

12

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Rosmerlin Estupiñán Silva & Juana María Ibáñez Rivas
 Universidad Paris 1 Panteón Sorbona^{***}

Resumen

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pone en evidencia una interesante evolución en cuanto a la aproximación a los derechos humanos de los miembros de pueblos indígenas y tribales, y a los desafíos pendientes en lo que concierne al cumplimiento de las correspondientes obligaciones estatales de respeto y garantía. En ese sentido, el presente trabajo pretende aportar herramientas que resulten de utilidad en el análisis de las sentencias de la Corte Interamericana desde dos perspectivas. La primera, referida al estudio de los métodos de interpretación del juez interamericano en materia de derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales y, la segunda, desde el contenido y alcance dado a dichos derechos humanos y las exigencias de su cristalización mediante el cumplimiento de las reparaciones.

1. INTRODUCCIÓN^{****}

Los tratados interamericanos no contienen ninguna especificidad cultural¹ debido a la influencia liberal del marco

^{***} Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona- Instituto de Investigaciones en Derecho Internacional y Europeo de la Sorbona (Paris, Francia) / *Groupe d'études en Droit international et Latino-américain de la Sorbonne - Institut de Recherche en Droit international et Européen de la Sorbonne (Paris, France)*. GEDILAS-IREDIES: <http://www.univ-paris1.fr/centres-de-recherche/iredies/menu-haut-iredies/activites/gedilas/>

^{****} Abreviaturas utilizadas: AMDI: Anuario Mexicano de Derecho Internacional; art./arts.: artículo/artículos; coord.: coordinador; CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos; dir.: director; OEA: Organización de Estados Americanos; OIT: Organización Internacional del Trabajo; p./pp.: página/páginas; RTDH : Revista Trimestral de Derechos Humanos ; ss.: siguientes; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; vol.: volumen

¹ No podemos pasar por alto dos declaraciones que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas y tribales. La primera data de 1947 y es un reflejo de todos los prejuicios de una

jurídico americano². En consecuencia, no parece extraño que las primeras posiciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH) no destaquen las particularidades de los pueblos indígenas en sus análisis³. El contexto social latinoamericano de mediados del siglo XX, el papel activo de los movimientos indígenas e indigenistas⁴ y la adopción progresiva del Convenio 169/1989 de la OIT por parte de los Estados del continente americano, marcarán la evolución de los trabajos de la CIDH y la consolidación de estudios especializados que, desde 1991⁵, sentarán las bases para los trabajos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH)⁶.

sociedad mestiza de pensamiento único que considera los pueblos aborígenes como un problema. En 1947, en el marco de la IX Conferencia Panamericana en Río de Janeiro, la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador (Carta Internacional Americana de Garantías Sociales), consagró en su artículo 39 que: *En los países en donde exista el problema de la población aborígena se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación*. El segundo texto, aprobado en 2011, es conocido como la Carta Democrática Interamericana y contiene dos artículos de interés: el artículo 9 como cláusula de no discriminación, que incluye la *promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas... y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa...* y el artículo 13, que se refiere, entre otras, al derecho a la educación de las *personas que pertenecen a las minorías*.

² Durante la redacción de la Carta de Naciones Unidas, no olvidamos la declaración de Eleanor Roosevelt en 1946, según la cual *if individual human rights are respected, there will be no need to proclaim the rights of minorities*. YACOUB, J., *Les minorités dans le monde : faits et analyses*, Desclée de Brouwer, Paris, 1998, p. 167.

³ Las primeras respuestas de la CIDH tratan los casos de las poblaciones indígenas como casos de sumatorias de individuos, sin considerar su carácter de pueblo o las consecuencias de los crímenes cometidos sobre el conjunto de la comunidad. v. CIDH, OEA/Ser.L/V/II.32, doc. 3, rev. 2 (14-2-1974): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1973, caso del *Pueblo Guaibo c. Colombia*; CIDH, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 20, corr. 1 (28-6-1976): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1975, caso de los *Pueblos indígenas Aché c. Paraguay*; CIDH, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10, rev. 3 (29-11-1983): *Informe especial sobre la situación de derechos humanos de un sector de la población de Nicaragua de origen miskito*.

⁴ Este tema se encuentra ampliamente documentado en el capítulo correspondiente al contexto latinoamericano de evolución de los derechos de los pueblos indígenas, a cargo de los profesores Jane Felipe Beltrão y Assis da Costa Oliveira, en esta obra colectiva.

⁵ CIDH, OEA/Ser.L/V/II.76, doc. 10 (18-9-1989): *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1988-1989*, capítulo VI, II; OEA, AG/Res. 1022 (XIX-0/89) (18-11-1989): *Resolución de la Asamblea General relativa al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, pár. 13. Desde 1990 existe un Relator especial sobre derechos de los pueblos indígenas en el seno de la CIDH y desde 1999, existe un Grupo de Trabajo del Consejo Permanente de la OEA en materia de pueblos indígenas y tribales que se reúne regularmente.

⁶ La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 es el instrumento principal de la Corte IDH, cuya sede en San José de Costa Rica, comenzó a funcionar en 1979, cuando la

En esa misma línea de trabajo, desde 1997, se dirigen los esfuerzos de los Estados en la elaboración de un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁷.

Este estudio concentrará su análisis en la jurisprudencia de la Corte IDH como intérprete legítima de los instrumentos jurídicos del sistema interamericano en casos que involucran alegadas violaciones a los derechos humanos de, *inter alia*, los pueblos indígenas y tribales. A partir de ello, otorgaremos una particular importancia a los conceptos y métodos de la decisión judicial en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: la Convención), concentrándonos en aquellos casos que han supuesto una relectura del derecho aplicable a la luz de principios ancestrales y de especificidades culturales.

Partimos de la definición aportada por la jurisprudencia interamericana de pueblos indígenas y tribales como grupos humanos en situación de vulnerabilidad⁸ y nos referimos a pueblos indígenas y tribales, incluyendo la jurisprudencia relativa a casos de comunidades afrodescendientes pues, a la fecha, la Corte IDH ha analizado los casos representativos de comunidades

Asamblea General de la OEA eligiera sus primeros siete jueces. La Corte IDH tiene una función consultiva bastante amplia en materia de interpretación de tratados y otros textos y una función contenciosa que depende de los casos que son llevados ante la Corte IDH a través de la Comisión.

⁷ Propuesta de Declaración Americana sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, aprobada por la CIDH el 26 de febrero de 1997, en su 95 Período Ordinario de Sesiones, OEA/Ser/L/V/.II.95 Doc.6 (1997). http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=8

⁸ e.g. La jurisprudencia interamericana se ha referido a los pueblos indígenas y tribales como grupos humanos *en situación de debilidad o desvalimiento*, *en situación de vulnerabilidad y marginalidad* (Yatama, pár. 201 y 202), en *estado de vulnerabilidad* (Moiwana, voto Caçado Trindade, pár. 79), *en situación de especial vulnerabilidad* (Yakye Axa, pár. 63); *en situación de vulnerabilidad* (Saramaka, pár. 174). v. Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005 (en adelante: Yatama); 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); Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005 (en adelante: Yakye Axa); Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007 (en adelante: Saramaka).

afrodescendientes caracterizándolas como pueblos tribales que, en atención a la particular relación con sus tierras ancestrales, son susceptibles de compartir la misma protección que la de los pueblos indígenas⁹.

Con el ánimo de aportar herramientas de análisis que puedan ser utilizadas en futuras decisiones de la Corte IDH, abordaremos el estudio a partir de un análisis de los métodos de interpretación del juez interamericano en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, sus enfoques e innovaciones (1), para referirnos posteriormente al contenido de los derechos convencionales en la materia y a las modalidades de su aplicación (2) y avanzar algunos elementos de conclusión.

2. LA INTERPRETACIÓN DINÁMICA DEL JUEZ INTERAMERICANO

Para adaptarse a las situaciones y casos bajo estudio, la Corte IDH adoptará desde una época temprana, un *método dinámico* de interpretación que autores como el profesor Hennebel llamarán “dinámico” “sociológico” o “generoso”¹⁰ y que consistirá en interpretar el derecho aplicable en el contexto y en relación estrecha con la realidad del peticionario. Se trata de una mirada universal multicultural profunda **(2.1)** que hará florecer teorías y técnicas de interpretación novedosas a fin de adaptar la Convención al particularismo cultural **(2.2)**.

⁹ Para una aproximación crítica a la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la identificación de comunidades rurales afro-descendientes como pueblos tribales, véase DULITZKY, A., «Cuando los afrodescendientes se transformaron en pueblos tribales: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras», *El Otro Derecho*, n° 41, 2010, pp. 13-48.

¹⁰ HENNEBEL, L., «La protection de l'intégrité spirituelle des indigènes. Réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Comunidad Moiwana c. Suriname* du 15 juin 2005», *RTDH*, n° 66, 2006, pp. 253-276, p. 254; HENNEBEL, L., «La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme», en HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H. (dir) *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, París, 2009, pp. 75-119, p. 80.

2.1. Los contornos de una sociedad multicultural interpretada por el juez interamericano

El uso del *método multicultural de interpretación* en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales tiene una consecuencia evidente: la apertura al universalismo jurídico, adoptando una mirada pluralista, capaz de incorporar el derecho consuetudinario indígena, los principios tradicionales de las comunidades autóctonas y tribales así como los componentes fundamentales de la cosmovisión indígena¹¹. Este enfoque ambicioso parte de un análisis multicultural en la perspectiva universal de los derechos humanos (2.1.1) y obliga a un enfoque pluralista, respetuoso de los particularismos, como garantía de efectividad de los derechos convencionales (2.1.2). El juez interamericano ha asumido el reto de proteger la especificidad sin, por lo tanto, perder la vocación universal de los derechos protegidos por el sistema.

2.1.1. El universalismo jurídico en el marco de una sociedad multicultural

La Corte IDH sentó las bases de un método de interpretación universal de muy largo alcance en el marco de su función consultiva [OC-1/1982]¹². En materia contenciosa, la jurisprudencia interamericana está marcada por la apertura hacia fuentes externas al sistema con fines de interpretación de la Convención¹³.

¹¹ RINALDI, K., *Les droits des sociétés traditionnelles dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Tesis doctoral de la Universidad de Nice Sophia-Antipolis, Nice, 2012, p. 45.

¹² 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 [pár. 27], con independencia de que se trate de instrumentos ajenos al sistema interamericano [pár. 37] siempre que su función consultiva no desnaturalice su función contenciosa o vaya en detrimento de las víctimas presuntas [pár. 31]. Corte IDH, opinión consultiva de 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 (en adelante: OC-1/1982).

¹³ El juez interamericano sigue de cerca la dinámica de otros sistemas regionales para mantenerse 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, J., et al (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y*

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 2 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 homine* (*pro personae*) o *favor libertatis*¹⁴. 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 protección¹⁵.

En materia de pueblos indígenas y tribales, la Corte IDH hará uso de una amplia gama de fuentes que van desde instrumentos 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.

Americano de Derechos Humanos, Civitas/Thomson, Madrid, 2012, 491pp.; BURGORGUE-LARSEN, L., «Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le système onusien», en DUBOUT, E.; TOUZE, S., (dir.) *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, París, 2010, pp. 91-115.

¹⁴ 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, p. 42.

¹⁵ Para el profesor Hennebel la Corte IDH aplica una mirada *jusnaturalista*. HENNEBEL, L., *La Convention américaine des droits de l'homme, mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruselas, 2007, p. 4. Para el profesor Ferrer McGregor, al mismo tiempo, los artículos 1-1, 2 y 29 de la Convención 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 el asunto *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, de 26 de noviembre de 2010. Este mismo juez desarrollará ampliamente los postulados de la Corte IDH una obra reciente bajo su coordinación. FERRER MCGREGOR, E., (coord.) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte interamericana y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012. Un estudio crítico acerca de los problemas y las dificultades de coherencia asociadas al control de convencionalidad interamericano puede leerse en: CASTILLA JUAREZ, K., «Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados», AMDI n° XIII, 2013, pp. 51-97, p. 66.

La apertura al universo de fuentes de derechos humanos queda patente en la sentencia *Mayagna- Awas Tingni* que, sobre la base del principio *pro homine* [pár. 138] nos recuerda el deber estatal de ajustar el goce de los derechos de las comunidades indígenas y tribales “conforme al derecho consuetudinario, valores usos y costumbres”¹⁶.

En materia de fuentes, en el caso *Sarayaku*¹⁷, la Corte nos recuerda 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” [pár. 161], “los principios generales de derecho internacional” [pár. 164], los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el sistema interamericano [pár. 161], son todos ellos elementos que integran el análisis jurídico de la Corte IDH, que va más allá, integrando el *soft law* en su análisis.

En efecto, el juez interamericano 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 [*Sarayaku*, pár. 160 y nota 178].

En el caso *Saramaka*¹⁹, la Corte IDH se inspirará en el Convenio OIT 169/1989, instrumento externo al sistema interamericano no ratificado por Surinam, además de otros elementos, para identificar la consulta como inherente al derecho de propiedad comunal [párrs. 92-93, 129-134]. La Corte IDH hará valer la misma interpretación dinámica en *Sarayaku* contra el Ecuador, quien ha ratificado el citado Convenio, para afirmar que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional” [párrs. 163-164].

¹⁶ Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001 (en adelante: *Mayagna-Awas Tingni*).

¹⁷ Corte IDH, caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012 (en adelante: *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 (en adelante: OC-10/1989).

¹⁹ Corte IDH, *Saramaka*, precitada.

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, en palabras de la profesora *Burgorgue-Larsen*, mantener la Convención en movimiento²⁰. Efectivamente, si bien el universalismo es el contorno visible del derecho aplicable, la amplia gama de tonalidades se construye, caso por caso, en función de los particularismos que, sin perder la armonía del sistema, constituyen fuertes componentes de pluralismo jurídico (2.1.2).

2.1.2. La rehabilitación del pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico forma parte de toda sociedad democrática y multicultural. Su actualidad conceptual se hace evidente en dos aspectos fundamentales: en el hecho de que, a diferencia de su homólogo europeo²¹, el juez interamericano actúa basándose ampliamente en el derecho aplicable en el seno del Estado acusado [*Sarayaku*, pár. 160 y notas 183-185; *Saramaka*, pár. 129-134] y, en el hecho de que el pluralismo jurídico interamericano también se extiende al derecho indígena y tribal²².

²⁰ Hablando de la Corte Europea de Derechos Humanos, esta autora afirma: *El Tribunal renueva así el sentido y se pone al día con las tendencias normativas y jurisprudenciales a escala internacional. Haciendo esto, el Convenio se mantiene siempre in, jamás obsoleto, esclerótico, arcaico*: BURGORGUE-LARSEN, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, Porrúa, México, 2013, p. 72.

²¹ Para el juez europeo: *(...) no es necesario que el Estado defensor haya ratificado el conjunto de los instrumentos, aplicables en el sujeto preciso de que trata el asunto dado. Es suficiente para la Corte que los instrumentos pertinentes denoten una evolución continua de normas jurídicas y principios aplicados en el Derecho Internacional o en el derecho interno de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa y certifiquen, sobre un aspecto preciso, un entendimiento mutuo en las sociedades modernas (...)* CEDH, *Demir y Baykara c. Turquía*, Gran Sala, sentencia de 12 de noviembre de 2008, petición n.º 34503/97, pár. 86 (traducción libre de la versión en francés).

²² No podemos abstraernos, en este aspecto, del completo análisis de los profesores Jane BELTRÃO y Assis da Costa OLIVEIRA que, en esta obra colectiva, constatan la existencia de un fuerte constitucionalismo multicultural latinoamericano que data de finales del siglo XX y cuya evolución última (e.g. Bolivia y Ecuador) va más allá, planteando la construcción de constituciones plurinacionales. Tampoco podemos dejar de recomendar el análisis del profesor José AYLWIN, en esta obra colectiva, que se refiere a las brechas de implementación de este constitucionalismo multicultural que acompañó la adopción del Convenio 169/1989, cuyos contenidos de liberalismo económico impactaron adversamente a los pueblos indígenas, obligándoles a buscar respuestas internacionales para el respeto de sus derechos.

De toda evidencia, así lo entendió la Corte IDH, cuando en 2000, en el asunto *Bámaca Velásquez (Fondo)*²³, hizo valer la cosmovisión indígena para valorar las consecuencias culturales de una desaparición forzada más allá de las repercusiones sobre las víctimas directas o indirectas individualmente consideradas²⁴. La unidad del género humano entre los vivos y los muertos y la relevancia central de este vínculo en el seno de la cultura maya fueron la puerta de entrada de un análisis pluralista de los derechos a la luz de la identidad cultural [pár. 145-f]²⁵.

Más tarde, en 2005 y 2006, en los asuntos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, la Corte IDH encontrará que los artículos 24 (igualdad ante la ley) y 1-1 (obligación de respetar y garantizar los derechos) de la Convención suponen la obligación de interpretar y aplicar la normativa interna en materia de procedimiento administrativo efectivo y plazo razonable (recurso judicial efectivo) para la reivindicación de tierras de los pueblos indígenas y tribales y de reconocimiento de la personalidad jurídica como pueblo “tomando 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”²⁶.

No escapa al tribunal esta valoración, en materia de derechos de participación política, en el asunto *Yatama*, cuando la ley electoral del Estado impone prácticas de participación política no

²³ Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000 (en adelante: *Bámaca Velásquez (Fondo)*).

²⁴ *Ibid.*, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, pár. 3. Como recordaremos, en 1991 la sentencia de fondo en el caso *Aloeboetoe vs. Suriname*, relativa a la masacre perpetrada contra víctimas pertenecientes al pueblo tribal saramaka no ofreció ningún análisis en materia de multiculturalismo. Solo la sentencia posterior de reparaciones y costas permitió deliberar acerca de las costumbres y la organización tradicional (matrilineal y poligámica) como base para establecer el listado de causahabientes, víctimas indirectas de la masacre y como fundamento mismo de reparaciones no pecuniarias que anunciaban tímidamente la jurisprudencia a venir. Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de fondo, 4 de diciembre de 1991; Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de reparaciones y costas, 10 de septiembre de 1993 (en adelante: *Aloeboetoe (Reparaciones)*), párs. 17-20, 64.

²⁵ En 2005, esta reflexión recibe una atención especial en el análisis de las tradiciones tribales de la comunidad Njuka. Corte IDH, *Moiwana*, precitada, párs. 99-100.

²⁶ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 51; Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, (en adelante: *Sawhoyamaya*), párs. 59-60, 89, 95.

adaptadas culturalmente a una comunidad tradicional cuyos líderes se ven excluidos de las listas de candidatos, privando a la comunidad de la posibilidad de elegir a quien “contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y tribales” [pár. 227-229]. La incorporación de la identidad cultural como principio jurídico da prueba de un pluralismo jurídico rehabilitado que será la base del examen profundo de cuestiones relativas a la noción de “persona” como individuo y “persona” como sujeto multitud, marco característico sustancial de las comunidades indígenas y tribales²⁷.

En 2010, la Corte IDH ira más allá al proclamar en *Xákmok Kásek*, que la identificación como comunidad es un hecho histórico social que forma parte de su autonomía y que no corresponde al Estado o a los tribunales determinar [pár. 37]²⁸. ¿Alusión indirecta al respeto del derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres invocados en *Yakye Axa* [pár. 63]? o ¿indicación indirecta del carácter inherente de la evolución de la identidad cultural y de la intangibilidad de la cultura comunitaria evocada en *Moiwana* [párs. 86.6-86.10]?. Probablemente la Corte IDH reenvía a fuentes universales, pues recordaremos que la *conciencia de la identidad cultural* que guarda cada sociedad tradicional es, conforme al artículo 1-2 del Convenio 169/1989, el aspecto fundamental a la hora de determinar su carácter indígena o tribal.

El enfoque de apertura no se detiene en las fuentes de derecho universales y en el pluralismo jurídico, pues como lo hemos evocado, *Sarayaku* muestra claramente la tendencia a evocar jurisprudencia nacional e internacional, como fundamento de un consenso jurídico universal, más allá del consenso interamericano en materias indígenas y tribales [pár. 164, notas

²⁷ Corte IDH, *Yatama*, precitada, voto concurrente del juez Sergio Ramírez García, pár. 7. El lector encontrará un estudio de los derechos políticos desarrollados a partir de este caso en BURGORGUE-LARSEN L., UBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 641 et s. Un comentario actualizado hasta 2011 de las mismas autoras se encuentra en : *The Inter-American Court of Human Rights. Cas Law and Comentary*, Oxford, OUP, 2011, pp. 589 et s. (cap.23)

²⁸ Corte IDH, caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010 (en adelante: *Xákmok Kásek*).

190-215]²⁹. En efecto, la Corte IDH ha venido perfilando un consenso regional en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales de amplias repercusiones (2.2).

2.2. Florecimiento conceptual en el seno del sistema interamericano

A fin de que la Convención pueda aplicarse de manera armoniosa en ordenamientos internos con obligaciones diferentes en materia de pueblos indígenas y tribales, la Corte IDH hizo evolucionar su jurisprudencia valiéndose de la teoría de las obligaciones positivas (2.2.1) y de la inclusión de contenidos culturales inherentes (2.2.2.).

2.2.1. Las obligaciones positivas de los Estados

La teoría de las obligaciones positivas derivadas de disposiciones convencionales ha sido la piedra angular de la interpretación del juez interamericano, desde el primer fallo de la Corte IDH [*Velásquez Rodríguez*, 1988]³⁰ y, en particular, en lo que concierne a obligaciones estatales, amparada en una lectura combinada de los derechos protegidos con los artículos 1-1 (obligación de respetar y garantizar), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 de la Convención (principio *pro homine o pro persona*)³¹.

La Corte IDH determinará que las obligaciones positivas exigen concretamente de las autoridades nacionales una acción, que consiste en tomar las medidas necesarias para la salvaguarda de un derecho o, de modo todavía más preciso, adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de los individuos [*Velásquez Rodríguez* (Fondo), pár. 164-167].

²⁹ En *Sarayaku* la Corte IDH no se contenta con ampliar la mirada más allá de los Estados bajo su competencia y evocar la incorporación de los estándares internacionales en el derecho interno en el marco de los Estados miembros de la OEA (e.g. Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela). Además, el juez interamericano se refiere a la jurisprudencia de estos y otros Estados del continente americano (e.g. Canadá, Bélgica) y evoca los desarrollos jurisprudenciales de Nueva Zelanda.

³⁰ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988 (en adelante: *Velásquez Rodríguez* (Fondo)).

³¹ Las obligaciones positivas han sido fuente para el análisis sobre los elementos que componen la desaparición forzada como violación de naturaleza continua que han sido incluso acogidos por la jurisprudencia europea. BURGORGUE-LARSEN, L., *El diálogo judicial. op. cit.*, pp. 23-26.

La Corte IDH identificará claramente una serie de obligaciones de carácter material y de carácter procesal en el caso de los pueblos indígenas y tribales.

El Estado tendrá la obligación material de efectividad de los derechos convencionales: la vida en su dimensión multicultural, la propiedad de los territorios comunales o la participación política de las comunidades. El Estado, tendrá igualmente obligaciones positivas procesales, estrechamente ligadas al goce efectivo de los derechos convencionales [*Sawhoyamaxa*, pár. 143; *Sarayaku*, pár. 164]. Estas obligaciones pueden ser jurídicas (e.g. establecimiento de marcos jurídicos pertinentes para garantizar la consulta, adaptación cultural de la protección judicial), administrativas (e.g. de reconocimiento de personería jurídica, de reconocimiento de títulos de propiedad), judiciales (e.g. persecución y sanción de responsables, establecimiento de garantías judiciales adaptadas culturalmente) o de orden político en particular en materia de reparaciones no pecuniarias (e.g. disculpas públicas).

La teoría de las obligaciones positivas ha llevado a la Corte IDH a desarrollar igualmente, los efectos horizontales de los derechos protegidos por la Convención.

En materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, el juez interamericano ha consagrado la responsabilidad de otorgar una protección reforzada a las comunidades indígenas y tribales cuando sus derechos entran en conflicto con los derechos de terceros [*Mayagna- Awas Tingni*, pár. 164; *Sarayaku* párs. 145, 167]. Desde la sentencia fundadora, *Mayagna - Awas Tingni*³² hasta *Masacres de Río Negro* (última sentencia en 2012)³³, la Corte IDH afirmará como jurisprudencia consolidada que el Estado adquiere la responsabilidad por las violaciones cometidas por particulares contra los pueblos indígenas y tribales, en la medida

³² e.g. El lector encontrará un estudio de esta sentencia y, mas allá, de toda la jurisprudencia en materia de pueblos indígenas hasta 2008 en: BURGORGUE-LARSEN L., UBEDA DE TORRES A., *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., pp.532 et s., y hasta 2011 en: BURGORGUE-LARSEN L., UBEDA DE TORRES A., *The Inter-American Court of Human Rights. Cas Law and Comentary*, op. cit.

³³ Corte IDH, Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de septiembre de 2012 (en adelante: *Masacres de Río Negro*), pár. 174.

en que una falla en el deber estatal de proteger pueda verificarse y esta falla consiste en una acción defectuosa de los poderes públicos [Yakye Axa], una intervención negligente [Sarayaku] o una acción inexistente en presencia del deber de proteger [Saramaka].

Junto a las obligaciones positivas, la Corte IDH hace uso de criterios contextuales, sociológicos y antropológicos³⁴, es decir, del expreso “reconocimiento de la relevancia de la identidad y la diversidad culturales para la efectividad de la norma jurídica”³⁵ así como del principio *pro homine* (*pro personae*)³⁶ para desarrollar por vía jurisprudencial ciertos artículos a partir de contenidos inherentes que se refieren fundamentalmente a aspectos sustanciales del derecho a la propiedad, la vida, los derechos políticos y el acceso a la justicia (2.2.2).

2.2.2. Los contenidos multiculturales inherentes

Los contenidos inherentes han sido evocados progresivamente por el juez europeo de derechos humanos³⁷. En el contexto interamericano, con una historia marcada por violaciones graves de los derechos humanos, el juez interamericano ha seguido otros caminos³⁸ y no ha evocado expresamente el recurso a este método particular de

³⁴ No puede extrañarnos que desde el asunto *Mayagna-Awas Tingni*, hayan sido llamadas numerosas experticias antropológicas y sociológicas, además de jurídicas. Los estudios multidisciplinarios serán la puerta de entrada del análisis multicultural de los derechos en el sistema interamericano. Corte IDH, *Mayagna-Awas Tingni*, precitada, párs. 64-66, 75 (nota 1), 83-c, 83-d, 83-e, 83-f, 83-j.

³⁵ Corte IDH, *Bámaca Velásquez* (Fondo), precitada, opinión separada del juez *Antônio Cançado Trindade*, pár. 24.

³⁶ 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(...).

³⁷ En 1975, en el asunto *Golder c. Reino Unido*, la CEDH señaló que “el principio según el cual todo litigio civil debe poder ser llevado ante un juez se cuenta entre los principios fundamentales de derecho universalmente reconocidos” y juzgó que “el derecho de acceso constituye un elemento inherente al derecho que enuncia el artículo 6-1” (subrayado fuera del texto). CEDH, *Golder c. Reino Unido*, Sala plena, sentencia de 21 de febrero de 1975, petición n.º. 4451/70, párs. 35-36 (versión en inglés/francés).

³⁸ e.g. algunas reflexiones sobre la historia y los caminos del juez interamericano: CANÇADO TRINDADE, A., *Le droit international pour la personne humaine*, Pedone, Paris 2012.

interpretación. No obstante, la autoridad del juez se ha venido manifestando a partir de una interpretación *pro homine* multicultural centrada en la identidad cultural como principio transversal de interpretación que dota de contenidos renovados y adaptados culturalmente a cada uno de los derechos convencionales, enriqueciendo sensiblemente el contenido de los derechos aplicables a los pueblos indígenas y tribales.

En primer lugar, la jurisprudencia de la Corte IDH procederá a la reinterpretación de la *persona* como un concepto que no se agota en la noción de individuo y que va más allá de los integrantes de una comunidad tradicional para asentarse en el sujeto colectivo ...

la comunidad en sí misma como sujeto de derechos de propiedad tradicional, de personalidad jurídica, de autodeterminación y de existencia, que se manifiesta a través de medidas de reparación cuyo destinatario es el grupo, como víctima indirecta de la violación de los derechos de uno de sus miembros. En su evolución última, la sentencia *Sarayaku* [pár. 231], sin desconocer los derechos de los miembros de las comunidades, señalará que el goce colectivo de derechos es inherente a la cosmovisión indígena y tribal y que el Derecho Internacional les reconoce como sujetos colectivos de derechos más allá de los individuos. Era menester tomar nota de la cosmovisión indígena y tribal, para comprender el vínculo estrecho entre los individuos y entre ellos y sus territorios [*Sawhoyamaxa*]³⁹.

En segundo lugar, la Corte IDH procederá a una reinterpretación del contenido de los derechos convencionales haciendo uso de la mirada transversal de la identidad cultural como una aplicación del principio *pro homine* en sociedades multiculturales.

Veremos en detalle más adelante como la identidad cultural está presente como elemento rector de la reconceptualización convencional⁴⁰.

³⁹ Para una mayor comprensión de dicha evolución, véase, Corte IDH, caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre 2004 (en adelante: *Masacre Plan de Sánchez*), voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 5, y Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi.

⁴⁰ e.g., de la integridad moral (art. 5) (e.g. en el dolor causado a la comunidad por la pérdida de uno de sus miembros), de las medidas de reparación culturalmente adaptadas, de la protección de

Es precisamente esta mirada multicultural inherente la que lleva a identificar los usos y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, como elementos constitutivos del derecho a la vida que redefinen la vida misma en función trans-generacional, trans-temporal y holística como consecuencia de la relación hombre-comunidad-naturaleza (art. 4 de la Convención)⁴¹.

En efecto, un tema privilegiado de desarrollo de conceptos multiculturales inherentes será el derecho a la propiedad (art. 21 de la Convención)⁴², estrechamente ligado al vínculo cultural y espiritual que une a los pueblos indígenas y tribales con los territorios que reclaman [*Mayagna- Awas Tingni*, párs. 144, 149, 151; *Moiwana*, pár. 129; *Sawhoyamaya*, pár. 131; *Yakye Axa*, párs. 137, 146, 154; *Saramaka*, pár. 82; *Sarayaku*, pár. 145]. El juez interamericano afirmará su construcción multicultural de los contenidos del derecho a la propiedad cuando señala que no es posible imponer las definiciones de propiedad del derecho romano a las nociones indígenas y tribales de propiedad [*Mayagna- Awas*

la relación de las comunidades con el territorio a través de la restitución de territorios (art. 21), del derecho a vivir en sus territorios tradicionales (art. 22); del respecto de la organización tradicional (art. 23), y, en general del respeto al derecho a vivir de acuerdo con una cultura (art. 4), a aprenderla (art. 17), y transmitirla a los menores (art. 19). El desarrollo de los contenidos culturales (multiculturales) inherentes de los derechos convencionales permite al juez interamericano hablar de otras protecciones posibles, relativas a los derechos sociales, en particular en materia de saneamiento, salud, educación y medio ambiente sano cuando identifica a un grupo humano como vulnerable en razón de su situación dentro de la sociedad.

⁴¹ Esta mirada de los contenidos multiculturales inherentes del derecho a la vida, incluye, sin ser restrictiva: *el restablecimiento del vínculo entre los vivos y los muertos* [*Bámaca Velásquez* (Fondo), precitada, pár. 145-f], *el derecho a enterrar sus muertos* y a completar el ciclo místico que les une a los vivos dentro de la comunidad tradicional [*Moiwana*, párs. 99-100], *la vida digna* como el goce de los derechos de propiedad de los territorios tradicionales [*Mayagna- Awas Tingni*, precitada, párs. 116-118; *Sarakayu*, pár. 145] y tribales [*Saramaka*, precitada, párs. 120-122] e incluso, *la conservación medioambiental*, como consecuencia de la armonía entre la vida humana y la naturaleza, porque para las comunidades indígenas y tribales el territorio es sagrado para los vivos y los muertos, sus ancestros y sus divinidades, y la conservación es importante para preservar el legado de las generaciones pasadas y asumir las responsabilidades frente a las generaciones futuras [*Mayagna-Awas Tingni*].

⁴² Al filo de las sentencias, la Corte IDH ha elaborado una serie de características inherentes, aún en movimiento, de los bienes que integran la noción de propiedad privada del artículo 21 de la Convención y que podrían anunciar la construcción de una noción autónoma en la misma línea de interpretación que ha usado largo tiempo atrás su homólogo europeo, e.g. 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 Itá vs. Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007, pár. 174.

Tingni, párs. 147-153]⁴³. En este proceso de construcción de contenidos multiculturales inherentes, veremos como elementos relevantes: el uso del derecho consuetudinario indígena [*Mayagna-Awas Tingni*, pár. 151; *Yakye Axa*, pár. 151], la noción de cosmovisión ancestral de los territorios tradicionales [*Yakye Axa*, párs. 135-147], la identificación de formas de propiedad tradicional y de derechos preexistentes que trascienden a aquellos territorios sobre los cuales las comunidades indígenas y tribales han perdido toda posesión y tenencia pero guardan profundos lazos espirituales [*Moiwana*, pár. 132; *Sawhoyamaxa*, pár. 128] y la extensión del vínculo espiritual comunitario más allá de la tierra, hacia los recursos naturales de uso tradicional [*Mayagna- Awas Tingni*, párs. 116-118; *Sarakayu*, pár. 145; *Saramaka*, párs. 120-122]⁴⁴.

En nuestro análisis hemos puesto de presente que la utilización del método multicultural de interpretación trae consigo una apertura al universalismo de fuentes, una rehabilitación del pluralismo jurídico culturalmente adaptado y el uso de métodos de interpretación precisos, en particular, la reinterpretación de obligaciones positivas multiculturales y la mirada de los derechos convencionales a la luz de contenidos multiculturales inherentes. Creemos que esta interpretación pluralista y multicultural, a la hora actual, forma parte de la jurisprudencia constante de la Corte IDH⁴⁵. En la práctica, el juez interamericano ha asumido el desafío de reinterpretar la Convención para hacer efectivos los derechos

⁴³ 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, *Sawhoyamaxa*, precitada, opinión separada del juez Sergio García Ramírez, pár.13.

⁴⁴ En los últimos desarrollos del concepto multicultural de propiedad privada, la Corte IDH concluye, para escándalo de los puristas del Derecho, que la indivisibilidad de los derechos forma parte de los puntos de partida, que el derecho a la propiedad tradicional de las comunidades indígenas y tribales no puede comprenderse sin un goce razonable y equitativo de los recursos del territorio, como garantía económica, social y cultural para preservar de la extinción de las comunidades indígenas y étnicas. ¿Se trata de una nueva alusión universalista a la Declaración de Viena de 1993 sobre la indivisibilidad de los derechos humanos?, lo cierto es que, en el momento actual, los derechos sociales, económicos y culturales forman parte de la construcción de los contenidos multiculturales inherentes del derecho a la propiedad privada [e.g. *Saramaka*, párs. 121; *Sarakayu*, pár. 230].

⁴⁵ 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- Awas Tingni*, *Moiwana*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa*, *Saramaka*, *Xákmok Kásek* y *Sarakayu*.

convencionales en el seno de sociedades multiculturales, plurinacionales, con identidades culturales diversas⁴⁶ y, por supuesto, este ejercicio de interpretación trae consigo una riqueza inusitada y coherente en el desarrollo de los derechos convencionales reinterpretados por la Corte IDH **(3)**, con un contenido y alcance renovados **(3.1)** y con una vocación de goce efectivo **(3.2)**.

3. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Teniendo en cuenta los métodos de interpretación adoptados por la Corte IDH en el análisis de los casos que involucran pueblos indígenas y tribales, a continuación presentamos brevemente el contenido y alcance de los derechos de los miembros de dichos pueblos desarrollados en su jurisprudencia **(3.1)**, así como las correspondientes medidas de reparación ordenadas a los Estados responsables de las violaciones a tales derechos **(3.2)**.

3.1. Contenido y alcance de los derechos

En lo que concierne a los derechos de los miembros de pueblos indígenas y tribales, es posible afirmar que la jurisprudencia de la Corte IDH presenta dos situaciones específicas: La primera, cuando los derechos tradicionales contenidos en la Convención son interpretados desde una perspectiva dinámica multicultural (3.1.1). Y, la segunda, cuando se desarrollan derechos innominados, es decir, cuando se define el contenido y alcance de un derecho no previsto expresamente en el texto de la Convención (3.1.2).

⁴⁶ Es interesante tener en cuenta por ejemplo, cómo 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 la identidad cultural comunitaria sustituyendo cualquier intermediación entre el individuo y el Estado. IRUROZQUI, M & V. PERALTA, V., ¶I. Elites y sociedad en América andina: de la república de ciudadanos a la república de la gente decente; 1825-1880, en LUMBRERAS, L. G., (coord.) *Historia de América Andina: Creación de las repúblicas y formación de la nación vol. 5*, Universidad Andina Simón Bolívar/Libresa, Quito, 2003, pp. 93-140, p. 98.

3.1.1. Los derechos expresamente previstos en la Convención Americana

En este punto destacamos doce (12) derechos reconocidos en la Convención que han sido analizados desde una perspectiva indígena-tribal.

- a) El **derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 CADH)**.- resalta el derecho de los miembros de pueblos indígenas y tribales a acceder a sus documentos de identidad como elementos esenciales “para la determinación de derechos civiles”. En cuanto a los pueblos como tal, la Corte IDH ha señalado la importancia de otorgarles la personalidad jurídica a nivel interno para hacer efectivos los derechos que estos ya poseen y que vienen ejerciendo históricamente como comunidad⁴⁷.
- b) El **derecho a la vida (artículo 4 CADH)**.- el concepto de “vida digna” es aplicado al considerar que los miembros de pueblos indígenas y tribales son “personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”⁴⁸. Así, ha quedado establecido que el acceso a una vida digna para los pueblos indígenas y tribales exige el goce de los derechos a la salud, a la alimentación, al agua limpia, vivienda, y servicios sanitarios, todo lo cual determina “las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”⁴⁹, y exige la necesaria relación de dichos pueblos con sus tierras y el goce y disfrute de sus recursos naturales. En esa misma línea, la Corte IDH ha señalado que el incumplimiento de la

⁴⁷ Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, párs. 186-194; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, pár. 251; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 171.

⁴⁸ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 162. En estos casos, la Corte ha sustentado el concepto de “vida digna” a partir de una lectura sistemática de la Convención (artículos 1.1, 4.1, 26 y 29.b) y del contenido y alcance de ciertos derechos económicos, sociales y culturales – desde el Protocolo de San Salvador y las disposiciones del Convenio 169 de la OIT-.

⁴⁹ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 167.

obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal puede crear una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida y la integridad de los miembros de una comunidad⁵⁰.

- c) El derecho a la integridad personal (artículo 5 CADH).**- resalta, *inter alia*, la necesidad de que existan traductores que puedan tomar las declaraciones de una persona víctima de violación sexual en el marco de una investigación, valorando que “las agresiones sexuales son un tipo de delito que aquélla no suele denunciar” “por las particularidades tanto culturales como sociales” que debe enfrentar (rechazo de la propia comunidad, miedo, represalias)⁵¹. La Corte se ha referido también a la afectación de la cultura y condiciones de vida que representa para los miembros de los pueblos indígenas y tribales el desarraigo o la falta de restitución de sus tierras tradicionales⁵².
- d) La libertad de conciencia y de religión (artículo 12 CADH).**- interpretada con relación al artículo 5 de la Convención, destaca el reconocimiento del derecho a enterrar los muertos y celebrar los ritos funerales de acuerdo a las creencias religiosas del pueblo indígena o tribal⁵³.
- e) La libertad de pensamiento y expresión (artículo 13 CADH).**- el derecho a usar la propia lengua es

⁵⁰ Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, pár. 155; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, párs. 248-249.

⁵¹ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010, párs. 184-198 (en adelante: Fernández Ortega y otros); Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010, pár. 95 (en adelante: Rosendo Cantú y otra), y Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, párs. 131-135. En el caso *Masacres de Río Negro*, la Corte analizó la violación al artículo 5 de la Convención conjuntamente con el artículo 11 sobre la protección de la honra y la dignidad en casos de violación sexual.

⁵² Corte IDH, *Moiwana*, precitada, pár. 97; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, pár. 244, y *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 164.

⁵³ Corte IDH, *Moiwana*, precitada, pár. 100; Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, párs. 155 y 157.

desarrollado entendiendo que una restricción sobre el ejercicio del mismo afecta la dignidad personal de un individuo como miembro del pueblo al que pertenece. Sobre el particular, la Corte ha reconocido que la lengua es “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”⁵⁴.

- f) El **derecho a la familia (artículo 17 CADH)**.- resalta el significado especial de la convivencia familiar para los pueblos indígenas y tribales, la cual comprende a distintas generaciones y a la propia comunidad⁵⁵.
- g) Los **derechos de los niños (artículo 19 CADH)**.- destaca la obligación especial del Estado de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas⁵⁶. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que “los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”⁵⁷.
- h) El **derecho a la propiedad (artículo 21 CADH)**.- ha sido consolidado el reconocimiento del derecho comunal sobre las tierras o territorios ancestrales o tradicionales de dichos pueblos⁵⁸. Dicho derecho

⁵⁴ Corte IDH, Caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006, párs. 164, 166-169, 170-174.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25 de mayo de 2010, pár. 159 (en adelante: Chitay Nech y otros)

⁵⁶ Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 261-263, y Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 143.

⁵⁷ Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 169, y Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 144.

⁵⁸ Cfr. Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, párs. 148-149; Corte IDH, *Yakye Axa*, párs. 131, 135, 136, 137, 143; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, pár. 217; Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 160. El caso Mayagna Awas Tingni fue el primero en el que la Corte desarrolló el contenido del derecho a la propiedad sobre la tierra para el caso de pueblos indígenas. En dicho caso el Estado no había demarcado las tierras comunales ni había adoptado las medidas necesarias para asegurar el derecho de propiedad sobre dichas tierras y sus recursos. En la sentencia, la Corte señaló entonces que a partir del artículo 21 de la Convención el derecho a

comprende los recursos naturales ligados a la cultura de los pueblos que se encuentren en las tierras, “así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos”⁵⁹. De acuerdo con la Corte IDH, la propiedad indígena-tribal sobre los territorios no se sustenta en el “reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”, de manera que los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, “existen sin un título formal de propiedad”⁶⁰. No obstante ello, en cuanto a la acreditación del dominio sobre la tierra, la Corte IDH – tomando como referencia el propio derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales⁶¹– ha derivado la obligación estatal de reconocer el derecho sobre dichas tierras; adoptar medidas para su respectivo registro, y garantizar su goce efectivo mediante la delimitación, demarcación y titulación, evidenciando que no se trata de un “reconocimiento meramente abstracto o jurídico”⁶².

la propiedad comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. Asimismo, que existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la

estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

⁵⁹ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pág. 137; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pág. 118; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pág. 122. Los recursos naturales protegidos en el marco del artículo 21 de la Convención son aquellos que los pueblos indígenas o tribales han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de [el] pueblo.

⁶⁰ Corte IDH, *Mayagna-Awas Tingni*, precitada, pág. 151; Corte IDH, *Moiwana*, precitada, págs. 133; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pág. 128; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pág. 96.

⁶¹ Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, pág. 151.

⁶² Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, pág. 153; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pág. 143; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pág. 128; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, págs. 115, 194; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, págs. 93-107.

Por otro lado, frente a los casos en que las tierras comunales se encuentren en manos de terceros que actuaron de buena fe, la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado el derecho de reivindicación o restitución de las tierras, en aplicación del denominado “juicio de proporcionalidad”⁶³.

De esta manera, un caso puede exigir el pago de la justa indemnización para el perjudicado tercero de buena fe o, por el contrario, el reasentamiento de los miembros de los pueblos indígenas o tribales en tierras alternativas⁶⁴, contando con el consenso de estos en un proceso que respete sus valores, usos y derecho consuetudinario⁶⁵.

- i) El **derecho a las garantías judiciales⁶⁶ (artículo 8 CADH)**.- destaca la obligación estatal de asegurar que los miembros de pueblos indígenas y tribales “puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin”.

Asimismo, la obligación estatal de garantizar, en la medida de lo posible, que aquellos no tengan que hacer “esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación”⁶⁷.

- j) El **derecho de circulación y de residencia (artículo 22 CADH)**.- pone de relieve la importancia de que el Estado brinde las condiciones y los medios que permitan a los miembros de un pueblo desplazado “regresar voluntariamente, en forma segura y con

⁶³ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 144; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, párs. 128, 131-132; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 111, 116.

⁶⁴ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 144-149, 217; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, párs. 135, 136-140, 212; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada pár. 146.

⁶⁵ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 151; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 117-121, 286.

⁶⁶ En casos que involucran a pueblos indígenas y tribales la Corte también se ha referido al derecho a ser asistido por un defensor, sin embargo no ha precisado ninguna especificidad en cuanto al alcance de dicho derecho cuando se trata de miembros de dichos pueblos. Cfr. Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 117 y 119.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2008, pár. 100. (en adelante: *Tiu Tojín*).

dignidad, a sus tierras tradicionales⁶⁸, así como la obligación de adoptar medidas que mitiguen los efectos del desplazamiento⁶⁹. Al respecto, el Tribunal ha establecido que el desplazamiento forzado de pueblos indígenas o tribales provoca una ruptura con su identidad cultural, afectando el vínculo con los familiares, el idioma y el pasado ancestral, colocándolos en una situación de especial vulnerabilidad, que por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural genera riesgo de extinción, física o cultural⁷⁰.

- k) Los derechos políticos (artículo 23 CADH) y la igualdad ante la ley (artículo 24 CADH).**- ha sido particularmente desarrollado el derecho a la participación política en procesos de elección de autoridades. Así el Tribunal ha señalado que los miembros de pueblos indígenas y tribales deben poder integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos. De esta manera, no se puede exigir su participación política a través de partidos políticos, ya que se trata de una forma de organización que no les es propia. Ello supone que puedan participar “desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”⁷¹. Por otro lado, la Corte ha declarado la responsabilidad del Estado por violación a los derechos políticos al verificar que una comunidad indígena quedó privada de la representación de uno de sus líderes⁷², impidiendo así

⁶⁸ Corte IDH, *Moiwana*, precitada, párs. 120-121.

⁶⁹ Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 183.

⁷⁰ Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, párs. 145-147, y Corte IDH, *Masacres de Río Negro*, precitada, pár. 177.

⁷¹ Corte IDH, *Yatama*, precitada, párs. 194-195, 201-202, 218-219, 220, 223-226.

⁷² Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 108.

el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de éste en las estructuras del Estado...

...donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resultaba ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático.⁷³

- I) **El derecho a la protección judicial (artículos 25 y 2 CADH).**- destaca la necesidad de que exista un procedimiento específico a nivel interno, adecuado y efectivo, para la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por los pueblos indígenas y tribales⁷⁴, que tome en cuenta “sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁷⁵.

3.1.2. Los derechos no previstos expresamente en la Convención Americana

En este punto destacamos dos derechos que si bien no están expresamente previstos en el texto convencional, han sido analizados por la Corte IDH a partir de la lectura conjunta de más de un artículo de la Convención, dotándolos de nombre y contenidos propios para el caso de los pueblos indígenas o tribales. Precisamente por ello, este tema ha sido y es materia de intenso debate en la doctrina y, claro está, a nivel de los Estados declarados responsables por la violación de los mismos.

- a) **El derecho a la consulta libre, previa e informada (artículos 1.1, 2 y 21 CADH)** ha sido derivado de la obligación estatal de asegurar la participación efectiva de los miembros de un pueblo indígena o tribal en todo plan de desarrollo, inversión, exploración o

⁷³ Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 113

⁷⁴ Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, párs. 123, 124, 131, 134, 135, 138; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 95-98, 104; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, párs. 97,108.

⁷⁵ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 63; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, párs. 83, 104-108; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 179; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, pár. 264.

extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio. De acuerdo con la Corte IDH, la consulta debe realizarse de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo de que se trate, de manera que éste decida quién o quiénes lo representarán en el proceso⁷⁶. La consulta debe realizarse de buena fe teniendo como fin llegar a un acuerdo⁷⁷. Dicha consulta debe ser *previa* de manera que se realice durante las primeras etapas del proceso y “no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”; *libre* para garantizar una participación voluntaria, e *informada* para que los miembros de los pueblos indígenas o tribales tengan conocimiento de los posibles riesgos -incluidos los ambientales y de salubridad- que corren en caso se materialice la concesión⁷⁸.

En el marco de la emisión de las concesiones, el Estado está obligado a compartir los beneficios que se generen, garantizar estudios de impacto ambiental y social por entidades independientes y técnicamente capaces bajo su supervisión, y a no afectar la sobrevivencia del pueblo⁷⁹. Finalmente, la Corte IDH ha sentado jurisprudencia particular para los casos de planes o proyectos de inversión a gran escala señalando que, en dichos supuestos, el Estado tiene la obligación no sólo de consultar, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de los miembros de los pueblos concernidos, según sus costumbres y tradiciones⁸⁰.

b) El derecho a la identidad cultural (artículos 1.1, 21, 29.b. CADH).- ha sido definido como “ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir,

⁷⁶ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam Interpretación de la Sentencia, 12 de agosto de 2008, párs. 11, 18. (en adelante: Saramaka (Interpretación))

⁷⁷ Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 133.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*, párs. 129, 139, 143.

⁸⁰ *Ibíd.*, pár. 134. Ruiz Chiriboga y Donoso hacen un análisis crítico de dicho derecho a partir de las fuentes que la Corte ha utilizado para postular una diferenciación entre consulta y consentimiento, poniendo bajo cuestionamiento la existencia de un derecho al veto de los miembros de pueblos indígenas y tribales en casos de concesión de proyectos a gran escala. CHIRIBOGA RUIZ, O., & DONOSO, G., “Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones”, en: AA.VV. Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2012 [en proceso de edición], pp. 74-80.

respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos⁸¹ de los pueblos indígenas. En ese sentido, de acuerdo con la Corte IDH, constituye un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Así, una falta de consulta a los miembros de un pueblo implica una afectación a dicho derecho en la medida que supone una intervención y destrucción del patrimonio cultural y, por ende, una falta grave al respeto debido a la identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, cosmovisión y modo de vivir⁸².

Por tanto, constatamos que el juez interamericano ha asumido el reto de probar que los instrumentos clásicos de protección de derechos humanos pueden adaptarse para proteger especificidades culturales y hacer que los derechos de los pueblos indígenas y tribales sean garantizados más allá de los principios teóricos que contienen los derechos de los individuos.

De hecho, los procesos de interpretación, el razonamiento y la argumentación utilizada por la Corte IDH en materia de pueblos indígenas y tribales han sido objeto de una evolución vertiginosa que ha llevado al desarrollo de derechos y enfoques de derechos innovadores que van desde su definición sustancial hasta su puesta en práctica. No sin riesgo, el sistema interamericano intenta reconceptualizar los derechos humanos en el marco de un sistema democrático y multicultural.

3.2. La cristalización de los derechos: Reparaciones y su cumplimiento

La reparación en la jurisprudencia de la Corte IDH resulta de una riqueza particular en atención a la intención de que ésta sea “integral”. Y esto no es excepción para el caso de aquellas reparaciones ordenadas en supuestos que involucran a miembros

⁸¹ Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, párs. 213

⁸² Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 147; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, párs. 213, 217, 220.

de pueblos indígenas o tribales en las que, adicionalmente, se toman en consideración las características particulares de los beneficiarios⁸³. Dicho esto, a continuación destacamos las principales reparaciones ordenadas en estos casos, organizadas en tres grandes grupos⁸⁴.

3.1.1. Sobre el derecho de propiedad comunal sobre las tierras o territorios ancestrales o tradicionales,

la Corte IDH ha ordenado la adopción de medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de los pueblos, siempre acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. En la implementación de cualquier mecanismo de delimitación, demarcación y titulación deben participar y consentir de manera informada las víctimas, a través de sus representantes, así como los miembros de las demás aldeas y comunidades vecinas⁸⁵. Asimismo, la Corte ha ordenado que proceda, cuando corresponda, la entrega de tierras alternativas⁸⁶. A mayor

⁸³ La Corte ha ordenado también medidas de reparación de otra naturaleza en las que, sin embargo, no ha hecho una consideración especial por tratarse de beneficiarios miembros de pueblos indígenas o tribales, como por ejemplo aquella referida a la investigación de los hechos, la identificación y, en su caso, la sanción a los responsables de las violaciones de derechos humanos, así como la referida a la búsqueda de personas desaparecidas.

⁸⁴ Al respecto, tomamos como referencia a Nash cuando afirma que las reparaciones ordenadas por la Corte en casos de pueblos indígenas destacan tres elementos: el realce que tiene el tema de la tierra, la vinculación de medidas reparadoras que busquen paliar la situación de vulnerabilidad económica y social de las comunidades indígenas y la consideración de aspectos culturales al momento de diseñar una política de reparaciones. NASH, Claudio. *Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, RIEDH, vol. 1, no 1, 2008, p. 84.

⁸⁵ Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, p. 164; Corte IDH, *Moiwana*, precitada, párs. 209-210; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, p. 210; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, p. 217; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, p. 194; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, párs. 282-283.

⁸⁶ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 215-218; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, precitada, párs. 210-214; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, párs. 282-288. En el caso *Xámok Kásek* cabe destacar que la Corte otorgó al Estado un plazo de tres años, prorrogable por un año a solicitud fundada del Estado, para cumplir con la obligación de restituir las tierras o entregar territorios alternativos. El Tribunal advirtió que no concedería la prórroga si, a su criterio, el Estado no realizaba suficientes acciones y gestiones para cumplir con esta medida de reparación. Dispuso, además, que si en dicho plazo el Estado no entregaba las tierras tradicionales, o en su caso las

abundamiento se ha ordenado, inter alia, la creación de mecanismos eficaces para la “reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁸⁷; medidas específicas para garantizar la consulta⁸⁸; la realización de estudios de impacto ambiental por entidades independientes capacitadas para ello⁸⁹, y el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad para garantizar el ejercicio del derecho a la propiedad⁹⁰.

3.2.2. En lo que concierne a la mejora de las condiciones de vida de los beneficiarios,

la Corte ha ordenado, inter alia, la entrega de suministros básicos en tanto se resuelve la cuestión de la tierra⁹¹; la creación de fondos de desarrollo comunitario para la subsistencia a largo plazo⁹²; becas para la educación de los hijos de las víctimas⁹³ o creación o fortalecimiento de centros de educación⁹⁴; atención médica y psicológica para las víctimas y sus familiares -incluida la provisión de medicamentos- atendiendo “las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, en especial sus costumbres y tradiciones”⁹⁵; implementación de sistemas de

tierras alternativas, debería pagar a los líderes e la Comunidad, en representación de sus miembros, una cantidad de US\$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por cada mes de retraso.

⁸⁷ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 225; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 235; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 194; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár. 310.

⁸⁸ Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 194.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 221; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, párs. 229-230; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, párs. 301-305.

⁹² Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 205; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 224.

⁹³ Corte IDH, *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007, pár. 170 (en adelante: *Escué Zapata*); Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 264, y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 257.

⁹⁴ Corte IDH, *Aloeboetoe* (Reparaciones), precitada, punto resolutive 5, y Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 267-270.

⁹⁵ Corte IDH, *Escué Zapata*, precitada, pár. 173; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 256; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 252; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár., 306; Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 260. En el caso *Xámok Kásek* la Corte Interamericana ordenó al Estado que estableciera en el lugar donde se asentaba la

comunicación en casos de emergencia en salud⁹⁶; creación de programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad⁹⁷ (fondos de desarrollo comunitario), y la implementación de un programa de registro y documentación para que las víctimas puedan registrarse y obtener sus documentos de identidad⁹⁸.

3.2.3. En cuanto a medidas para garantizar la no repetición de los hechos violatorios,

la Corte ha ordenado, *inter alia*, la reforma de legislación electoral que regule claramente la participación electoral de miembros de pueblos indígenas⁹⁹; medidas para la conservación y la preservación de la memoria colectiva¹⁰⁰; programas de capacitación a funcionarios públicos estructurados sobre derechos humanos en general y, en particular, sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales¹⁰¹.

A mayor abundamiento, en la determinación de reparaciones la Corte ha tomado particular consideración a los elementos culturales de los miembros de los pueblos indígenas y tribales para efectos de la organización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad en el idioma de dichos pueblos, con la participación de sus líderes y tomando en cuenta sus tradiciones y costumbres¹⁰²; la publicación y difusión de la sentencia en idioma

Comunidad un puesto de salud permanente, con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada. Por su parte, en el caso Rosendo Cantú ordenó que el centro de salud en la localidad donde se encontraba la víctima sea fortalecido a través de la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me'paa, así como mediante la utilización de un protocolo de actuación adecuado.

⁹⁶ Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 232; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár. 306.

⁹⁷ Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, párs. 105, 110; Corte IDH, *Moiwana*, precitada, párs. 205-206, 214-215; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 202-203; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, párs. 224-225; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, párs. 200-201; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár. 323.

⁹⁸ Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 231; Corte IDH, *Xámok Kásek*, precitada, pár. 308.

⁹⁹ Corte IDH, *Yatama*, precitada, pár. 258.

¹⁰⁰ Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, pár. 104; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 251; Corte IDH, *Moiwana* (Fondo), precitada, pár. 218.

¹⁰¹ Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, párs. 260, 262, y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, párs. 246 y 249.

¹⁰² Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, pár. 101; Corte IDH, *Moiwana* (Fondo), precitada, pár. 216; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, párs. 243-244; Corte IDH,

indígena¹⁰³, así como para la determinación de las indemnizaciones compensatorias por daño material¹⁰⁴ e inmaterial¹⁰⁵.

Por todo lo expuesto, queda en evidencia que el goce y ejercicio del derecho de propiedad sobre las tierras ancestrales y tradicionales de los pueblos indígenas o tribales es esencial para el correspondiente goce y ejercicio de otros derechos, de manera que el cumplimiento de las medidas orientadas a la reparación de la violación de aquél resulta de la mayor relevancia.

Al respecto, cabe destacar la importante tarea que realiza la Corte IDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de las sentencias que emite, sobre todo actualmente, en que dicha actividad se ha convertido en una de las más demandantes en la medida que cada año se incrementan considerablemente el número de casos activos, en cada uno de los cuales la Corte da un seguimiento detallado y puntual a cada una de las reparaciones ordenadas¹⁰⁶.

En el caso concreto de los pueblos indígenas y tribales, el Estado de Nicaragua constituye un ejemplo al haber dado

Yakye Axa, precitada, pár. 226; Corte IDH, *Escué Zapata*, precitada, pár. 177; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, pár. 297; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 248; Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 226; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, pár. 305.

¹⁰³ Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, pár. 102; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, párs. 227, 414; Corte IDH, *Yatama*, precitada, pár. 252; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 236; Corte IDH, *Escué Zapata*, precitada, pár. 174; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 197; Corte IDH, *Tiu Tojín*, precitada, párs. 106 a 108; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 298-299; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, párs. 244-245; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 247, Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 229,; Corte IDH, *Sarayaku*, precitada, pár. 308.

¹⁰⁴ Corte IDH, *Moiwana (Fondo)*, precitada, párs. 186-187; Corte IDH, *Yakye Axa*, precitada, pár. 194; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 217; Corte IDH, *Xákmok Kásek*, precitada, párs. 317 y 318; Corte IDH, *Saramaka*, precitada, pár. 199; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, párs. 265, 266, 269-272, y Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 286.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Aloeboetoe (Reparaciones)*, precitada, pár. 83; Corte IDH, *Mayagna- Awas Tingni*, precitada, pár. 167; Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez*, precitada, párs. 81, 82, 83; Corte IDH, *Moiwana (Fondo)*, precitada, párs. 195.a, 195.b, 195.c; Corte IDH, *Sawhoyamaxa*, precitada, pár. 221; Corte IDH, *Saramaka (Interpretación)*, precitada, pár. 200; Corte IDH, *Yatama*, precitada, párs. 246, 247, 248; Corte IDH, *Chitay Nech y otros*, precitada, pár. 276; Corte IDH, *Fernández Ortega y otros*, precitada, pár. 293, y Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra*, precitada, pár. 279.

¹⁰⁶ Corte IDH, doc. s/n (2012): *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012*, p. 19, http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/spa_2012.pdf [consultado: 30-4-2013].

cumplimiento a todas las medidas de reparación ordenadas en la sentencia del caso Mayagna- Awas Tingni¹⁰⁷.

Sin embargo, a modo de referente, la situación de incumplimiento se mantiene en los tres casos paraguayos que involucran a pueblos indígenas. Así, la Corte IDH se vio en la necesidad de convocar a una audiencia temática de supervisión de cumplimiento en noviembre de 2011 sobre la medida de reparación que ordena la identificación, entrega y titulación de las tierras ancestrales con el fin de poder escuchar la información y observaciones de las partes concernidas e intentar concretar compromisos¹⁰⁸. No obstante ello, hasta el momento, el cumplimiento de dicha medida no ha logrado materializarse y continúa representando un obstáculo para el goce y ejercicio pleno de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

En ese sentido, el trabajo pendiente en la supervisión de cumplimiento de las sentencias que involucran pueblos indígenas y tribales es significativo, ya que mientras el tema de las tierras ancestrales o tradicionales no haya sido resuelto el eventual cumplimiento de otras medidas puede resultar insuficiente para que los miembros de dichos pueblos sean y se sientan auténticamente reparados.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

4.1. Libros

- BURGORGUE-LARSEN, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos modernos*, Porrúa, México, 2013.
- BURGORGUE-LARSEN, L. UBEDA DE TORRES, A., *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- BURGORGUE-LARSEN, L. UBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, OUP, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, A., *Le droit international pour la personne humaine*, Pedone, Paris 2012.

¹⁰⁷ Corte IDH, caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

¹⁰⁸ Lo anterior se debe a que, en el año 2010, la Corte inició la práctica de realizar audiencias de supervisión relativas a un mismo Estado, pero referentes a más de un caso cuando se trata de medidas de reparación que guardan semejanza temática entre sí. Corte IDH, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012, precitado, p. 14.

- FERRER MC-GREGOR, E., El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte interamericana y los jueces nacionales, Fundap, México, 2012.
- GARCÍA ROCA, J., et al (eds.) El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos, Civitas/Thomson, Madrid, 2012, 491pp.
- HENNEBEL, L., La Convention américaine des droits de l'homme, mécanismes de protection et étendue des droits et libertés, Bruylant, Bruselas, 2007
- RINALDI, K., Les droits des sociétés traditionnelles dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Tesis doctoral de la Universidad de Nice Sophia-Antipolis, Nice, 2012.
- SALMÓN, E., Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción, GTZ, Lima, 2010.
- YACOUB, J., Les minorités dans le monde: faits et analyses, Desclée de Brouwer, París, 1998, p. 167.

4.2. Artículos y capítulos de libros

- BURGORGUE-LARSEN, L., «Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le 'système onusien'», en DUBOUT, E. ; TOUZE, S., (dir.) *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, París, 2010, pp. 91-115.
- CASTILLA JUAREZ, K., "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados", AMDI n° XIII, 2013, pp. 51-97.
- DULITZKY, A., "Cuando los afrodescendientes se transformaron en 'pueblos tribales': El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras", *El Otro Derecho*, n° 41, 2010, pp. 13-48.
- DULITZKY, A., "Los pueblos indígenas: jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *Revista IIDH*, n° 26, 1998, pp. 137- 188.
- HENNEBEL, L., «La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme», en HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H, (dir) *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, París, 2009, pp. 75-119.
- HENNEBEL, L., «La protection de l'"intégrité spirituelle" des indigènes. Réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Comunidad Moiwana c. Suriname* du 15 juin 2005», *RTDH*, n° 66, 2006, pp. 253-276.
- IRUROZQUI, M & V. PERALTA, V., "II. Elites y sociedad en América andina: de la republica de ciudadanos a la republica de la gente

decente; 1825-1880" en LUMBRERAS, L. G., (coord.) *Historia de América Andina: Creación de las repúblicas y formación de la nación vol. 5*, Universidad Andina Simón Bolívar/Libresa, Quito, 2003, pp. 93-140, p. 98.

NASH ROJAS, C., "Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos", RIEDH, vol. 1, no 1, 2008, pp. 61-86.

RUIZ CHIRIBOGA, O & DONOSO, G., "Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones", en: AA.VV. *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 2012 [en proceso de edición].

5. DOCUMENTACIÓN

Carta Democrática Interamericana de 2011.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.32, doc. 3, rev. 2 (14-2-1974): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1973, caso del *Pueblo Guaibo c. Colombia*.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 20, corr. 1 (28-6-1976): Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1975, caso de los *Pueblos indígenas Aché c. Paraguay*.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10, rev. 3 (29-11-1983): *Informe especial sobre la situación de derechos humanos de un sector de la población de Nicaragua de origen miskito*.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.76, doc. 10 (18-9-1989): *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1988-1989*, capítulo VI, II.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II. doc. 56/09 (30-12-2009): Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm> [consultado: 27-2-2013].

Corte IDH, doc. s/n (2012): Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012, p. 19, http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/spa_2012.pdf [consultado: 30-4-2013].

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador (Carta Internacional Americana de Garantías Sociales) de 1947.

OEA, AG/Res. 1022 (XIX-0/89) (18-11-1989): *Resolución de la Asamblea General relativa al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, pár. 13.

6. JURISPRUDENCIA

- Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de fondo, 4 de diciembre de 1991.
- Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, sentencia de reparaciones y costas, 10 de septiembre de 1993.
- Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, 24 septiembre de 1999.
- Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000.
- Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 6 de febrero de 2001.
- Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001
- Corte IDH. caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de reparaciones, 19 de noviembre 2004.
- Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005.
- Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 15 de junio de 2005.
- Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005.
- Corte IDH, caso *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de febrero de 2006.
- Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006.
- Corte IDH, caso *Escué Zapata vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007.
- Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Suriname*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia, 12 de agosto de 2008.
- Corte IDH, caso *Tiu Tojín vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 26 de noviembre de 2008.
- Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

- Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25 de mayo de 2010.
- Corte IDH, caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de agosto de 2010.
- Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros. vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010.
- Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH, caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de fondo y reparaciones, 27 de junio de 2012.
- Corte IDH, caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 4 de septiembre de 2012.
- 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.
- Corte IDH, opinión consultiva de 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.
- STEDH, *Golder c. Reino Unido*, Sala plena, sentencia de 21 de febrero de 1975, petición n°. 4451/70.
- STEDH, *Demir y Baykara c. Turquía*, Gran Sala, sentencia de 12 de noviembre de 2008, petición n° 34503/97.

7. FUENTES COMPLEMENTARIAS

- Corte Internacional de Justicia: www.cij.org
- Organización de Naciones Unidas: www.un.org
- Consejo de los derechos humanos: www2.ohchr.org/french/bodies/hrcouncil/
- Consejo de Europa: www.coe.int
- Corte europea de derechos humanos: www.echr.coe.int
- Comisión interamericana de derechos humanos: www.cidh.org
- Corte interamericana de derechos humanos: www.corteidh.or.cr
- Corte africana de derechos humanos y de los pueblos: <http://www.african-court.org/fr/>

8. OTROS RECURSOS ELECTRÓNICOS

Anuario Mexicano de Derecho Internacional:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/presentacion.htm>

Biblioteca de derechos humanos de la Universidad de Minesota:
www.umn.edu

Revista trimestral de derechos humanos: www.revtrdrh.be

Actualidad de Derecho Internacional: www.ridi.org