

**ANUARIO MEXICANO
DE DERECHO
INTERNACIONAL**
XV - 2014

Anuario Mexicano de Derecho
Internacional

ISSN: 1870-4654

amdi_iiij@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

Estupiñán-Silva, Rosmerlin

Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la
jurisprudencia interamericana de derechos humanos

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIV, 2014, pp. 581-616

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402740630016>

- 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

Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos *culturales* inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos

Indigenous and Tribal Peoples: the Construction of Inherent Cultural Contents in the Inter-American Case Law of Human Rights

Rosmerlin Estupiñán-Silva*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Un método universal de interpretación subyacente*. III. *La construcción de contenidos culturales inherentes*. IV. *Consideraciones finales*. V. *Bibliografía citada*.

* Abogada colombiana; magister en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales; PhD en Derecho e investigadora en el seno del GEDILAS-IREDIES: *Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona- Instituto de Investigaciones en Derecho Internacional y Europeo de la Sorbona* (París, Francia).

Contacto: rosmerlin.estupinan@yahoo.com. GEDILAS-IREDIES: <http://www.univ-paris1.fr/centres-de-recherche/iredies/menu-haut-iredies/activites/gedilas/>.

Artículo recibido el 31 de marzo de 2013
Aprobado para publicación el 11 de septiembre de 2013

RESUMEN: El juez interamericano ha entendido que un derecho convencional desprovisto de un análisis cultural tendría una validez ilusoria para millones de habitantes del continente americano. En este artículo de investigación defendemos que, haciendo uso de un método universal de interpretación, el juez interamericano desarrollará ampliamente el contenido de los derechos convencionales a través de técnicas precisas de interpretación, entre ellas, la teoría de los contenidos inherentes que se encuentra en pleno proceso de construcción y ha venido aplicándose *ratione personae* y *ratione materiae*.

Palabras clave: pueblos indígenas y tribales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia, métodos de interpretación, contenidos inherentes.

ABSTRACT: The Inter-American judge has found that a conventional right, devoid of a cultural analysis, would be an illusory right for millions inhabitants of the American continent. In this research paper we argue that, using a method of universal interpretation, the Inter-American judge has largely developed the content of the conventional rights through interpretation methods and precise tools, including the theory of the inherent contents, that is in the process of construction and has been applied *ratione personae* and *ratione materiae*.

Descriptors: Indigenous and Tribal Peoples, Inter-American Human Rights Court, jurisprudence, interpretation methods, inherent contents.

RÉSUMÉ: Le juge inter-américain a compris qu'un droit conventionnel qui ne fasse par l'objet d'une analyse culturelle aura une validité illusoire pour des millions d'habitants du continent américain. Dans cet article de recherche, nous défendons que, en faisant usage d'une méthode universelle d'interprétation, le juge inter-américain va développer largement le contenu des droits conventionnels à travers des techniques précises d'interprétation, parmi lesquelles, la théorie des contenus inhérents qui est en plein processus de construction et est en train de s'appliquer *ratione personae* et *ratione materiae*.

Mots-clés: peuples autochtones et tribaux, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, jurisprudence, méthodes d'interprétation, contenus inhérents.

I. INTRODUCCIÓN

1. Aspectos preliminares

El derecho es uno de los tres ejes conceptuales sobre los cuales se debe trazar el esbozo de la realidad de los pueblos indígenas y tribales en el continente americano. Los otros dos son la tierra y la identidad. La tierra, porque desde un principio las relaciones entre los indígenas y los colonizadores se establecieron en términos de desplazamiento y control territorial: durante los procesos de resistencia del siglo XVI o de la actualidad, en las interminables reclamaciones jurídicas a instancias estatales relacionadas con el constante y progresivo despojo territorial indígena y tribal, en el valor simbólico que la tierra posee para los pueblos tradicionales y en la ineludible necesidad económica de subsistir individual y colectivamente, la importancia de la tierra es patente y frontal.

El derecho se integra como instrumento de estructuración de las políticas estatales, desde la constitución de los primeros repartimientos de los conquistadores hasta la disolución y posterior recuperación progresiva de las tierras de resguardo, pasando por las políticas de fomento a la colonización, de delegación de autoridad en los grupos misionales y de reforma agraria, o las políticas actuales de explotación intensiva de recursos naturales y concesiones a empresas nacionales y multinacionales. Todos estos aspectos tienen una incidencia necesaria sobre la vida de las comunidades indígenas y tribales.

Finalmente, la identidad, entendida a la vez como el sentimiento individual de pertenencia al grupo, y como la manifestación subjetiva de las pautas culturales de los grupos poblacionales. La identidad es importante en el doble sentido de haber sido hasta hace poco tiempo el foco principal de los ataques del Estado a la integridad de las comunidades tradicionales (a través de la educación, la evangelización y la imposición de la lengua española), y también por ser el centro privilegiado de las reacciones indígenas y tribales a los intentos de aculturación, y de las adaptaciones y reacomodaciones subsiguientes. La identidad cultural es por definición

un rasgo dinámico, esto es, se halla en constante proceso de transformación y re-creación, como respuesta a las circunstancias históricas particulares que cada grupo humano debe enfrentar. La identidad es, por consiguiente, una categoría relacional: se estructura en la medida en que el grupo debe confrontar estímulos externos —e internos—, readecuando sus normas y su configuración para hacer frente a las circunstancias.

Estudios pormenorizados nos explican cómo, desde mediados del siglo XX, la toma de conciencia de las identidades múltiples que pueblan el continente americano empezó a poner de relieve la diversidad cultural.¹ La lucha de los pueblos originarios y de comunidades tribales contra el aniquilamiento, la asimilación y la integración a la sociedad mestiza mayoritaria, marcó la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que, en ausencia de un texto específico, ha venido fortaleciendo los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos (la Convención) para hacer posible el goce efectivo de los derechos humanos en condiciones de igualdad.

En el plano internacional, el único tratado que define a los pueblos indígenas y tribales es el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes número 169, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989 (Convenio 169/1989).² No

¹ OIT, *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes número 169*, adoptado en Ginebra, durante la 76ª reunión de la Conferencia plenipotenciaria de la Organización Internacional del Trabajo el 27 junio 1989, (Entrada en vigor: 5 septiembre 1991). Para un análisis preciso y muy interesante acerca de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH, desde sus inicios hasta 2005 recomendamos el trabajo de Castrillón Orrego, Juan Diego, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 143-204, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2496/10.pdf> (consultado el 15 de febrero de 2013).

² Firmado y ratificado por 14 de los 21 países que, hasta agosto de 2013, se encuentran bajo la jurisdicción de la Corte IDH, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela. El caso de Venezuela es particular (a la fecha) en la medida en que manifestó su decisión de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 10 de septiembre de 2012 y la denuncia tendrá plenos efectos a partir de 10 de septiembre de 2013.

obstante, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, sirve igualmente como marco jurídico de protección internacional para las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. En estas materias, los caminos del consenso internacional son diversos y parecen en ocasiones contradictorios.³ El artículo 27 del pacto precitado concentra su protección en los individuos, estableciendo que:

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

El Convenio 169/1989, por su parte, dirige su protección a los grupos humanos, definiendo en su artículo 1o. como pueblos tribales aquellos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o por una legislación especial” y a los pueblos indígenas como aquellos:

Pueblos que [descienden] de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Aunque hay diferencias de puntos de partida, existe un eje central común: los dos instrumentos conceden una plaza prioritaria a la identidad cultural: en el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como producto de la noción de “pertenencia” a una minoría y en el Convenio 169/1989, como “la conciencia de la identidad indígena o tribal” que es criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican tales categorías.

³ Recordará el lector que 1971 marca el punto de partida de la atención del derecho internacional en materia de pueblos indígenas y tribales con la Convención 107 de la Organización Internacional del Trabajo relativa a la integración de los pueblos indígenas, tribales y semi-tribales en los países independientes, defensora de una visión asimilacionista de los Estados poscoloniales.

A estas normas de *hard law*, se adicionan otros instrumentos de *soft law*, en particular, la Declaración sobre los Derechos de las Personas que Pertenecen a Minorías del 18 de diciembre de 1992 y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007. En estas declaraciones emanadas de Naciones Unidas, podemos constatar la misma dicotomía: el eje central oscila entre la protección del individuo y la protección del pueblo tradicional. De hecho, el *soft law* es el lento producto de procesos anteriores jamás conciliados totalmente, entre los cuales destacan algunas definiciones de trabajo adoptadas por las Naciones Unidas a través de sus relatores especiales y de sus comisiones para las minorías⁴ y los pueblos indígenas,⁵ donde destaca de nuevo el elemento de la identidad cultural como punto incontestable de definición.

En este marco internacional, el sistema interamericano da muestras de la misma discusión en su seno. No puede extrañarnos que el juez interamericano haya debido abordar la extrema complejidad de contextos mul-

⁴ En 1979, *Francesco Capotorti*, relator de la subcomisión de lucha contra la discriminación de la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, definirá las minorías como “grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en posición no dominante, cuyos miembros, ciudadanos del Estado de residencia, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico, características que difieren de las del resto de la población y manifiestan, incluso de manera implícita, un sentimiento de solidaridad a efectos de preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su lengua”. En 1994, la antigua Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, eliminó la condición de la ciudadanía del país de residencia como elemento de la definición internacionalmente aceptado. Esta definición de trabajo sirve como base para todos los análisis de Derecho Internacional en materia de pueblos tribales (minorías étnicas), hasta el presente, v. ONU, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (8-4-1994), *Observación General No. 23 (General Comments) Derechos de las minorías (art. 27)*, pár. 5.1.

⁵ En 1986, el relator especial José Ricardo Martínez Cobo, dirá al respecto de los pueblos indígenas que: “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas las que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en sus territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”. ONU, doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, vol. V (3-9-1987), *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Informe final (última parte), presentado por el Sr. José R. Martínez Cobo, Relator Especial*, párrafo 379.

ticulturales⁶ a la hora de aplicar los derechos convencionales. En efecto, la Corte IDH ha venido haciendo uso de un método universal de interpretación, que le permite desarrollar ampliamente el contenido de los derechos convencionales a través de teorías precisas de interpretación, entre ellas, la teoría de los contenidos inherentes que se encuentra en pleno proceso de construcción.

2. Aspectos metodológicos

Este artículo de investigación jurídica aborda el uso que hace el juez interamericano de una de las teorías de interpretación (la teoría de los contenidos inherentes) utilizada de vieja data por el juez europeo de derechos humanos. Pretendemos aportar elementos de claridad doctrinal que permitan identificar los contenidos inherentes del análisis jurisprudencial interamericano en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Para el logro de nuestro propósito, nos basamos en el estudio de la aplicación de la Convención tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Corte IDH, con algunos apoyos en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a la luz de los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en general. Recurrimos de modo principal a la jurisprudencia de la Corte IDH pues es el único órgano autorizado para interpretar el derecho aplicable. Nuestro estudio de los aportes de la CIDH se reducirá, en este sentido, a los aspectos retomados por la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, los procesos de interpretación, razonamiento y argumentación utilizados por la Corte IDH en materia de pueblos indígenas han sido objeto de una evolución vertiginosa y los organismos interamericanos y la doctrina han sistematizado de manera abundante buena parte de la jurisprudencia existente.⁷

⁶ Para todos los efectos, la “multiculturalidad” y lo “multicultural” a lo largo de este artículo deben ser entendidos como conceptos expresamente relativos al “hecho empírico de la diversidad cultural”.

⁷ Por ejemplo, OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (30-12-2009), *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 153 p. <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndi->

Hemos escogido centrarnos en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de pueblos indígenas y tribales porque ella pone particularmente de relieve la noción de contenidos culturales inherentes. No obstante, los contenidos inherentes están siendo elaborados por el juez interamericano más allá de la diversidad cultural y otros estudios podrán, sin duda, ahondar en la vasta extensión de los derechos convencionales a la luz de esta teoría que aquí esbozaremos.

Así, los derechos de los pueblos indígenas (autóctonos) y los pueblos tribales (comunidades étnicas tradicionales), interpretados por la Corte IDH son nuestro punto de partida en el análisis porque constituyen la riqueza cultural del continente americano que se expresa a través de la jurisprudencia interamericana como elemento diferenciador y único frente a sus homólogos europeo y africano.

El sistema interamericano en materia de derechos de estas comunidades, que podríamos llamar tradicionales, atraviesa una fase de consolidación que amerita un balance acerca de las grandes líneas de interpretación utilizadas, que dan muestra de un método universal subyacente (II) como base para la construcción de contenidos culturales inherentes (III).

II. UN MÉTODO UNIVERSAL DE INTERPRETACIÓN SUBYACENTE

¿Cuál es el método de interpretación por excelencia de la Corte IDH? ¿Se trata de un análisis sociológico, evolutivo, humanista, *iushumanista*, o pluralista?⁸ Cada categoría puede ser correcta y al mismo tiempo insu-

genas2009/Indice.htm (consultado el 19 de febrero de 2013); Ruiz Chiriboga, Oswaldo & Donoso, Gina, "Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: fondo y reparaciones", en varios autores, *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 2012 (en prensa), <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf> (consultado: 15 de marzo de 2013).

⁸ Por ejemplo, la Corte IDH reivindica la utilización de un método evolutivo de interpretación convencional (véase Sarayaku, pár. 161); para el profesor *Ludovic Hennebel* se trata de un método dinámico, sociológico o generoso de carácter *iusnaturalista*; *Karine Rinaldi*, por su parte, siguiendo la misma línea de análisis subraya el carácter pluralista del método de interpretación. Véase *Hennebel, Ludovic*, "La Convención Americana de Derechos Humanos y la protección de los derechos de los pueblos indígenas", 43 *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 127, 2010, pp. 131-177, p. 131. Disponible en : <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/15330> (consultado el 25 de marzo de 2013); *Rinaldi, Karine*, *Les droits des*

ficiente, cuando se trata de describir la acción del juez interamericano. Lo cierto es que el dinamismo del sistema interamericano es ejemplo universal —en buena parte gracias a la labor de la Corte IDH— para la consolidación de un sistema democrático adaptado a contextos de fuerte diversidad cultural (contextos multiculturales).

En efecto, el método universal de interpretación de la jurisprudencia interamericana está marcado por una apertura de fuentes internacionales⁹ que enriquecen los particularismos jurídicos propios de los contextos en los cuales se aplica la Convención. La Corte IDH ha hecho evolucionar su jurisprudencia extendiendo el contenido de los derechos convencionales a través de diversos elementos culturales de interpretación (1) y se enriquece en el diálogo transjudicial (2) ¿La aparición de métodos adicionales de ampliación del ámbito de aplicación de los derechos protegidos es previsible? El juez interamericano da muestras de esta posibilidad.

1. *La diversidad de las fuentes*

En materia consultiva, el juez interamericano sentó las bases de un método de interpretación universal de muy largo alcance (OC-1/1982).¹⁰ En materia contenciosa, la jurisprudencia interamericana está marcada por la apertura hacia fuentes externas al sistema con fines de interpretación de la Convención.¹¹

sociétés traditionnelles dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Nice, tesis doctoral de la Universidad de Nice Sophia-Antipolis, 2012, p. 45.

⁹ Burgorgue-Larsen, Laurence, “Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le ‘système onusien’”, en Duboit, Edouard y Touzé, Sébastien (dir.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, pp. 91-115.

¹⁰ El juez interamericano no dudó en señalar que el artículo 64-1 de la Convención la faculta para pronunciarse acerca de la interpretación de cualquier tratado relacionado con los derechos humanos dentro de los Estados americanos (párrafo 27), con independencia de que se trate de instrumentos ajenos al sistema interamericano (párrafo 37) siempre que su función consultiva no desnaturalice su función contenciosa o vaya en detrimento de las víctimas presuntas (párrafo 31). Corte IDH, opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982, OC-1/82, “Otros tratados”. Objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Perú.

¹¹ El juez interamericano sigue de cerca la dinámica de otros sistemas regionales para man-

El universalismo jurídico del juez interamericano tiene fundamentos convencionales precisos: el artículo 1-1 consagra la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos convencionales, el artículo 2o. establece el deber estatal de adecuar el derecho interno, y el artículo 29 prohíbe expresamente una interpretación restrictiva de los derechos convencionales estableciendo la superioridad del principio *pro personae* (*pro homine*) o *favor libertatis*.¹² El uso de este principio explica la apertura hacia el respeto de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas y tribales y rompe con el positivismo clásico de occidente para dotar de mayor eficacia a los mecanismos de protección.¹³

En materia de pueblos indígenas y tribales, la Corte IDH hará uso de una amplia gama de fuentes (*hard law* y *soft law*) que van desde actos externos al sistema como el Convenio OIT 169/1989 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, hasta el derecho interno aplicable caso por caso. La apertura al universo de fuentes de derechos humanos queda patente en la sentencia Mayagna¹⁴ que, sobre la base del principio *pro personae* nos recuerda el deber

tenerse al día con el estado actual del derecho internacional, por lo que no extraña su espíritu de apertura que va más allá de lo establecido por el modelo europeo sin ser tan osado como el modelo africano. García Roca, Juan *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas-Thomson, 2012.

¹² “La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno”. Corte IDH, caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, competencia, 24 septiembre de 1999, pár. 42.

¹³ Para el profesor y juez mexicano Ferrer McGregor, los artículos 1-1, 2 y 29 de la Convención también sirven como fundamento al control de convencionalidad que consolida el universalismo jurídico y sienta las bases del consenso regional a través de la regla del precedente judicial interamericano. Un análisis detallado en la materia puede encontrarse, por ejemplo, en el voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer McGregor, en: Corte IDH, caso Cabrerá García y Montiel Flores *vs.* México, sentencia de fondo, 26 de noviembre de 2010. Este mismo autor desarrollará ampliamente los postulados de la Corte IDH en una obra colectiva reciente bajo su coordinación: Ferrer Mc-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.

¹⁴ Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001 (Mayagna).

estatal de ajustar el goce de los derechos de las comunidades tradicionales “conforme al derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (párrafo 138).

La fuente universal convencional, en particular el Convenio 169/1989, es evocada constantemente, con independencia de que el Estado haya o no ratificado (Saramaka,¹⁵ párrafo 92). También forman parte de su cuerpo normativo internacional el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC). La Corte IDH, va más allá, haciendo suyos aspectos relevantes de la interpretación de los comités PIDCP y PIDESC, del artículo 1o. común (autodeterminación de los pueblos y goce de sus recursos naturales), como aplicable a los pueblos indígenas¹⁶ y el juez interamericano decide ir más allá del *dictum* de estos comités cuando hace extensivas tales conclusiones a los pueblos tribales (Saramaka, párrafo 93).

El derecho consuetudinario indígena y tribal ocupa una plaza de honor, cuando la Corte IDH deja en evidencia que el goce de los derechos convencionales debe garantizarse “de conformidad con su tradición comunitaria” (Saramaka, párrafos 81 y 95).

La Corte IDH, acude igualmente a los principios generales de derecho internacional para justificar su interpretación de los derechos convencionales, en particular al principio general de afirmación positiva

¹⁵ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007 (en adelante, Saramaka).

¹⁶ Artículo 1 común PIDCP/PIDESC: “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”; ONU, doc. E/C.12/1/Add.94, (12-12-2003), *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, Federación de Rusia*, párrafo 11: “El Comité está preocupado por la precaria situación de las comunidades indígenas en el Estado Parte, que afecta a su derecho a la libre determinación consagrado en el artículo 1 del Pacto”.

(igualdad material) (Saramaka, párrafo 103, nota 100) y a la obligación general de consulta (Sarayaku, párrafo 164).

La Corte IDH hace uso de la práctica general de los Estados como fuente de derecho internacional, evocando sistemáticamente el derecho interno de los Estados parte (Saramaka, párrafo 92) y, en ausencia de éste, el juez interamericano no duda en hacer alusión al comportamiento internacional y a declaraciones públicas del Estado para deducir su comportamiento frente a la norma internacional imperante (Saramaka, párrafo 132, 137).

En materia de fuentes, en el caso Sarayaku,¹⁷ la Corte IDH consolida su jurisprudencia, indicando que “los tratados externos al sistema, ratificados por el Estado acusado y que contienen aspectos de derechos humanos”, “la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales” (párrafo 161), “los principios generales de derecho internacional” (párrafo 164), los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el sistema interamericano (párrafo 161), son todos ellos elementos de interpretación de la Convención.

Adicionalmente, el juez interamericano integra el *soft law* en su análisis. En efecto, la Corte IDH ha dejado sentado desde épocas tempranas el carácter obligatorio de la Declaración Americana de los Derechos Humanos (OC-10/89)¹⁸ y hace valer sistemáticamente la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 como derecho aplicable (Saramaka, párrafo 131; Sarayaku, párrafo 160 y nota 178).

La Corte IDH evoca “otras fuentes de derecho internacional” de carácter auxiliar como las resoluciones e informes del sistema interamericano y del sistema de Naciones Unidas¹⁹ e informes del Banco

¹⁷ Corte IDH, caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012 (Sarayaku).

¹⁸ Corte IDH, opinión consultiva de 14 de julio de 1989, OC-10/89, “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos”, solicitada por Colombia.

¹⁹ OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II/.29 Doc. 41 rev. 2 (13-3-1973): Resolución sobre la Protección Especial de las Poblaciones Indígenas. Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial; CIDH, doc. OAS/Ser.L/V/II.96 Doc.10 rev 1 (25-4-1997): Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador, capítulo IX; ONU, doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (18-8-1997): Recomendación General núm. 23 del Comité por la Eliminación de la discrimi-

Mundial;²⁰ se apoya igualmente en la jurisprudencia de su homóloga europea relativa al pueblo Rom (Saramaka, párrafos 81, 93),²¹ evoca la doctrina de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (ComADHP), y hace uso de la jurisprudencia de los Estados parte de la Convención y de terceros Estados ajenos a la Convención Americana o a la competencia de la Corte IDH, como Canadá (CSJ-Ca), África del Sur (CC-AS) (Saramaka, párrafo 120) y Nueva Zelanda (Sarayaku, párrafo 164).²²

Este proceso de enriquecimiento del derecho aplicable al sistema interamericano de derechos humanos existe, está siendo utilizado por la Corte IDH y permite ensanchar las fronteras de la Convención para mantener la Convención en movimiento y no debe extrañarnos que tal diversidad de fuentes produzca una amplia variedad de frutos. ¿Pueden, los métodos de interpretación, ser considerados como frutos de esta diversidad de fuentes? La Corte IDH ha venido adoptando métodos de interpretación precisos, algunos de ellos como producto de diálogos transjudiciales diversos. Dicho de otro modo, el juez interamericano ha venido adoptando nuevas formas de ver y de comprender los derechos convencionales para hacerlos efectivos en el marco de una sociedad profundamente multicultural a partir de miradas cruzadas muchas veces transatlánticas.

nación racial; ONU, doc. A/52/18, anexo V (18-8-1997): Resolución invitando a los Estados Partes a tomar ciertas medidas para reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas; ONU, doc. CPR/C/33/D/197/1985 (10-8-1988): Iván Kitok *vs.* Suecia, Comunicación No. 197/1985, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pár. 9.8.

²⁰ BM, OP/BP 4.10 (7-2005), Política operacional revisada y procedimientos del Banco en relación con pueblos indígenas; ONU, doc. CCPR/C/70/D/547/1993, (15-11-2000), Comité PDCP, Apirana Mahuika y otros *v.* Nueva Zelanda, pár. 9.5; ONU, doc. E/CN.4/2003/90 (21-1-2003), Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión, párrafo 21.

²¹ CEDH, Connors *c.* Reino Unido, Sala, sentencia del 27 de mayo de 2004, petición no. 66746/01, pár. 84.

²² ComADHP, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comunicación 155/96 (2001), párs. 42, 54 y 55; CSJ-Ca, *Delgamuukw v. British Columbia*, 1997/3-SCR. 1010, 11 de diciembre de 1997, párs. 194, 199 y 201; CC-AS, *Alexkor Ltd. And the Government of South Africa v. Richtersveld Community and Others*, CCT/1903, 14 de octubre de 2003, pár. 102.

2. La teoría de la inherencia: ¿un fruto de esta diversidad?

Algunas consecuencias del profundo mestizaje jurídico que produce la variedad de fuentes, son dignas de mencionar: podríamos hablar de los desarrollos propios del pluralismo jurídico interamericano, de la construcción vigorosa de la teoría de las obligaciones positivas y, más allá, de los aportes de la Corte IDH a la construcción de un consenso universal en torno a aspectos fundamentales de los derechos humanos, donde ha sido motor y pionera.

Nuestro objeto de estudio confluye con los temas antes citados y, en esta línea de análisis, pensamos que el juez interamericano ha venido construyendo empíricamente una serie de elementos inherentes, esto es, consubstanciales o necesarios, a la efectividad de ciertos derechos convencionales; esta construcción se inspira directa o indirectamente en los caminos recorridos por su homólogo europeo desde 1975 y consideramos que la riqueza de los contenidos inherentes del juez interamericano radica en el profundo contenido multicultural.

Estudiando al juez europeo de derechos humanos, el profesor Marguénaud, señala la presencia de conceptos amplificadores, es decir, forjados por la jurisprudencia europea de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) que le han permitido “liberarse del texto de 1950 y de sus protocolos complementarios para darles una interpretación a veces calificada como progresista”; a decir de este autor, teorías como la primacía del derecho, la autonomía de los conceptos convencionales, las obligaciones positivas, entre otras, han contribuido al fortalecimiento de esta interpretación evolutiva.²³

En otra línea de análisis, el profesor Sudre revelará la noción de contenidos inherentes, explicando que cuando se trata de aplicar un derecho garantizado por la Convención Europea y bajo control de la CEDH, pareciera que esta Corte utiliza su poder de control para extender ampliamente el contenido de los derechos inscritos en dicha Convención al igual que su alcance y no vacila, en algunos casos, en reconstruir

²³ Marguénaud, Jean-Pierre, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 5a. ed., París, Dalloz, 2011, pp. 44-58.

el derecho y redefinir las obligaciones de los Estados a través de tres recursos fundamentales: la teoría de los elementos necesariamente inherentes a un derecho, la interpretación consensual y la interpretación consensual evolutiva:

Es a través del recurso a la teoría de ‘los elementos *necesariamente inherentes* a un derecho’ que el juez europeo enriquece sensiblemente el contenido del derecho del cual controla la aplicación y procede a la determinación de obligaciones positivas, sustanciales y procesales a cargo de los Estados.²⁴

La profesora Burgorgue-Larsen evoca igualmente la teoría de los contenidos inherentes, además de las teorías de las obligaciones positivas, de la autonomización de los conceptos y de la dilución de las nociones, como recursos del juez europeo para mantener el dinamismo convencional.²⁵

La doctrina coincide en afirmar que las sentencias *Golder c. Reino Unido* (1975)²⁶ y *Hornsby c. Grecia* (1997),²⁷ sirvieron como cimiento para esta teoría en el sistema europeo. Los autores también coinciden en afirmar que el artículo 6o. de la Convención Europea (debido proceso y acceso a la justicia) ha sido el nodo de dicha construcción.²⁸

En efecto, siguiendo la jurisprudencia europea, la teoría de la inherencia puede construirse argumentando la primacía del derecho convencional y, como consecuencia, desarrollando todos los aspectos necesarios al goce de dicho derecho (*Golder*, párrafo 34); o bien, los

²⁴ Sudre, Frédéric, “A propos du dynamisme interprétatif de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, 28 *Semaine Juridique* I-335 (2001), pp. 1-7, p. 3 ; Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 11a. ed., París, Presses Universitaires de France PUF, 2012.

²⁵ Burgorgue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, México, Porrúa, 2013, pp. 97 y 98.

²⁶ CEDH, *Golder c. Reino Unido*, Sala plena, sentencia de 21 de febrero de 1975, petición n°. 4451/70.

²⁷ CEDH, *Hornsby c. Grèce*, Sala, sentencia de 19 de marzo de 1997 petición no. 18357/91

²⁸ Sudre, Frédéric, “A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme”, *cit.*, p. 3 ; Burgorgue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, *cit.*, pp. 97 y 98; Marguénaud, Jean-Pierre, *La Cour Européenne des Droits de l’Homme*, *cit.*, pp. 106-111.

contenidos inherentes de un derecho convencional también pueden ser el producto de un razonamiento lógico, conforme al cual las reglas de sentido común obligan a entender ciertos elementos como indispensables para la plena efectividad de un derecho convencional (*Hornsby*, párrafo 40).

El profesor Sudre nos explica, en este sentido, que cuando la CEDH afirma que una garantía es “inherente” a un derecho protegido, el juez europeo hace saber que no está procediendo a una interpretación extensiva de la Convención, es decir, que no está creando nuevas obligaciones a cargo de los Estados, sino que se limita a controlar el desarrollo lógico de un derecho inscrito en la Convención con el fin de asegurarse de su efectividad, de su carácter concreto.²⁹

Si la teoría de los contenidos inherentes en el seno de la CEDH tiene desarrollos prudentes, al igual que la teoría de las obligaciones positivas y otros dispositivos amplificadores de los derechos convencionales, su existencia y su uso pueden llamar la atención de un lector advertido, conocedor del sistema interamericano.

De hecho, los desarrollos de la Corte IDH son diferentes a los de su homóloga europea, por la experiencia propia del continente americano, por sus lógicas y sus necesidades.³⁰ Sin embargo, las similitudes son inocultables en ciertos aspectos, como es indiscutible el diálogo cada vez más nutrido y vigoroso entre los jueces regionales de derechos humanos. Entendemos, por tanto, que el juez interamericano continúa construyendo su propio camino sin pasar por alto estrategias que, como lo han probado sus homólogos, pueden contribuir a la eficacia de los derechos protegidos (III).

III. LA CONSTRUCCIÓN DE CONTENIDOS CULTURALES INHERENTES

Para la Corte IDH, el eje central amplificador de los contenidos convencionales es, sin duda, la teoría de las obligaciones positivas. A esto

²⁹ Sudre, Frédéric, “A propos du dynamisme interprétatif de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *cit.*, p. 3.

³⁰ Cançado Trindade, Antonio, *Le droit international pour la personne humaine*, París, Pedone, 2012.

se suma el hecho de que la Corte IDH no ha desarrollado abiertamente una “teoría de los contenidos inherentes”. No obstante, la Corte IDH ha venido otorgando contenidos culturales, que podríamos llamar inherentes, a ciertas nociones inscritas en la Convención para adaptarlas a la realidad de los pueblos indígenas y tribales y para justificar ciertos desarrollos en materia de obligaciones positivas multiculturales a cargo de los Estados.

La diferencia fundamental entre la técnica utilizada para producir los contenidos inherentes de la CEDH y de la Corte IDH, estriba probablemente en tres aspectos fundamentales del comportamiento del juez interamericano: primero, en el uso de criterios contextuales, sociológicos y antropológicos,³¹ es decir, en el expreso “reconocimiento de la relevancia de la identidad y la diversidad culturales para la efectividad de la norma jurídica”;³² segundo, en la existencia de obligaciones positivas de admisión directa (artículos 1-1 y 2 de la Convención), y tercero, en el apoyo sistemático que ofrece el artículo 29-b de la Convención que prohíbe la interpretación restrictiva de derechos (principio *pro personae* o *pro homine*).³³

La construcción de contenidos inherentes interamericanos no es exclusiva de los litigios relativos a pueblos indígenas y tribales, sin embargo, por cuestiones metodológicas nos centraremos sólo en dicha jurisprudencia para probar nuestra hipótesis.

A la excepción del artículo 5-2 de la Convención que se refiere a la “dignidad inherente al ser humano” en el marco del derecho a la integridad, las referencias expresas a los contenidos inherentes de un derecho convencional son escasas en la jurisprudencia interamericana.³⁴

³¹ Desde el asunto Mayagna, el juez interamericano hizo uso de numerosas experticias antropológicas y sociológicas, además de jurídicas que le permiten, hasta nuestros días, profundizar en el análisis multicultural de los derechos del sistema interamericano. Corte IDH, Mayagna, precitada, párs. 64-66, 75 (nota 1), 83-c, 83-d, 83-e, 83-f, 83-j.

³² Corte IDH, caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000 (Bámaca Velásquez), opinión separada del juez Antônio Cançado Trindade, pár. 24.

³³ Artículo 29-b: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:... 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...”.

³⁴ Por ejemplo, En Bámaca Velásquez, el juez Antônio Cançado Trindade hace una extensa

No obstante, la Corte IDH se refiere metódicamente al artículo 29 de la Convención (principio *pro personae*), cada vez que procede a una ampliación de los contenidos de los derechos convencionales, evocando la existencia de principios pluralistas consubstanciales (inherentes) a las sociedades democráticas y multiculturales (Saramaka, párrafo 92). Desde la sentencia fundadora de Mayagna, el juez Sergio García Ramírez afirmó que el principio *pro personae* es inherente al derecho internacional de los derechos humanos.³⁵

Así pues, la aplicación del principio *pro personae* favorece la identificación de contenidos inherentes de los derechos protegidos. Como consecuencia necesaria, el juez interamericano ha venido aplicando, de manera sistemática, criterios culturales de identificación en los litigios relativos a pueblos indígenas y tribales.

La evidencia más importante de contenidos inherentes de desarrollo jurisprudencial es la identificación de la *identidad cultural* como marco de referencia *pro personae*, es decir, como prisma de análisis para el conjunto de los derechos convencionales. En efecto, nos apartamos de la clasificación sugerida por la CIDH que habla de la identidad cultural como “derecho”.³⁶ En su desarrollo jurisprudencial, la Corte IDH ha hecho uso de la identidad cultural como elemento inherente transversal de los derechos convencionales y esto, como desarrollo lógico (y necesario) de la aplicación del principio *pro personae* en las sociedades multiculturales del continente.³⁷ Pensamos que esta afirmación se verifica

e importante referencia a los “derechos inherentes de la persona humana”, a los vínculos entre los vivos y los muertos como componentes inherentes del derecho a la vida y a la solidaridad humana como componente inherente de ciertas comunidades tradicionales, véase párs. 9 y 23. De la misma manera, el juez Cançado Trindade se referirá en la sentencia Plan Sánchez, a la inalienabilidad de los derechos inherentes como principios general de derecho internacional: Corte IDH, caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, sentencia de fondo, 29 de abril de 2004 (Plan Sánchez), voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade, pár. 16.

³⁵ Corte IDH, Mayagna, precitada, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, pár. 2.

³⁶ Podría ser de interés señalar que el juez Cançado Trindade en su voto razonado de la sentencia Moiwana, a pesar de utilizar la expresión “derecho de la identidad cultural”, paradójicamente lo identifica como un componente “[d]el contenido sustantivo o material del derecho a la vida misma *lato sensu*”, véase Corte IDH, caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15 de junio de 2005 (en adelante: Moiwana), voto razonado del juez Antônio Cançado Trindade, pár. 13.

³⁷ Por ejemplo, en el fallo Plan Sánchez, la cuestión de la afectación de “la identidad y

en el uso sistemático y combinado del principio *pro personae* (*pro homine*) aplicado a derechos convencionales alegados por las comunidades tradicionales.³⁸

La identidad es pues, el elemento cultural inherente central de la reflexión del juez interamericano. No obstante, al filo de las sentencias la Corte IDH ha desarrollado otros elementos culturales inherentes, en particular, relativos al derecho a la vida, las garantías judiciales, la propiedad y la participación política, que le llevaron naturalmente a revisitar la noción de titular de los derechos convencionales.

1. *El titular de derechos a la luz de contenidos inherentes multiculturales*

El examen del contenido del concepto de “persona” como sujeto de los derechos convencionales se ha convertido para la Corte IDH en el punto de partida necesario para la configuración de obligaciones positivas “especiales” (a nuestro entender “multiculturales”) que favorecen a las comunidades indígenas y tribales. En la práctica, se trata de revisitar el concepto clásico de persona asimilado al concepto de individuo, utilizando un prisma multicultural que invita a reconocer el sujeto colectivo de las comunidades indígenas y tribales.

Como consecuencia de este ejercicio interpretativo, la Corte IDH ha llegado a la conclusión que el *reconocimiento de la personalidad jurídica* (artículo 3o. de la Convención) de los miembros individuales de la co-

valores” del pueblo maya fue evocada y la Corte IDH señaló su intención “de tomar en cuenta [estos elementos] al momento de resolver las reparaciones”. Corte IDH, Plan Sánchez, *cit.*, pár. 51. En el fallo Rosendo Cantú, la Corte IDH estimó que la ausencia de un intérprete constituyó un irrespeto a la identidad cultural, en el marco de una violación del acceso a la justicia y estrechamente asociado a su intimidad, por el hecho de deber acudir a su esposo como intérprete en el momento de la denuncia de violencias sexuales. Corte IDH, caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010, pár. 179-iv.

³⁸ Es interesante observar que la CIDH pondrá en su informe de 2009, a la “identidad cultural” dentro de su listado de derechos, aunque en el acápite correspondiente afirme que la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales depende del goce de toda una serie de derechos convencionales, en particular del artículo 21 y de una serie de deberes de garantía de los Estados (obligaciones positivas). Véase OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (30-12-2009), *op. cit.*, párs. 160-162.

munidad es necesario para el goce de sus derechos pero no es suficiente (Saramaka, párrafo 168) y que este derecho contiene un elemento cultural inherente de prevención y protección que supone el reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva de los pueblos tradicionales (Saramaka, párrafos 169 y 170).

El reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo tradicional obliga, de hecho, a una revisión en los niveles nacional y regional, de las nociones socio-jurídicas de pueblos “indígenas” y “tribales”.

Entendiendo esta necesidad, el juez interamericano en Saramaka, procedió a una fijación de los contornos conceptuales de la noción de pueblo tribal, aplicada a las comunidades tradicionales afro-descendientes, a partir de ciertos elementos de definición negativa y positiva.

El elemento negativo de definición es el hecho de que “los pueblos tribales no son indígenas de las regiones que habitan” (Saramaka, párrafo 79).

Los elementos positivos de definición reenvían a la identidad cultural y se refieren al hecho de que los pueblos tribales “comparten características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones” (Saramaka, párrafo 79).

El juez interamericano efectúa la misma comprobación en su análisis de los pueblos indígenas, con la sola excepción de su carácter adicional de pueblo originario (Sarakayu, párrafos 149-155).

¿*Déjà-vu*? En efecto, la definición de pueblo tribal retoma de manera casi exacta la definición ofrecida por el Convenio 169/1989, en unos hechos materia de litigio que, como recordaremos, se refieren a un Estado que no ha ratificado dicho Convenio. No obstante, la labor del juez interamericano no debe extrañarnos, por lo menos por dos razones: por un lado, el Convenio 169/1989 es el único instrumento internacional que define los pueblos indígenas y tribales y, por otro lado, el juez interamericano no pierde de vista su labor como vector de consensos para la construcción del concepto de pueblos tribales a nivel regional (y universal) y asume su deber de guiar la acción del conjunto del sistema, más allá del caso bajo estudio.

La variante de la definición jurisprudencial es, sin embargo, significativa: la Corte IDH introdujo definitivamente el componente de “identificación con los territorios ancestrales” que tendrá consecuencias fundamentales en la definición de los contenidos inherentes del artículo 21 de la Convención (derecho a la propiedad).

La Corte IDH procederá a identificar los elementos distintivos en materia social, cultural, organizacional y económica de este grupo humano con respecto a la sociedad mayoritaria del Estado (Saramaka, párrafos 80-84), para justificar tres elementos nodales de definición: la existencia objetiva de una identidad cultural tribal, la conciencia fundamental de dicha identidad colectiva y la relación espiritual con el territorio ancestral usado y ocupado tradicionalmente.

Es fundamental comprender que, en la jurisprudencia de la Corte IDH, la relación espiritual de las comunidades indígenas y tribales con sus territorios no es únicamente un componente de definición útil para configurar la propiedad colectiva (como veremos más adelante). Además, este elemento forma parte de la definición intrínseca de la comunidad indígena (Sarayaku, párrafos 145-146, 155) y tribal (Saramaka, párrafo 82) como sujeto colectivo de derechos convencionales.

Por tanto, la existencia objetiva de la identidad cultural del pueblo indígena y tribal está mediada por su relación con la tierra y sus recursos como fuente necesaria para la continuidad de la vida y vínculo sagrado de la comunidad. El juez interamericano ha consolidado su jurisprudencia en la materia, reiterando que la relación del pueblo indígena (Sarayaku, párrafos 145, 159) y tribal (Saramaka, párrafo 85) con los territorios no se centra en los individuos sino en la comunidad en su conjunto.

En cuanto a los rasgos propios de la identidad cultural tribal afro-descendiente, la Corte IDH ha identificado, además del vínculo espiritual (diríamos vital) con los territorios tradicionales, la lucha histórica por la libertad y contra la esclavitud (Saramaka, párrafo 82). La conciencia de dicha identidad cultural será verificada atentamente por la Corte IDH durante la fase probatoria, en particular, a partir de los testimonios y las audiencias públicas.

En la práctica del juez interamericano, se opera un reconocimiento de una categoría colectiva vulnerable: la categoría de pueblos indígenas

y tribales, a quienes se reconocen los mismos derechos.³⁹ Para los individuos que pertenecen a estas comunidades, el carácter colectivo del titular de derechos es inherente, no sólo porque es connatural a su carácter de pueblo indígena o tribal, además, porque es necesario para el goce efectivo de sus derechos convencionales. Esta reflexión jurisprudencial queda en evidencia cuando vemos la consecuencia fundamental de este acto: el reconocimiento de obligaciones positivas multiculturales a cargo del Estado.

Si el carácter colectivo del titular de derechos en los pueblos indígenas y tribales es un elemento inherente de la definición de los individuos que lo componen, es decir, si el individuo indígena o tribal sólo se reconoce a sí mismo como pueblo (como sujeto colectivo), el hecho de que existan individuos que se aparten de la cultura tradicional para integrar la sociedad mestiza no incide en la naturaleza indígena o tribal de quienes continúan integrando este sujeto colectivo. La Corte IDH lo ha entendido de esta manera y ha indicado además que la identificación de los individuos que componen estos sujetos colectivos es una tarea exclusiva de sus autoridades tradicionales que no incumbe ni al Estado ni a los órganos internacionales.⁴⁰

El reconocimiento de la naturaleza colectiva inherente de los pueblos indígenas no desconoce los derechos de los individuos miembros de las comunidades tradicionales, no obstante, privilegia el goce colectivo de derechos como una característica inherente a la cosmovisión indígena y tribal, derivada del derecho consuetudinario (Sarayaku, párrafo 231).

2. Los derechos vistos a través del prisma cultural inherente

Una revisión somera de las lógicas del juez europeo en materia de contenidos inherentes, tal que explicadas por el profesor Sudre⁴¹ y corro-

³⁹ Este *dictum*, que fue ampliamente desarrollado en Saramaka, ya había sido consolidado en el asunto Moiwana, *cit.*, párs. 132-133; Saramaka, *cit.*, pár. 86.

⁴⁰ Corte IDH, Saramaka, precitada, pár. 164. Esta afirmación será reiterada y ampliada en Corte IDH, caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010, pár. 37 (Xákmok Kásek).

⁴¹ Sudre, Frédéric, "A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme", *cit.*, p. 3.

boradas por la profesora Burgorgue-Larsen,⁴² podría darnos luces importantes para explicar el comportamiento del juez interamericano. En efecto, la Corte IDH deja claro en cada sentencia que no está creando nuevas obligaciones a cargo de los Estados, sino que se limita a controlar la evolución lógica de los derechos convencionales con el fin de garantizar su efectividad en contextos de fuerte multiculturalidad. Esta práctica tiene como consecuencia el enriquecimiento de los contenidos de los derechos y la identificación de obligaciones positivas multiculturales.⁴³

El argumento privilegiado de la Corte IDH en materia de contenidos culturales inherentes ha sido la primacía del derecho convencional y, como consecuencia, el desarrollo de todos los aspectos necesarios al goce de cada derecho. En esa lógica, la Corte IDH identificará la identidad cultural y los usos y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, como elementos constitutivos del derecho a la vida (artículo 4o. de la Convención) y que incluyen, sin ser restrictivos: *el restablecimiento del vínculo entre los vivos y los muertos*,⁴⁴ el derecho a enterrar sus muertos y a completar el ciclo místico que les une a los vivos dentro de la comunidad tradicional,⁴⁵ *la vida digna* a través del goce de los derechos de propiedad de los territorios tradicionales indígenas y tribales⁴⁶ e incluso, *la conservación medioambiental*, como consecuencia de la armonía entre la vida humana y la naturaleza, bajo el entendido que para las comunidades tradicionales el territorio es sagrado para los vivos y los muertos, sus ancestros y sus divinidades, y la conservación es importante para

⁴² Burgorgue-Larsen, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, cit., pp. 97-98.

⁴³ Por ejemplo, Corte IDH, Mayagna, precitada, pár. 149; Corte IDH, caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005 (Yakye Axa), pár. 51; Corte IDH, caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006 (Sawhoyamaya), párs. 59-60; Corte IDH, Saramaka, párs. 77, 84; Corte IDH, Sarakayu, cit., pár. 162.

⁴⁴ Por ejemplo, Corte IDH, Bámaca Velásquez, pár. 145-f; Corte IDH, Yakye Axa, pár. 157-c.

⁴⁵ Por ejemplo, Corte IDH, Moiwana, párs. 99-100; Corte IDH, Corte IDH, caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de septiembre de 2012 (Masacres de Río Negro), párs. 155-156, 160.

⁴⁶ Por ejemplo, Corte IDH, Mayagna, párs. 116-118; Corte IDH, Saramaka, párs. 120-122; Corte IDH, Sarayaku, pár. 145.

preservar el legado de las generaciones pasadas y asumir las responsabilidades frente a las generaciones futuras (Saramaka, párrafo 90).

En algunas ocasiones el juez interamericano ha hecho un llamado al sentido común, para afirmar que un razonamiento lógico en el marco de una interpretación dinámica (universal) de la Convención debe arrojar como consecuencia necesaria la identificación de elementos culturales inherentes a los derechos, puesto que son necesarios para el goce efectivo. Este razonamiento se aplica, por ejemplo, a la protección del derecho a la integridad (artículo 5o. de la Convención), donde la Corte IDH dedujo los contenidos culturales indisociables de la integridad moral de los pueblos tradicionales.⁴⁷ El juez interamericano ha recordado, por ejemplo, que la violencia sexual, las masacres y las desapariciones forzadas causan pérdidas irreparables a la integridad física y moral de las víctimas sobrevivientes como individuos y como pueblos que ven deteriorados sus saberes, costumbres y modo de vida por la pérdida de sus ancestros.⁴⁸

De la misma manera, acudiendo al razonamiento lógico, el juez interamericano estableció elementos inherentes relativos a la adaptabilidad cultural del servicio de la justicia, frente a los derechos convencionales de acceso de garantías judiciales (artículo 8o.) y protección judicial (artículo 25), afirmando que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (Saramaka, párrafos 177 y 178).

Entre otros derechos abordados bajo el prisma cultural que verán nacer contenidos inherentes, podemos mencionar la libertad de pensamiento y expresión, como protección de la difusión de la cultura ancestral a través de la identidad lingüística (artículo 13) (Sawhoyamaya, párrafo 73-75); el derecho a la participación política a través del respeto de la organización tradicional (artículo 23) (Yatama, párrafos 227-229); el derecho a aprender una cultura en el seno de una familia (artículo

⁴⁷ La sentencia Xákmok Kásek de 2010, contiene elementos fundamentales de los desarrollos del juez interamericano en torno a la noción de integridad cultural de los pueblos tradicionales. Corte IDH, Xákmok Kásek, pár. 244.

⁴⁸ Corte IDH, Masacres de Río Negro, párs. 134-136, 162-164.

17) y transmitirla a los menores (artículo 19), y el derecho de profesar, practicar y transmitir creencias religiosas ancestrales (artículo 12) (Xákmok Kásek, párrafos 261-263).

En el proceso evolutivo de la jurisprudencia, el desarrollo de contenidos inherentes de la propiedad privada (artículo 21) ocupa el lugar más importante⁴⁹ e incluye, entre otros, el derecho a vivir en los territorios tradicionales, a gozar de sus recursos naturales tradicionales y a retornar a sus territorios tradicionales, a ver reconocidos sus derechos de propiedad comunal, a recibir indemnizaciones por la restricción en el goce de sus derechos y a decidir el futuro de sus bienes (artículo 22).⁵⁰

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha elaborado una serie de contenidos inherentes, aún en movimiento, de los “bienes” que integran la noción de propiedad privada del artículo 21 de la Convención.⁵¹ El juez interamericano indicará que los “bienes” también incluyen otros derechos patrimoniales corporales e incorporeales,⁵² que no es posible imponer las definiciones de propiedad del derecho romano a las nociones indígenas y tribales de propiedad⁵³ y que es necesario buscar los contenidos (nosotros decimos “inherentes”) de los derechos territoria-

⁴⁹ En 2001, la sentencia fundadora Mayagna (*cit.*, párs. 147-153), unirá para siempre los artículos 21 y 29-b (que prohíbe una interpretación restrictiva de derechos) para indicar, que la propiedad de los pueblos indígenas es una propiedad comunal que debe ser reconocida y protegida y que su interpretación no puede ceñirse a las reglas de derecho civil.

⁵⁰ Este análisis había sido expresamente desarrollado en la sentencia Moiwana. Corte IDH, Xákmok Kásek, pár. 171-82; Saramaka, pár. 84; Sarayaku, pár. 146.

⁵¹ Artículo 21: “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”.

⁵² Por ejemplo, Corte IDH, caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia de reparaciones y costas, 6 de febrero de 2001, pár. 122; Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez vs. Ecuador, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007, pár. 174.

⁵³ Nos recordará el juez García Ramírez, que tal transposición, desde la colonia hasta la constitución de los Estados modernos ha sido la base del despojo y de la dispersión de las comunidades indígenas. Corte IDH, Sawhoyamaya, *cit.*, opinión separada del juez Sergio García Ramírez, pár. 13.

les indígenas en el derecho consuetudinario y en la cosmovisión ancestral para identificar los derechos preexistentes.⁵⁴

Por lo tanto, es jurisprudencia consolidada de la Corte IDH que la vinculación estrecha de los pueblos indígenas y tribales con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su identidad cultural, así como los elementos incorporeales relativos, se hallan bajo la protección del derecho a la propiedad del artículo 21 de la Convención.⁵⁵

Dicho artículo incluye, por razonamiento lógico, la propiedad comunal, pues la propiedad y la posesión en las comunidades indígenas y tribales tiene un significado colectivo inherente, según el cual la pertenencia no se centra en el individuo sino en la comunidad.⁵⁶ Si la Corte IDH continúa mencionando la antigüedad de la posesión y el uso de los territorios como elementos indicativos de la propiedad,⁵⁷ ella señalará que la protección de la propiedad comunitaria exige la verificación de un elemento necesario: la prueba de la estrecha relación cultural y el vínculo espiritual entre la comunidad y el territorio cuya propiedad reclama.⁵⁸ La Corte IDH demostrará la protección que brinda el artículo 21 de la Convención a “la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos” (Sarayaku, párrafo 145).

Nótese que el vínculo espiritual no se agota en la tierra, por el contrario, se extiende a la noción de territorio que abarca los recursos

⁵⁴ Por ejemplo, Corte IDH, Mayagna, pár. 151; Corte IDH, Yakye Axa, pár. 135-147, 151; Corte IDH, Moiwana, pár. 131.

⁵⁵ Por ejemplo, Corte IDH, Mayagna, párs. 147-153; Corte IDH, Sawhoyamaya, pár. 118; Corte IDH, Yakye Axa, pár. 137; Corte IDH, Saramaka, pár. 88; Corte IDH, Sarayaku, párs. 146-147.

⁵⁶ Por ejemplo, Corte IDH, Mayagna, párs. 148-149; Corte IDH, Sawhoyamaya, pár. 120; Corte IDH, Yakye Axa, pár. 143; Corte IDH, Saramaka, pár. 89.

⁵⁷ Por ejemplo, Corte IDH, Sawhoyamaya, pár. 128; Corte IDH, Moiwana, párs. 130-132; Corte IDH, Mayagna, pár. 155; Corte IDH, Saramaka, pár. 96.

⁵⁸ Por ejemplo, Corte IDH, Mayagna, párs. 144, 149, 151; Corte IDH Yakye Axa, párs. 137, 146, 154; Corte IDH, Sawhoyamaya, párs. 128, 131; Corte IDH, Moiwana, párs. 129, 132; Corte IDH, Saramaka, párs. 82, 90.

naturales que se encuentran en y dentro de las tierras, incluso bajo la superficie, se trata, por lo tanto, de un derecho territorial.⁵⁹

Para la Corte IDH, las nociones de territorios y recursos naturales así como su disfrute colectivo, son conceptos que forman parte de los contenidos razonables (inherentes) del artículo 21 de la Convención aplicado a los pueblos indígenas en virtud de una interpretación universalista del derecho aplicable.⁶⁰ La misma conclusión se aplica a los pueblos tribales partiendo de un razonamiento ligeramente diferente que se funda principalmente en el principio *pro personae* (artículo 29 de la Convención) y en su calidad de minorías étnicas protegidas por el artículo 27 del PIDCP (Saramaka, párrafos 93 y 94).

Los contenidos culturales razonables (inherentes) del artículo 21 de la Convención han sido evocados por el juez interamericano identificando su alcance, los contornos del poder de limitación estatal y el estado actual del consenso internacional en la materia.

En consecuencia, la Corte IDH ha venido afirmando que el goce de los recursos tradicionales es inherente al derecho de propiedad comunal, porque es consubstancial a la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales. Con lo cual, estos contenidos inherentes producen una obligación positiva a cargo del Estado cuando las comunidades prueban el vínculo estrecho entre los recursos naturales y su cultura tradicional y, al mismo tiempo, logran probar el uso tradicional de tales recursos dentro de los territorios reclamados, exento de cualquier impedimento externo para mantener tal vínculo.⁶¹

El juez interamericano desarrolló estos deberes reforzados a cargo del Estado, reconociendo que el goce de los recursos naturales tradicionales es necesario para garantizar la subsistencia, el desarrollo y la continuidad física y cultural de los pueblos tradicionales (Saramaka, párrafo 122).

Los contornos de esta garantía positiva especial (nosotros decimos multicultural) deben ser examinados caso por caso a la luz de las con-

⁵⁹ Por ejemplo, Corte IDH, *Yakye Axa*, pár. 203; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, pár. 222; Corte IDH, *Saramaka*, pár. 118; Corte IDH, *Sarayaku*, pár. 146.

⁶⁰ Por ejemplo, Corte IDH, *Mayagna*, párs. 116-118; Corte IDH, *Sarayaku*, *cit.*, pár. 145.

⁶¹ Corte IDH, *Yakye Axa*, pár. 137; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, pár. 118; Corte IDH, *Saramaka*, *precitada*, párs. 120-121; Corte IDH, *Sarayaku*, pár. 148-149.

diciones fijadas por la jurisprudencia interamericana con el fin de no imponer obligaciones positivas desproporcionadas a cargo de los Estados (Saramaka, párrafos 123, 126). Dicho de otra manera, la obligación positiva de garantizar el goce de los recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales, deriva de los contenidos culturales inherentes del derecho a la propiedad (artículo 21) que configuran la propiedad comunal y esta garantía se halla sujeta a la prueba que suministren las comunidades acerca del “uso tradicional de tales recursos” (por ejemplo, el uso de los bosques, presencia tradicional, ceremonias, cultivos permanentes o esporádicos, caza, pesca o recolección estacional o nómada) o a la interrupción del vínculo por causas ajenas a la voluntad de las comunidades.⁶²

En el consenso internacional, el derecho interno del Estado está llamado a adaptarse (artículo 2o. de la Convención), tomando en cuenta los contenidos inherentes de los derechos convencionales como cosa interpretada por la Corte IDH.

Los contenidos culturales inherentes a la propiedad privada del artículo 21 de la Convención, son el producto de una interpretación pluralista y multicultural (esto es, universal) y, a la hora actual, son jurisprudencia constante de la Corte IDH.⁶³ Algunos autores verán en el desarrollo de la Corte IDH una especie de colectivización de los derechos individuales o la creación de derechos autónomos por vía jurisprudencial.⁶⁴ En nuestra opinión, se observa la puesta en práctica, por primera vez en la historia moderna (situación paradójica e innovadora) de un ejercicio colectivo de los derechos convencionales por parte de sociedades indígenas y tribales que no han sido asimiladas por el modelo individualista dominante de origen colonial y frente a las que, en el marco de una sociedad democrática y multicultural, la Corte IDH debe ofrecer la garantía de sus derechos en igualdad de condiciones, sin lo

⁶² Por ejemplo, Corte IDH, Saramaka, 144-146, 158; Corte IDH, Sarayaku, pár. 148.

⁶³ Hasta abril de 2013, siete sentencias específicas (todas precitadas en este documento) en materia de derechos territoriales de las comunidades indígenas así lo confirman: Mayagna, Moiwana, Yakyé Axa, Sawhoyamaya, Saramaka, Xákmok Kásek y Sarayaku.

⁶⁴ Por ejemplo, Rinaldi, Karine, *Les droits des sociétés traditionnelles dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, cit., p. 46 ; Ruiz Chiriboga, Oswaldo y Donoso, Gina, “Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: fondo y reparaciones”, cit., pp. 74-80.

cual la Convención se reduce a un documento superfluo para una gran parte de la población del continente americano.⁶⁵

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La metáfora de la primavera puede ilustrar de manera sencilla y eficiente la evolución de la Corte IDH en materia de *conceptos amplificadores* de los derechos convencionales.

Las primeras floraciones tienen la forma de obligaciones positivas multiculturales que se han venido consolidando como un prisma ineludible de interpretación y una herramienta que cuenta con fuerza autónoma y que va mucho más allá de los desarrollos alcanzados por el juez europeo⁶⁶ porque se asienta sobre bases convencionales directas: los artículos 1.1 (obligación respetar los derechos) y 2o. de la Convención (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y, en materia de pueblos indígenas y tribales, adicionalmente se hará uso frecuente de la cláusula de no discriminación de la Convención (artículo 24).

El vasto espectro de las obligaciones positivas multiculturales de carácter sustancial y procesal, al igual que los efectos horizontales de dichas obligaciones *vis-à-vis* los particulares, se asienta en lo que hemos llamado a lo largo de este estudio “los contenidos culturales inheren-

⁶⁵ Los investigadores Irurozqui y Peralta nos explican, en efecto, como la privatización de la tierra, es decir, el ejercicio del derecho de propiedad como derecho individual fue uno de los instrumentos centrales de asimilación cultural que buscaron sustituir, durante la colonia española y durante la formación de las repúblicas independientes, la comunidad ancestral por la nación y eliminar cualquier intermediación entre el individuo y el Estado: Irurozqui, Martha & Peralta, Víctor, “II. Elites y sociedad en América andina: de la república de ciudadanos a la república de la gente decente; 1825-1880”, en Lumbreras, Luis Guillermo (coord.), *Historia de América Andina: Creación de las repúblicas y formación de la nación vol. 5*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Libresa, 2003, pp. 93-140, p. 98.

⁶⁶ Para un estudio vibrante de la teoría de las obligaciones positivas aplicada por el juez europeo de derechos humanos recomendamos el capítulo IV del libro de la profesora Laurence Burgorgue-Larsen, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos Diálogo*, cit., que se intitula: “Crónica de un activismo judicial diverso: la interpretación del Convenio Europeo”, pp. 65-111.

tes”, que constituyen el segundo grupo de floraciones de la primavera jurisprudencial interamericana.

Se podría arriesgar un tercer grupo de floraciones jurisprudenciales, que se manifiesta bajo la forma de un conjunto de presunciones favorables a los pueblos indígenas y tribales en materia de carga de la prueba. Si el estudio del daño (incluidos los aspectos ambientales y culturales) es probatorio (por ejemplo, peritajes) (Saramaka, párrafos 151 y 152), la Corte IDH parece estar consolidando una serie de presunciones favorables a las comunidades tradicionales en materia de: vínculo espiritual con los territorios, afectación colectiva de los derechos, relación estrecha entre las comunidades y los recursos naturales y expectativa razonable de impacto ambiental.

Es posible que otras flores se anuncien tímidamente y ellas aportan un pequeño grupo de conceptos en vía de autonomización en la jurisprudencia interamericana.⁶⁷ Algunos conceptos autónomos probables en construcción son: “vida”, “bienes”, “persona” e incluso “propiedad privada”. A riesgo de equivocarnos, diríamos que se trata de un fenómeno que avanza con paso lento y oscila entre la autonomización del concepto (su estricta delimitación) y la dilución (su delimitación amplia y flexible).

Por supuesto, los *conceptos amplificadores* de los derechos convencionales (por ejemplo, contenidos inherentes, obligaciones positivas, nociones autónomas, nociones diluidas), para usar la terminología del profesor Marguénaud,⁶⁸ no vienen solos y el juez interamericano ha dado muestras de prudencia y equilibrio, incorporando en su razonamiento algunos *dispositivos moderadores*, es decir, principios reductores del alcance de los derechos convencionales, destinados a reafirmar la autoridad del Estado y los intereses de la sociedad en un sentido amplio del término.

⁶⁷ No podemos abstenernos de hacer alusión al método de interpretación de las nociones autónomas de la CEDH, a través del cual el juez europeo ha venido dotando de un sentido exacto y particular a una serie de conceptos convencionales, entre los cuales podemos mencionar: víctimas, ley, tribunal, materia civil, materia penal, véase, por ejemplo, Marguénaud, Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 106 y ss.; Sudre, Frédéric, “Le recours aux notions autonomes”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 93-131.

⁶⁸ Marguénaud, Jean-Pierre, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, cit., 44 y 58.

Un claro ejemplo de estos conceptos moderadores (también inherentes al derecho convencional), podemos extraerlo del artículo 21 (derecho a la propiedad) de la Convención. Con respecto al otorgamiento estatal de concesiones de explotación de recursos naturales situados en territorios pertenecientes a las comunidades tradicionales, la Corte IDH ha dejado sentado que: 1) la protección de la propiedad comunal no es absoluta y está sujeta a ciertos límites y restricciones; 2) el artículo 21 de la Convención no puede interpretarse de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro de los territorios tradicionales, y 3) la protección del artículo 21 de la Convención abarca la afectación de recursos naturales tradicionalmente utilizados, bien sea por vía directa o indirecta, como consecuencia de la explotación de recursos naturales no tradicionales en una evaluación que se hará caso por caso (por ejemplo, la contaminación del agua derivada de la explotación minera) (Saramaka, párrafos 126, 127 y 143).

Esto significa que si, por una parte, el artículo 21 de la Convención debe ser estudiado considerando sus contenidos culturales inherentes (por ejemplo, noción colectiva de la propiedad, del uso y goce de los territorios y los recursos tradicionales), por otra parte, la restricción de la propiedad comunal y del goce de los recursos tradicionales por parte del Estado también forma parte de los contenidos inherentes del artículo 21 de la Convención, siempre y cuando el Estado cumpla con tres requisitos concurrentes: 1) la consulta previa (general o calificada, según el caso); 2) el objetivo legítimo, y 3) la naturaleza necesaria y proporcional de la restricción en el marco de una sociedad democrática (Saramaka, párrafo 127). Por supuesto, estos dispositivos moderadores de los contenidos convencionales no son enteramente de origen interamericano. Recordemos que el análisis de violaciones convencionales a partir de los estándares del “objetivo legítimo, la necesidad y la proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática”, forma parte de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la jurisprudencia europea más anciana.⁶⁹ De allí que la “consulta previa”, obligación positiva

⁶⁹ La Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, distingue entre derechos intangibles y derechos condicionales. Los primeros gozan de una garantía absoluta contra su restricción y derogación; los segundos pueden ser objeto de derogación, res-

de carácter procesal, constituya el elemento innovador del juez interamericano, si hacemos abstracción de la alusión ocasional a una sociedad democrática y “multicultural” (por ejemplo, Sarayaku, párrafo 159).⁷⁰

Para terminar, es preciso recordar que los conceptos amplificados de los derechos convencionales mantienen la Convención en movimiento y son las herramientas por excelencia del juez interamericano para avivar esta primavera jurisprudencial. El uso de los dispositivos moderadores, por su parte, está llamado a mantener un equilibrio entre los intereses legítimos del Estado como representante de la sociedad y los intereses legítimos de los individuos y de los colectivos legitimados como sujeto de derechos convencionales. El reto es el consenso universal en torno a ciertos principios más allá incluso de los consensos regionales probables. Los frutos del diálogo transjudicial parecen estar en el orden del día.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Documentos oficiales

BM, OP/BP 4.10 (7-2005), *Política operacional revisada y procedimientos del Banco en relación con pueblos indígenas*.

tricción o aplicación imperfecta. El párrafo segundo de los artículos 8 a 11 de la Convención Europea, establece como elementos de verificación a las restricciones autorizadas, tres criterios que impiden que la restricción afecte la esencia del derecho convencional protegido: la previsión legal de la limitación, el objetivo legítimo y la necesidad y la proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática. Estas limitaciones convencionales se han convertido en elementos de análisis sistemático de la jurisprudencia europea que se centra, en particular, en el elemento de necesidad y en el examen de proporcionalidad. Por ejemplo, CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, Sala Plena, 7 de diciembre de 1976, petición núm. 5493/72.

⁷⁰ No nos referimos a la condición evocada como “adicional” por el juez interamericano: que la restricción “no implique una denegación de su subsistencia como pueblo”, pues defendemos que, en el marco de la Convención y del *corpus iuris* interamericano, toda restricción de derechos que suponga la denegación de la subsistencia de un pueblo carece de objetivo legítimo además (por supuesto) de ser innecesaria y desproporcionada en el marco de una sociedad democrática, con lo cual, la llamada condición adicional (por ejemplo, Saramaka, pár. 128; Sarayaku, pár. 156) realmente no es adicional, se subsume.

- CIDH, doc. OAS/Ser.L/V/II.96 Doc.10 rev 1 (25-4-1997), *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador*, Capítulo IX.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
- OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II/.29 Doc. 41 rev. 2 (13-3-1973), *Resolución sobre la Protección Especial de las Poblaciones Indígenas. Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial*.
- OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (30-12-2009), *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.
- OIT, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes Número 169, adoptado en Ginebra, durante la 76ª reunión de la Conferencia Plenipotenciaria de la Organización Internacional del Trabajo el 27 junio 1989.
- ONU, doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. Volumen V (3-9-1987), *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Informe final (última parte), presentado por el Sr. José R. Martínez Cobo, Relator Especial*.
- ONU, doc. CPR/C/33/D/197/1985 (10-8-1988), *Iván Kitok vs. Suecia*, Comunicación No. 197/1985, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- ONU, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 (8-4-1994), Observación General No. 23 (General Comments) Derechos de las minorías (artículo 27).
- ONU, doc. A/52/18, anexo V (18-8-1997), *Resolución invitando a los Estados Partes a tomar ciertas medidas para reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas*.
- ONU, doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (18-8-1997), Recomendación General No. 23 del Comité por la Eliminación de la discriminación racial.
- ONU, doc. CCPR/C/70/D/547/1993, (15-11-2000), Comité PDCP, *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda*.
- ONU, doc. E/CN.4/2003/90 (21-1-2003), Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión.
- ONU, doc. E/C.12/1/Add.94, (12-12-2003), Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos

16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, Federación de Rusia.

Jurisprudencia

- CC-AS, *Alexkor Ltd. And the Government of South Africa v. Richtersveld Community and Others*, CCT/1903, 14 de octubre de 2003.
- CEDH, *Connors c. Reino Unido*, Sala, sentencia del 27 de mayo de 2004, petición no. 66746/01, pár. 84.
- CEDH, *Golder c. Reino Unido*, Sala plena, sentencia del 21 de febrero de 1975, petición no. 4451/70.
- CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume-Uni*, Sala Plena, 7 de diciembre de 1976, petición no. 5493/72.
- CEDH, *Hornsby c. Grèce*, Sala, sentencia del 19 de marzo de 1997 petición no. 18357/91
- ComADHP, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comunicación 155/96 (2001).
- Corte IDH, opinión consultiva del 24 de septiembre de 1982, OC-1/82, "Otros tratados". Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Perú.
- , opinión consultiva de 14 de julio de 1989, OC-10/89, "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos", solicitada por Colombia.
- , caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, 24 septiembre de 1999.
- , caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 6 de febrero de 2001.
- , caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000.
- , caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001.
- , caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de abril de 2004.

- , caso de la Comunidad Moiwana *vs.* Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15 de junio de 2005.
- , caso Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005.
- , caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006.
- , caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007.
- , caso del Pueblo Saramaka *vs.* Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007.
- , caso Comunidad indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010.
- , caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, 2010, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010.
- , caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, sentencia de fondo, 26 de noviembre de 2010.
- , caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012.
- , caso Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de septiembre de 2012.
- CSJ-Ca, Delgamuukw *v.* British Columbia, 1997/3-SCR. 1010, 11 de diciembre de 1997.

Doctrina

- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme et le ‘système onusien’”, en DUBOIT, Edouard y TOUZÉ, Sébastien (dir.) *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010.
- , Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, México, Porrúa, 2013.

- CANÇADO TRINDADE, Antonio, *Le droit international pour la personne humaine*, París, Pedone, 2012.
- CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones, 2007.
- FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte interamericana y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012.
- GARCÍA ROCA, Juan et al. (eds.), *El Diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas/Thomson, 2012.
- HENNEBEL, Ludovic, “La Convención Americana de Derechos Humanos y la Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm.127, 2010.
- IRUROZQUI, Martha y PERALTA, Víctor, “II. Elites y sociedad en América andina: de la republica de ciudadanos a la republica de la gente decente; 1825-1880”, en LUMBRERAS, Luis Guillermo (coord.), *Historia de América Andina: Creación de las repúblicas y formación de la nación vol. 5*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Libresa, 2003.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l’homme*, 5a. ed., París, Dalloz, 2011.
- RINALDI, Karine, *Les droits des sociétés traditionnelles dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, Nice, Tesis doctoral de la Universidad de Nice Sophia-Antipolis, 2012.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo y DONOSO, Gina, “Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: fondo y reparaciones” en AA. VV, *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 2012 (en prensa).
- SUDRE, Frédéric, “A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme”, 28 *Semaine Juridique*, I-335, 2001.
- SUDRE, Frédéric, “Le recours aux notions autonomes”, en SUDRE, Frédéric (dir.) *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 1998.
- SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 11a. ed., París, Presses Universitaires de France PUF, 2012.