

⁷⁴ Aloebotoe y otros *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 60, §§ 59 y ss.

gena polígamo. Otro ejemplo de la protección del concepto de “familia” en el sistema americano es el caso comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay.⁷⁵ En esta sentencia la Corte Interamericana recurrió a una definición de la familia de acuerdo a las tradiciones de la comunidad y tomando en cuenta el censo realizado en febrero de 2002.⁷⁶ Así, la Corte instó al Estado de Paraguay a establecer una reparación económica (tomando en cuenta la lista) que debía ser entregada a los familiares de la víctimas conforme a los usos, costumbres y al derecho consuetudinario de la comunidad.⁷⁷ A este respecto, y teniendo en cuenta que la comunidad Sawhoyamaxa es una comunidad indígena organizada, con sus líderes y representantes debidamente elegidos y, además, reconocidos formalmente por el Estado, la identificación de las nuevas familias fue certificada ante la Corte por las autoridades de la comunidad. Por medio del caso de la comunidad indígena de Sawhoyamaxa y de la flexibilidad de la definición del concepto de familia, se desprendió del cuerpo jurisprudencial del Tribunal interamericano una clara voluntad de protección de la identidad indígena en el marco de los mecanismos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Hasta ahora se analizó cómo la jurisprudencia de la Corte se posicionó frente al desafío de la heterogeneidad de las sociedades del continente americano. Particularmente, en este apartado se explicó el interés de la Corte por garantizar un régimen de protección adaptado a las peculiaridades de los pueblos indígenas. Igualmente, se demostraron algunos de los conflictos históricos a los que las comunidades indígenas se han enfrentado cuando éstas reivindican sus derechos. Ahora bien, con el objetivo de consolidar la democracia en la región y fortalecer el respeto de los derechos de estos grupos, el sistema interamericano ofrece una plataforma de reconciliación de la diversidad cultural.

⁷⁵ Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22.

⁷⁶ *Ibidem*, § 204.

⁷⁷ *Ibidem*, § 209.

III. EL SISTEMA INTERAMERICANO, UNA PLATAFORMA DE RECONCILIACIÓN REGIONAL

Las estimaciones de la población indígena actual en América Latina representan alrededor de un 10% de la población total de la región.⁷⁸ Dicha población incluye a más de 400 grupos, que viven ya sea en las “tierras altas”, como las existentes en partes de México, América Central y los Andes, cuyas economías verticales se basan en el uso de distintos pisos ecológicos, y los indígenas de las “tierras bajas”, como los del Amazonas, cuyas economías horizontales posibilitan una mayor movilidad a lo largo de los ríos allí existentes.⁷⁹ Algunos expertos, como el investigador estadounidense Dobyns, han establecido que desde la época de la conquista, gran parte de la población indígena ha desaparecido. Efectivamente, según los cálculos de Dobyns un 95% de la población total de América murió en los primeros 130 años después de la llegada de Colón.⁸⁰ Incluso miembros de diferentes grupos indígenas declararon, durante la Cumbre Continental de Pueblos y Organizaciones, que desde siglos atrás han sido objeto de un proceso de genocidio.⁸¹ La Corte, como actor clave en el desarrollo de la consolidación democrática de la región americana toma en cuenta la problemática histórica y ha reflejado, a través de sus sentencias, una sensibilidad que considera los derechos fundamentales de los pueblos indígenas conforme a sus tradiciones en relación con su autodeterminación interna (3.1), la consolidación de la propiedad colectiva (3.2) y la visión cultural y espiritual de las comunidades indígenas (3.3), estableciendo así, una plataforma de reconciliación regional.

⁷⁸ [Aylwin, *op. cit.*, nota 23.] **J. Aylwin 2, *op.cit.*, nota.**

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Dobyns, H. F., *Their Number become Thined: Native American Population Dynamics in Eastern North America*, University of Tennessee Press, 1983.

⁸¹ Declaración de la Cumbre Continental de Pueblos y Organizaciones Indígenas, Mar del Plata, 2005, <http://www.cumbrecontinentalindigena.org/declaracion.php> (consultado el 14 de noviembre de 2008): “hemos sido víctimas por quinientos trece años de un proceso de genocidio, colonización y discriminación producto de ideologías y políticas imperiales, mismas que han violado nuestros derechos fundamentales. Cualquier diálogo entre pueblos indígenas, el Estado y la sociedad, debe tomar en cuenta la naturaleza colectiva e histórica de estos derechos”.

1. *La consideración de la autodeterminación interna*

En la mayoría de los asuntos contenciosos relativos a poblaciones indígenas, el Tribunal interamericano recuerda detenidamente la historia de las poblaciones indígenas y sintetiza en sus sentencias los principales elementos culturales, sociales y políticos de éstas.⁸² Por lo general, éste estudia debidamente el estatuto jurídico de la comunidad indígena así como los acuerdos celebrados entre los representantes de la comunidad y las autoridades públicas, según las disposiciones constitucionales o legislativas aplicables. Así, para dictaminar una sentencia la Corte considera los elementos sociales, culturales y políticos de cada comunidad. De esta manera, la autodeterminación interna de los pueblos indígenas es considerada por la jurisprudencia americana. Para respaldar lo anteriormente mencionado, se estudiarán brevemente el caso de la comunidad Alobeoetoe y de Yatama.

En la sentencia sobre las reparaciones del caso Alobeoetoe *vs.* Surinam,⁸³ el Tribunal interamericano se enfrentó ante la disyuntiva de aplicar las normas sucesorias de derecho interno o aplicar normas en vigor en el seno de la comunidad de los saramakas para pedir una distribución de las indemnizaciones.⁸⁴ La Comisión estableció ante la CIDH que la comunidad gozaba de perfecta autonomía interna —en particular, legislativa— la cual había sido concedida por un Tratado con Países Bajos el 19 de septiembre de 1762.⁸⁵ No obstante, la Corte estimó que el tratado, aunque vinculante para Surinam por sucesión, no era aplicable por ser contrario al principio de *jus cogens superveniens*. Efectivamente, la Corte Americana no aceptó la aplicabilidad del tratado, ya que éste organizaba un comercio *inter alia* de esclavos entre los saramakas y los Países Bajos.⁸⁶ Por lo tanto, las reparaciones

⁸² [Aylwin, *op. cit.*, nota 23.] **J. Aylwin 26, *op.cit.*, nota.**

⁸³ *Cfr.* Alobeoetoe y otros *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 60, núm. 15, § 56, 10 de septiembre de 1991.

⁸⁴ *Ibidem*, § 56.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*, § 57: La Corte no considera necesario investigar si dicho convenio es un tratado internacional. Sólo se limita a observar que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *jus cogens superveniens*. En efecto, en ese convenio, los saramakas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al gobernador de Surinam, quien les

no se hicieron de acuerdo a la autonomía que el tratado establecía. Por otra parte, cabe resaltar que la CIDH evitó pronunciarse explícita o directamente sobre la cuestión de la autodeterminación. En efecto, la Corte no buscaba que los saramakas constituyeran una comunidad con subjetividad internacional. Al contrario, la autonomía que reclamaba la tribu pertenecía al derecho público interno. Por ese motivo la Corte no estimó necesario averiguar si los saramakas gozaban de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. En lo que principalmente se concentró la Corte fue en saber si las leyes de Surinam relativas a derecho de familia se aplicaban a la tribu Saramaka. En este sentido, está considerado que las pruebas del caso permitieron deducir que las leyes de Surinam sobre esta materia no son eficaces en el contexto del pueblo. En efecto, los integrantes de la comunidad Saramaka se rigen por sus propias reglas, y la intervención de los tribunales nacionales, para registrar los matrimonios, los nacimientos y las defunciones, es prácticamente inexistente.

El caso *Yatama vs. Nicaragua*⁸⁷ es otro ejemplo en el que la Corte consideró la autodeterminación del pueblo Yatama como elemento propio a la cultura de éste. En relación a esta sentencia se analizó cómo la Corte estableció un régimen especial de protección a favor de las tradiciones políticas de Yatama. En efecto, se explicó por una parte, cómo el gobierno de Nicaragua actuó contrariamente a los usos y costumbres de los pueblos indígenas en relación a sus derechos de autodeterminación; y por otra parte, la posición de la Corte en contra del gobierno de Nicaragua. La organización Yatama surgió en la década de los setenta con el fin de promover el autogobierno comunal. La organización estaba conformada especialmente por miembros del pueblo indígena Miskitu, los cuales se agruparon en un principio para defender sus tierras comunales tradicionales. “Las comunidades indígenas consideraban a la organización como protectora y acuden a sus representantes” antes que a cualquier otra autoridad”.⁸⁸ Desde

pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura. Otro artículo faculta a los saramakas a vender a los holandeses, en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos.

⁸⁷ Caso *Yatama vs. Nicaragua*..., *cit.*, nota 68.

⁸⁸ *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*..., *cit.*, nota 60, § 58.

1990 la organización Yatama inició su participación en las elecciones regionales como asociación de suscripción popular.⁸⁹ Sin embargo, la Ley Electoral del 2000 eliminó la figura de suscripción popular, obligando a la organización a convertirse en partido político. En octubre de 2000, el Consejo Supremo Electoral notificó a Yatama que no podría participar en las elecciones municipales de 2000, insistiendo que “no consiguieron la personería jurídica dentro de los seis meses anteriores a la elección y que no habían presentado candidatos en el 80% de los municipios”,⁹⁰ condiciones indispensables para el registro electoral. Como resultado, los candidatos y a sus familias perdieron tiempo y dinero invertido durante la campaña. Asimismo, la organización salió perjudicada ya que no pudo contar con los representantes que ya se habían elegido. Finalmente, el no tener representantes indígenas ocasionó que la mayoría de las inversiones y proyectos fueran trasladados a lugares donde residen simpatizantes de quienes fueron electos.⁹¹

A partir de las anteriores consideraciones, la Corte concluyó lo siguiente:

Las decisiones adoptadas por el Consejo Supremo Electoral que afectaron la participación política de los candidatos propuestos por Yatama para las elecciones municipales de noviembre de 2000 no se encontraban debidamente fundamentadas ni se ajustaron a los parámetros consagrados en el artículo 8.1 de la Convención Americana, por lo que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en dicho artículo, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los referidos.⁹²

⁸⁹ Caso Yatama vs. Nicaragua..., *cit.*, nota 68.

⁹⁰ *Ibidem*, § 110.

⁹¹ *Ibidem*, § 164. Esto implicaba que cualquier organización podía participar en las elecciones si recogía cierto número de firmas y no se exigía la presentación de candidatos en todas las circunscripciones territoriales.

⁹² *Idem*. Las comunidades no tienen representación en el Poder Legislativo, aun cuando los indígenas constituyen el 80% de la población de la RAAN, el 20% de la RAAS y el 15% de la población nacional. Sólo cinco diputados representan a la RAAN y a la RAAS, los cuales pertenecen a los partidos tradicionales, y ninguno tiene una visión indígena. Los siete miembros del Consejo Supremo Electoral pertenecen a los partidos políticos tradicionales, y ninguno de ellos es indígena.

Por otra parte, la opinión del juez Sergio Ramírez demuestra la posición de la Corte a favor de la autodeterminación política de los indígenas a través de sus organizaciones:

De lo que se trata, en la especie, es de favorecer la participación de las personas en la conducción de sus propias vidas, a través de la actividad política. En consecuencia, es preciso ver la forma en que ese favorecimiento debe presentarse, conforme a las condiciones específicas en que se hallan quienes son titulares en concreto de derechos que no deben analizarse en abstracto. Para este fin, es preciso remover obstáculos específicos, considerar alternativas de organización, proveer, medidas, en suma, crear una circunstancia que permita a ciertos individuos, en determinada situación característica, alcanzar los objetivos que persiguen los derechos humanos en materia política.⁹³

Es importante recordar que el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación interna tiene una estrecha relación con el derecho a la propiedad. En efecto, para poder ejercer una autodeterminación política es necesario establecer un territorio en dónde ésta tenga efecto. El derecho de propiedad cristaliza otro punto de conflictividad regional, en el cual la Corte Interamericana interviene para favorecer los derechos indígenas a través de una interpretación constructiva y dinámica de la jurisprudencia americana.

2. *La consolidación del derecho de propiedad colectiva*

Hoy en día existe un movimiento de crecientes reivindicaciones manifestadas por los pueblos indígenas en relación con sus tierras ancestrales; muchas de las cuales se perdieron a lo largo de la colonización o como resultado de masivas prácticas estatales y/o empresariales, en un periodo más contemporáneo. En este sentido, es oportuno resaltar el dinamismo de la Corte que, a través de la interpretación dinámica y constructiva de las disposiciones convencionales del Pacto de San José, ha reconocido y consolidado el principio de la propiedad colectiva de las comunidades autóctonas. Ahora bien, a pesar de

⁹³ *Ibidem*, § 164, 23 de junio de 2005; García Ramírez, S., “Voto concurrente”, en anexo de caso *Yatama vs. Nicaragua...*, *cit.*, nota 68.

que el debate en torno al derecho de propiedad de los indígenas es de actualidad, cabe recordar que el enfoque jurídico y sociológico en la protección especial de los pueblos indígenas a través del prisma del derecho de propiedad, está instalado desde los inicios del establecimiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Prueba de ello es el debate que tuvo lugar durante los trabajos preparatorios del Pacto de San José, en el cual se sustituyó el principio normativo de “toda persona tiene el derecho de propiedad privada”, por el siguiente: “a toda persona tiene derecho a utilizar y gozar de sus bienes”.⁹⁴ Basándose en esto, la Corte ha demostrado una interpretación flexible de los derechos de las comunidades indígenas, la cual está fundada en el alcance, el sentido y la finalidad de las disposiciones y derechos contemplados en la Convención Americana. En este apartado primeramente se mencionaran tres casos en los cuales la Corte se pronunció a favor de una interpretación amplia del derecho de la propiedad de las comunidades indígenas. Posteriormente, a través de dos casos más se establecerá, primero la relación entre propiedad colectiva y la importancia del medio ambiente. Finalmente, tres casos más ilustrarán, primero, cómo la Corte se posicionó en contra de los legalismos nacionales que afectan el pleno disfrute del derecho de la propiedad indígena. El segundo caso demostrará el dictamen de la Corte que concierne el derecho al gozo de las tierras ancestrales indígenas. Por último se explicará cómo la jurisprudencia de la Corte no es sólo favorable a la protección de las comunidades indígenas sino también de las comunidades triviales.

La Corte desde 2001,⁹⁵ expresó su posición cuando el Estado vulnera el derecho a la propiedad colectiva de los miembros de una comunidad autóctona. Por ejemplo, en la sentencia del caso de la comu-

⁹⁴ Véase el artículo 21, nota 30.

⁹⁵ Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 22. La Corte Interamericana estableció claramente que el Estado, al no delimitar claramente su territorio y al no conceder un título de propiedad a las comunidades indígenas sobre éste, violó el artículo 21 de la Convención Americana. A la luz de este artículo la Corte Interamericana está consciente también de la responsabilidad del Estado, cuando éste comete o tolera actos que afecten al uso o al disfrute de los bienes situados en la zona geográfica habitada por los indígenas y en el seno de la cual ejerzan sus actividades.

nidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua,⁹⁶ el Tribunal interamericano interpretó el concepto de propiedad tomando en cuenta las peculiaridades de los pueblos indígenas, entre las cuales destacaron las prácticas consuetudinarias de la comunidad. Así, ésta determinó que aunque los miembros de la comunidad no tenían un título legal formal sobre sus tierras tradicionales, ni colectiva ni individualmente, la simple posesión de la tierra era condición suficiente para lograr la obtención y el registro de sus tierras.⁹⁷

No hay duda que la preocupación por mantener el vínculo entre los pueblos indígenas y sus tierras a través de la protección del derecho de propiedad siempre está presente dentro de la línea jurisprudencial de la Corte. El caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam⁹⁸ constituye un buen ejemplo de la confrontación entre la acción del Estado y la interpretación sociológica de la Convención Americana a favor del derecho de la propiedad de las comunidades indígenas. Es oportuno analizar brevemente los elementos históricos que componen esta sentencia. El 29 de noviembre de 1986 la comunidad Moiwana fue atacada por elementos militares. Como consecuencia de este ataque los habitantes de esta comunidad tuvieron que partir en el exilio de sus tierras ancestrales. Después de haber investigado detalladamente este caso, la Corte dictaminó que el gobierno de Surinam no estableció las condiciones ni los medios que permitieran a los miembros de la comunidad establecerse de nuevo en su territorio ancestral, de manera segura y pacífica. Además, éste no brindó las condiciones necesarias para llevar a cabo una investigación de los hechos relativos al ataque.⁹⁹ Igualmente, la Corte examinó la relación que mantienen los miembros de la aldea de Moiwana con sus tierras. Así, ésta determinó que el ataque militar y las consecuencias de éste, violaron el derecho al uso y goce que los miembros le dan a las tierras de la aldea. En efecto, es importante recordar que para los pueblos indígenas el nexo comunal con el territorio ancestral constituye un elemento material y espiritual de su vida, del cual deben gozar plenamente para poder preservar su legado cultural y transmitirlo a las genera-

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ Caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 21, § 129.

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ *Ibidem*, § 128.

ciones futuras.¹⁰⁰ Paralelamente a esta observación, la Corte estableció que el Estado de Surinam omitió realizar una investigación que esclareciera los hechos ocurridos en Moiwana. De esta manera, el Tribunal responsabilizó al Estado de Surinam y condenó la omisión deliberada de la investigación, a la luz de una lectura coordinada de los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana, por la violación del derecho de propiedad de los pueblos indígenas.¹⁰¹ Finalmente, la Corte instó al Estado de Surinam a reconocer a los miembros de Moiwana como los propietarios legítimos de su territorio tradicional.

En el caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay,¹⁰² dictado dos días después de la lectura del caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam, la Corte reiteró firmemente su posición jurisprudencial a favor del derecho de la propiedad comunal indígena. En esta sentencia se juzgó de nuevo un caso de una comunidad indígena a la cual se le privó del derecho de establecerse en su territorio ancestral.¹⁰³ En esta sentencia, la Corte reiteró que la propiedad comunal de las tierras ancestrales cobra una significación especial para los pueblos indígenas por dos razones. La primera tiene que ver con la visión, la forma de vida y con su forma de actuar en el mundo. La segunda con la estrecha relación que mantienen las comunidades indígenas con sus territorios tradicionales y con los recursos que allí se encuentran.¹⁰⁴ La Corte formalizó estos dos argumentos bajo el amparo del artículo 21 de la Convención. En efecto, cabe recordar que aunque Paraguay reconoció en su ordenamiento interno el derecho a la propiedad comunitaria, éste no adoptó los mecanismos internos adecua-

¹⁰⁰ *Ibidem*, §§ 130 y 131.

¹⁰¹ Caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 21, § 86.6. Véase, también, Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, nota 32, p. 294.

¹⁰² Caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22.

¹⁰³ *Idem*. Véase, también, caso de las Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 130, 8 de septiembre 2005; y los comentarios de Cançado Trindade, A. A., "Voto razonado", en anexo de caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22.

¹⁰⁴ Sobre contratos de concesión de derechos de explotación otorgados por el Estado a empresas privadas, en reservas indígenas, véase, especialmente, Fondo Comunal Indígenas Mayas del Distrito de Toledo *vs.* Belice, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 40/04, 12 de octubre 2004. Véase, también, Anaya, S. J. y Williams, R. A., *op. cit.*, nota 28.

dos y necesarios para garantizar el uso y goce efectivo de las tierras de la comunidad Yakye Axa, amenazando a su vez el libre desarrollo y la transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.¹⁰⁵ Además, la privación de las tierras ancestrales llevó a los Indígenas a un claro estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, la cual amenazó la supervivencia de la comunidad.¹⁰⁶ Por este motivo la Corte admitió que la privación de las tierras ancestrales de la comunidad Yakye Axa vulneró el derecho a la propiedad colectiva en dos sentidos. El primero fue sobre la base de los artículos 8o. (garantías judiciales),¹⁰⁷ 21 (derecho a la propiedad privada)¹⁰⁸ y 25 (protección ju-

¹⁰⁵ Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay..., *cit.*, nota 22, § 135.

¹⁰⁶ *Ibidem*, § 3.

¹⁰⁷ El artículo 8o. de la Convención Americana sobre las garantías judiciales establece: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

¹⁰⁸ Véase nota 30.

dicial)¹⁰⁹ de la Convención, y el segundo sobre el artículo 4o. (derecho a la vida)¹¹⁰ del mismo instrumento.

La Corte demuestra en sus sentencias una voluntad constante por promover la concretización y la efectividad del derecho de propiedad comunal indígena. Ciertamente la Corte interpreta las disposiciones convencionales del Pacto de San José de acuerdo a una amplia valoración de los derechos humanos, según los valores de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la Corte ha relacionado¹¹¹ el derecho de propiedad colectiva con el derecho humano al medio ambiente.¹¹² El

¹⁰⁹ El artículo 25 de la Convención Americana sobre la Protección Judicial establece: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

¹¹⁰ El artículo 4o. de la Convención Americana sobre el Derecho a la Vida establece: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.

¹¹¹ Véase Daes, E. Irene, *Prevención de Discriminaciones y Protección a los Pueblos Indígenas y a las Minorías. Las Poblaciones Indígenas y su Relación con la Tierra*, Consejo Económico y Social. Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001.

¹¹² Referirse sobre este tema a Berraondo López, M., “El caso Awás Tingni: La esperanza ambiental indígena”, en *id.* (ed.), *El caso Awás Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2003.

caso masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala¹¹³ es una muestra de este vínculo. En este caso la estrecha relación entre el derecho de propiedad colectiva y el de medio ambiente¹¹⁴ se fundamentó en dos axiomas. El primero estableció que las culturas indígenas “no contemplan la opción del disfrute individual del derecho al medio ambiente, porque la unidad social desde la que se articula la vida y la cultura es la comunidad”.¹¹⁵ Y finalmente, el segundo afirmó que la legitimidad de:

La acción... especial e interdependiente que une a los pueblos indígenas con su medio ambiente y les exige [adoptar] medidas de protección y respeto sostenibles, gracias a las cuales han conseguido mantener intacto, o con muy poca influencia la mayor parte de los territorios indígenas, mientras los pueblos no indígenas destrozaban totalmente sus tierras y territorios.¹¹⁶

Es importante recordar que la Corte Interamericana ha ampliado el derecho de propiedad de los pueblos indígenas con el fin de abarcar el respeto y el uso pleno de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras.¹¹⁷ Efectivamente, la Corte estableció en el caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay¹¹⁸ que “el derecho a la salud es tributario del uso y goce de estos recursos naturales esenciales para la práctica de la medicina tradicional”. Así el derecho de propiedad es indispensable para tener acceso a la obtención de alimento y de agua limpia.¹¹⁹ De tal manera, el Tribunal estableció una

¹¹³ Caso masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala..., *cit.*, nota 61.

¹¹⁴ *Ibidem*, § 85: Este tribunal observa que las víctimas del presente caso pertenecientes al pueblo indígena maya, de la comunidad lingüística Achí, poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Para los miembros de estas comunidades la armonía con el ambiente se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza.

¹¹⁵ Berraondo López, M., “Pueblos indígenas no contactados ante los derechos humanos”, en *id.* (ed.), *Pueblos indígenas no contactados ante el reto de los derechos humanos. Un camino de esperanza para los tagaeri y taromenani*, 59, Cicame-CDES, 2005.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, nota 32, p. 295.

¹¹⁸ Caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22.

¹¹⁹ *Ibidem*, § 167.

estrecha relación entre el derecho a una vida digna y el derecho a la identidad cultural".¹²⁰ En resumen, en el caso de la comunidad Yakye Axa, la Corte, por una parte, buscó ampliar la protección del derecho de propiedad colectiva indígena. Y por otra parte, reconoció la responsabilidad del Estado de Paraguay, a la luz del artículo 4o. (derecho a la vida) de la Convención Americana. En efecto, el gobierno de Paraguay no respetó el uso que los pueblos indígenas le dan a sus recursos naturales, de acuerdo a sus propias tradiciones y cultura.¹²¹

Igualmente, la Corte ha buscado consolidar el derecho de la propiedad indígena frente a los legalismos nacionales que perjudican las tradiciones indígenas en relación a sus tierras. Por lo general, en las sociedades industrializadas el derecho de propiedad tiene una función social fundada en la propiedad privada. Sin embargo, el derecho de propiedad para las comunidades indígenas tiene una finalidad que va más allá de las consideraciones individuales y cobra un sentido colectivo e incluso espiritual.¹²² En efecto, los conceptos de propiedad y posesión de la tierra "no se centra[n] en un individuo sino en el grupo y su comunidad".¹²³ Para reforzar esta protección y consciente de las peculiaridades de los pueblos indígenas en cuanto a sus relaciones con la tierra y los recursos naturales que se encuentran en éstas, la Corte Interamericana ha dado especial enfoque en la protección de la posesión de sus tierras ancestrales:

Por un lado, en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.¹²⁴ Por otro lado, en el caso de la comunidad Moiwana, la Corte consideró que los

¹²⁰ *Ibidem*, § 168.

¹²¹ *Ibidem*, § 170. En consecuencia, con lo dicho anteriormente, la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna. En este sentido, véase, también, caso de las Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana..., *cit.*, nota 103, §§ 167 y ss.

¹²² *Cfr.* caso comunidad indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22, § 118.

¹²³ *Ibidem*, § 120.

¹²⁴ Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 22, § 151.

miembros del pueblo N'djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros.¹²⁵ Finalmente, en el caso comunidad indígena Yakye Axa, el Tribunal consideró que los miembros de la comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de indemnización que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita.¹²⁶

Es importante resaltar que la Corte ha reforzado la finalidad del derecho de propiedad de las tierras ancestrales de los indígenas. Recientemente, en el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay¹²⁷ la Corte dictaminó que la privación del hábitat tradicional de la comunidad indígena Sawhoyamaxa ocasionó el desplazamiento de sus miembros hacia tierras ajenas a sus tradiciones y necesidades. Este desplazamiento tuvo un impacto directo y manifiesto sobre dicha comunidad en la medida en que sus miembros tuvieron que hacer frente a distintas dificultades entre las cuales se pueden citar: situación de pobreza extrema; bajos niveles de salud y atención médica; prácticas de explotación laboral; restricciones en la posesión de cultivos y ganado propio y finalmente en la libre práctica de actividades tradicionales de subsistencia. Por su parte, la Corte se pro-

¹²⁵ Caso de la comunidad Moiwana *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 21, § 134.

¹²⁶ Caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22, §§ 124-131.

¹²⁷ Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22. Hay que resaltar que la comunidad indígena Sawhoyamaxa está formada por alrededor de 400 personas. A finales del siglo XIX, y como consecuencia de la deuda del Paraguay que resultó de la Guerra de la Triple Alianza, empresarios británicos adquirieron, a través de la bolsa de valores de Londres, grandes extensiones de territorios del Chaco paraguayo, las cuales cubrían las principales tierras de hábitat de la comunidad Sawhoyamaxa. La economía de este pueblo radicaba esencialmente en la caza, la recolección y la pesca; así, los miembros de esta comunidad establecían una dependencia con sus tierras ancestrales. En estas mismas tierras, posteriormente comenzaron a instalarse varias misiones de la Iglesia anglicana. Como consecuencia, de la transferencia de tierras a la Iglesia anglicana, se estableció una nueva concepción la propiedad, en la cual destacó el carácter privado. Adicionalmente, el fenómeno estuvo acompañado por restricciones dirigidas contra los indígenas desprovistos de acceso a sus tierras tradicionales, llevando a substanciales trastornos y cambios en sus prácticas tradicionales de subsistencia.

nunció a favor del restablecimiento de las tierras ancestrales de la comunidad. En este caso, es importante recordar que la Corte fortaleció y amplió su criterio al establecer un nexo causal entre la precariedad de las condiciones de vida de los integrantes de esta comunidad y la privación de sus tierras ancestrales. Posteriormente, esta relación justificó la responsabilidad del Estado de Paraguay frente a las muertes de los indígenas.¹²⁸

Para concluir, cabe recordar que la consolidación del derecho de propiedad indígena no se limita a las comunidades indígenas. Efectivamente, la Corte protege de la misma manera a las comunidades y a las tribus indígenas. Claro ejemplo es el caso del pueblo Saramaka *vs.* Surinam,¹²⁹ en el cual se admitió que:

la jurisprudencia de la Corte respecto al derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.¹³⁰

Los hechos que dieron lugar a esta sentencia se remontan a la década de los años sesenta, cuando la inundación proveniente de la construcción de una reserva hidroeléctrica llevó al desplazamiento del pueblo Saramaka. Ante esta situación, los miembros de esta tribu se vieron obligados a desplazarse fuera de su territorio. Además la inundación ocasionó la reducción de los recursos naturales de la zona, la destrucción de los sitios sagrados Saramaka. Finalmente, la Corte juzgó que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas se distinguen de otras secciones de la comunidad nacional por dos razones principales. La primera alude a la relación especial existente con sus territorios ancestrales y la segunda, a la forma en que la comunidad se regula y gobierna de acuerdo a sus normas costumbres y tra-

¹²⁸ *Cfr.* caso comunidad indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 22, § 156.

¹²⁹ Caso del pueblo Saramaka *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 22.

¹³⁰ *Ibidem*, § 86.

diciones.¹³¹ A partir de estas consideraciones, la Corte procedió a una lectura coordinada de los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno)¹³² de la Convención Americana, para dejar un legado en el cual “la contextualización e interpretación de estos derechos por parte de la Corte obligaron a los Estados a adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente”.¹³³

En relación al derecho de propiedad a los indígenas es importante recordar que:

Puesto que la Corte Interamericana interpreta específicamente el derecho de propiedad establecido en el artículo 21 del Convenio Americano de Derechos Humanos, la decisión establece directamente obligaciones legales para todos los países firmantes de ese Convenio y todos los miembros de la OEA. La decisión no impone obligaciones legales para los países que no son miembros de la OEA. Sin embargo, la decisión establece una norma internacional para la comprensión del derecho a la propiedad que es afirmado por otros instrumentos por los cuales muchos de estos países están obligados, tales como: Convenio Internacional de Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, artículo 5o.(d)(v); la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17(1); la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ar-

¹³¹ Dicho caso se apoyó en tres pilares: primero, la Comisión Americana de Derechos Humanos alegó que el Estado no había adoptado medidas efectivas para reconocer el derecho de los pueblos indígenas al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente. Segundo, el Estado violó el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no asegurarles un acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, en particular el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales. Finalmente, el Estado no adoptó la disposiciones de derecho interno que la Corte Interamericana solicitó, para asegurar y respetar estos derechos del pueblo Saramaka.

¹³² El artículo 2o. de la Convención Americana sobre el Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹³³ Caso del pueblo Saramaka *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 22, § 91.

título 14; y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT 169), artículo 4o., 13 y 18. La decisión también da mayor legitimidad al reconocimiento y la promoción de los derechos de los Pueblos Indígenas en el contexto del desarrollo sustentable como lo contempla el Programa XXI, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Declaración de Principios para el Manejo Sustentable de los Bosques.¹³⁴

En este apartado se analizó cómo el sistema interamericano y particularmente, la Corte Interamericana, sirven como un espacio en dónde los pueblos y las tribus indígenas recurren para hacer valer los derechos de propiedad. En efecto, a través de los casos mencionados anteriormente se constató que la Corte integra en su jurisprudencia el derecho a la propiedad colectiva. Cabe resaltar que la jurisprudencia de la Corte relaciona el derecho de la propiedad colectiva con los recursos naturales y el medio ambiente. Además, en los ejemplos mencionados la jurisprudencia de la Corte adoptó una posición favorece el respeto del derecho de la propiedad indígena más allá de los legalismos nacionales. Finalmente, en el último ejemplo se constató que la interpretación sociológica del Pacto de San José considero el derecho a la propiedad de las tierras ancestrales de los grupos indígenas. Es importante recordar que el Tribunal interamericano no sólo considera las particularidades de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, a continuación se explicará cómo la jurisprudencia americana protege también los derechos culturales y espirituales de las comunidades indígenas.

3. Una visión protectora de la integridad cultural y espiritual de los indígenas

Tomando en cuenta la interpretación sociológica de la Convención Americana, la Corte Interamericana encontró un nuevo debate jurídico en torno al régimen especial de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, en particular a los derechos culturales y religiosos de las comunidades indígenas. En esta sección se

¹³⁴ Armstrong Wiggins, Biodiversity. Conocimiento, conservación, sustentabilidad, Ottawa, Ontario, vol. 3, núm. 3, agosto de 2002, <http://alainet.org/active/2967&lang=es>.

abordará el tema del reconocimiento del elemento cultural (3.3.1) para resolver aquellos aspectos relativos a la reparación por la violación a los derechos humanos y también se explicará brevemente cómo la religión de los pueblos indígenas (3.3.2) es un elemento de gran importancia dentro la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

A. *El reconocimiento de los derechos culturales*

En relación a los derechos culturales de las etnias indígenas, es importante recordar que hasta la fecha no se han presentado, ni en la Corte ni en la Comisión, alegaciones explícitas sobre el reconocimiento de éstos. Sin embargo, a través de la jurisprudencia de la Corte se ha constatado que el Tribunal toma una posición favorable al reconocimiento de los derechos culturales de las comunidades indígenas. Por ejemplo en el caso *Aloeboetoe vs. Surinam*:¹³⁵

Al momento de proceder a determinar las indemnizaciones se encontró con particularidades culturales propias de esta comunidad; en efecto la Corte siguió el criterio que los titulares de las indemnizaciones debían ser, entre otros, los hijos del cónyuge y los ascendientes de las víctimas, todos determinados de acuerdo al derecho titulares de derecho local. Así se encontró con que los potenciales herederos de las víctimas pertenecían a una comunidad indígena que se regía en sus relaciones familiares por su costumbre y no por la normativa de Surinam. Ante la disyuntiva de qué derecho aplicar, la Corte optó por seguir el derecho consuetudinario de la comunidad, fundado en que éste era el derecho eficaz en la región.¹³⁶

¹³⁵ Sobre la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de siete personas pertenecientes a una comunidad indígena a manos del ejército de Surinam.

¹³⁶ Nash Rojas, C. E., “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en [Aylwin, *op. cit.*, nota 23.] Aylwin Oyarzun, J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Universidad de la Frontera, International Work Group for Indigenous Affairs, 2004.

B. *La libertad y el respeto de los derechos religiosos*

Para la Corte Interamericana la libertad de religión de los pueblos indígenas es de suma importancia. En efecto, la jurisprudencia interamericana considera las tradiciones religiosas de los pueblos indígenas. Prueba de ello, es el interés por conocer los derechos que los Estados brindan a las comunidades indígenas para llevar a cabo sus ceremonias fúnebres, conforme a sus tradiciones culturales. Efectivamente, la Corte considera que los Estados, al no respetar las tradiciones fúnebres de los pueblos indígenas, violan el artículo 12¹³⁷ de la Convención Americana. Por ejemplo, en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*¹³⁸ y el caso *masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*,¹³⁹ la Corte integró los valores culturales y religiosos de los indios mayas de Guatemala para establecer su dictamen final. Así, en estas dos sentencias, la Corte reconoció que “las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados”.¹⁴⁰ A continuación se explicarán brevemente algunos de los elementos que componen estas sentencias.

En el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, la Corte condenó al Estado de Guatemala por la desaparición forzada del señor Bámaca Velásquez. Se debe recordar que el señor Velásquez era un indígena

¹³⁷ El artículo 12 de la Convención Americana sobre la Libertad de Conciencia y de Religión establece que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

¹³⁸ Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala...*, *cit.*, nota 61.

¹³⁹ Caso *masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala...*, *cit.*, nota 61.

¹⁴⁰ *Ibidem*, § 85.

comandante de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) que participó en las negociaciones de los acuerdos de paz en Guatemala por parte de la URNG. El 12 de marzo de 1992 se produjo un enfrentamiento entre la guerrilla y el ejército, en esa ocasión Bámaca Velásquez fue detenido. Posteriormente, se le trasladó al menos a tres destacamentos militares en dónde fue sometido a tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes que lo llevaron a la muerte. Hasta la fecha se desconoce el paradero de los restos mortales de Bámaca Velásquez. En respuesta a dichos acontecimientos, la Corte exigió al gobierno guatemalteco localizar el cuerpo del líder indígena, para así proceder a una exhumación y desplazar los restos mortales de la víctima al cementerio elegido por la familia.¹⁴¹ La Corte reconoció la “debida importancia”¹⁴² de esta obligación del Estado, cómo medida de reparación. Además, en la sentencia se tomaron en cuenta las tradiciones fúnebres de la cultura maya, en especial aquellas tradiciones que corresponden a la etnia Mam, las cuales aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos.¹⁴³ Finalmente, la Corte consideró el derecho a la verdad como medio de reparación para la víctima y sus familiares. De esta manera, la Corte se enfocó en la dimensión social del derecho a la verdad al señalar que “la sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro”.¹⁴⁴

Por otra parte, en la sentencia Plan de Sánchez, la Corte consideró que el derecho de los pueblos indígenas Maya Achí fue vulnerado durante la masacre del departamento Plan de Sánchez. En efecto, la Corte argumentó que el Estado de Guatemala violó los derechos de

¹⁴¹ Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala..., *cit.*, nota 61.

¹⁴² Cançado Trindade, A. A., “Voto razonado”, en anexo de caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala, Sentencia sobre el Fondo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 70, 25 de noviembre 2000.

¹⁴³ Caso Bámaca Velásquez *vs.* Guatemala..., *cit.*, nota 61. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo “rendir respeto a Efraín [la víctima], para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados”, así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena.

¹⁴⁴ *Ibidem*, § 77.

las víctimas de la masacre, al permitir que éstas fueran enterradas en fosas comunes, y sin tomar en cuenta que los rituales mortuorios de los Maya Achí duran nueve días. Igualmente, el Tribunal señaló que los sobrevivientes de la comunidad tuvieron que esperar hasta 1994 para poder enterrar a las víctimas indígenas de la masacre conforme a sus tradiciones y creencias religiosas. Por su parte, durante la audiencia pública dirigida por la Corte Interamericana, el gobierno guatemalteco aceptó su responsabilidad internacional ante los hechos ocurridos en el departamento de Plan de Sánchez, admitiendo el incumplimiento del derecho que el Estado debe de permitir para “manifestar las creencias religiosas, espirituales y culturales de los familiares de las... víctimas y miembros de la comunidad”.¹⁴⁵

Los más de cuarenta millones de mujeres, hombres y niños indígenas americanos organizados en unos 400 pueblos, en casos mayoritarios en otros minoritarios dentro de la población total de cada país, son en todos los casos actores necesarios para el pleno desarrollo de las identidades y culturas nacionales, y su contribución económica, política y social es indispensable para el pleno funcionamiento de sus democracias e instituciones en el continente americano.¹⁴⁶ El respeto y la promoción de los derechos políticos, los relacionados con la propiedad y la integridad cultural y religiosa de los grupos indígenas son piezas clave para consolidar democracias genuinamente participativas en los Estados miembros de la OEA. En este sentido, se debe de reconocer el papel de la jurisprudencia de la Corte Interamericana ya que ésta establece una plataforma para fortalecer y promover los derechos de los grupos y las comunidades indígenas.

IV. CONCLUSIÓN

A través del estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se constató el papel precursor de ésta en la protección de los derechos indígenas y en la consolidación democrática de la región. La Corte, gracias a la interpretación sociológica y “evolutiva” de los tra-

¹⁴⁵ Caso masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala..., *cit.*, nota 21, § 36.4.

¹⁴⁶ <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Cap.1.htm#2.%20%20%20%20%20%20%20%20EL%20SISTEMA%20INTERAMERICANO%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20LOS%20DERECHOS%20DE%20LOS%20IND%3%8DGENAS%C2%A0>.

tados relativos a los derechos humanos,¹⁴⁷ va más allá de los legalismos nacionales que durante tiempo se usaron para despojar a los pueblos indígenas de sus derechos. Así, la Corte Interamericana ha promovido un nuevo paradigma entorno a los derechos humanos, el cual busca fomentar y cimentar una interpretación sociológica que integre y respete las tradiciones, la cultura y la historia de las comunidades indígenas y tribales.

Sin embargo, cabe recordar que el dinamismo de la Corte, a favor de la consideración de la heterogeneidad de las sociedades americanas, no se desarrolló *ex nihilo*, sino que la incorporación del concepto de protección especial de los indígenas en el discurso jurídico está presente desde 1972 en la resolución adoptada sobre el problema de la “Protección especial para las poblaciones indígenas. Acción para combatir el racismo y la discriminación racial”.¹⁴⁸ En esta resolución, la Comisión Interamericana señaló que “por razones históricas y por principios morales y humanitarios, la protección especial de las poblaciones indígenas constituye un compromiso sagrado de los Estados”.¹⁴⁹ Al igual que la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana considera seriamente este principio para desarrollar una jurisprudencia constructiva y dinámica a favor de la protección de las peculiaridades de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En relación al impacto internacional se debe reconocer que el Tribunal interamericano ha contribuido a la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos ya que éste toma en consideración el pluralismo de las sociedades americanas y establece una plataforma de reconciliación general. Sin duda, el aporte sociológico la jurisprudencia de esta instancia regional ha contribuido a una verdadera humanización del derecho internacional.¹⁵⁰ Además, cabe resaltar que esta jurisprudencia cobra una creciente importancia en el marco del debate actual en torno al los derechos culturales y religio-

¹⁴⁷ *Cfr.* caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua..., *cit.*, nota 20; caso comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 20; comunidad indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay..., *cit.*, nota 20.

¹⁴⁸ Para un análisis prospectivo, véase Situación de los Derechos Humanos de las Personas y Pueblos Indígenas en las Américas; documento disponible en <http://www.cidh.org/indigenas/Presentacion.htm> (consultado el 15 de noviembre 2008).

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ Cançado Trindade, A. A., *A Humanização do Direito Internacional*, Del Rey, 2006.

sos, los cuales se relacionan con otros derechos, tales como el derecho a la propiedad o el derecho a la participación política.¹⁵¹

Finalmente, se debe de reconocer que la jurisprudencia de la Corte Interamericana fortalece otras iniciativas que buscan proteger y hacer valer los derechos humanos de los indígenas. Por ejemplo, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁵² integra los avances realizados por la Corte Interamericana. Ahora bien, si en la Declaración no se contemplan “derechos especiales” para los indígenas, la interpretación y el contenido de ésta establecen una nueva concepción de la dialéctica de los derechos fundamentales. Al igual que la Corte, la Declaración de los Pueblos Indígenas, busca consolidar el respeto de los derechos indígenas,¹⁵³ considerando las circunstancias culturales, históricas, sociales y económicas específicas de sus pueblos.¹⁵⁴

¹⁵¹ *Cfr.* caso del pueblo Saramaka *vs.* Surinam..., *cit.*, nota 22.

¹⁵² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Asamblea General. Naciones Unidas, UN Doc. A/RES/61/295, 10 de diciembre 2007.

¹⁵³ Véase Anaya, S. James, Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluidos el Derecho al Desarrollo, Asamblea General. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, UN Doc. A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008.

¹⁵⁴ La Declaración presenta una lista detallada de los derechos que constituyen “las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo” (artículo 43 de la Declaración). La Declaración reafirma los derechos individuales fundamentales a la igualdad y la no discriminación, a la vida y la integridad personal, a la libertad, a la nacionalidad y al acceso a la justicia, y exhorta a que se preste particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas. Al mismo tiempo, la Declaración establece derechos de carácter colectivo en relación con el autogobierno y las instituciones políticas, jurídicas, sociales y culturales autónomas; la integridad cultural, incluidos los objetos culturales y espirituales, los idiomas y otras expresiones culturales; las tierras, territorios y recursos naturales; los servicios sociales y el desarrollo; los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos; y la cooperación transfronteriza.