

## I. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS<sup>5</sup>

El presente capítulo está dividido en diferentes subtemas que resultan ser, en nuestro criterio, los más destacados para tener una visión general y descriptiva del desarrollo del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas por parte de los órganos del Sistema Interamericano.<sup>6</sup>

Primeramente, es importante recordar que el carácter internacional de los derechos humanos permite una interpretación extensiva y evolutiva de los derechos tanto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”, “la Convención Americana” o “la CADH”). En ese sentido, los órganos del Sistema Interamericano han dado contenido específico a derechos no expresamente mencionados en

---

<sup>5</sup> Este capítulo corresponde, en gran parte, al artículo de Karla I. Quintana Osuna, “Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el sistema interamericano”. En proceso de publicación.

<sup>6</sup> Citroni, Gabriela y Quintana Osuna, Karla, “Reparations for Indigenous Peoples in the Inter-American Court”, en *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Lenzerini, Federico (ed.), Oxford University Press, 2008, pp. 317-344. En virtud de las características específicas del presente escrito, la autora no pretende realizar un análisis exhaustivo de la totalidad de precedentes y temas abordados por el sistema. Tampoco pretende entrar en discusiones que, si bien son necesarias en el diálogo interjurisprudencial, así como en el relativo a las políticas y prácticas en la materia, se quedarán en el tintero para posteriores escritos.

la citada Convención<sup>7</sup> —con referencia expresa al convenio No. 169 de la OIT como parámetro de interpretación, no de aplicación—, como es el derecho a la propiedad comunitaria, el derecho a la consulta, el daño a la integridad cultural o al saneamiento en territorio indígena.

## 1. RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD COMUNAL: OBLIGACIONES DE DELIMITAR, DEMARCAR, TITULAR, SANEAR Y CONSULTAR A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Tanto la Comisión IDH como la Corte IDH han prestado especial atención al derecho de los pueblos indígenas y tribales,<sup>8</sup> a la propiedad comunal sobre sus tierras como un derecho en sí mismo, y como garantía del disfrute efectivo de otros derechos.<sup>9</sup> La Comisión IDH ha manifestado que “la protección del derecho

---

<sup>7</sup> Esta práctica se ha realizado con base en la interpretación evolutiva de los derechos humanos. Cfr. Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, No. 16.

<sup>8</sup> Un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte 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”. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, No. 172, párr. 79. Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1.1 (a) del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la Corte ha aplicado los estándares sobre protección de tierras ancestrales sin distinción alguna entre pueblos indígenas y tribales.

<sup>9</sup> Comisión IDH, *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* (en adelante “Informe sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”), 30 de diciembre de 2009, párr. 3.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica, sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”<sup>10</sup> Y la Corte IDH ha agregado que “la protección de la relación del territorio con los recursos naturales tradicionalmente usados, bajo el derecho a la propiedad comunitaria permitirá asegurar su subsistencia, respetando e integrando su propia ‘cosmovisión e identidad cultural y espiritual’”.<sup>11</sup>

Si bien el artículo 21 de la Convención Americana reconoce el “Derecho a la Propiedad Privada”, en los trabajos preparatorios de la Convención Americana se reemplazó “[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público” por la de “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Es decir, se optó por hacer referencia al “uso y goce de los bienes” en lugar de “propiedad privada”,<sup>12</sup> lo que —como se verá— posteriormente permitió hacer la interpretación para tierras comunitarias y territorios.

---

<sup>10</sup> Alegatos de la Comisión IDH ante la Corte IDH, en Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125, párr. 120(c).

<sup>11</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, párr. 155.

<sup>12</sup> En el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la propiedad privada fue uno de los más extensamente debatidos en el seno de la Comisión. Desde el primer momento las delegaciones manifestaron la existencia de tres corrientes ideológicas, a saber: una tendencia a suprimir del texto del proyecto toda referencia al derecho de propiedad; otra tendencia a consagrar el texto del proyecto tal y como fue presentado, y una tercera posición conciliadora que reforzaría la función social de la propiedad. Finalmente prevaleció el criterio de incorporar el derecho de propiedad en el texto de la Convención. Corte IDH,

El concepto “bienes” fue definido por la Corte Interamericana en el *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, en el que el tribunal determinó que “[l]os ‘bienes’ pueden ser conceptualizados como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.<sup>13</sup>

Así, si bien tradicionalmente el derecho a la propiedad ha sido considerado en su forma individual, cuando la Corte IDH conoció del *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, determinó el alcance comunitario del derecho a la propiedad territorial<sup>14</sup> al estipular que:

[l]os términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.<sup>15</sup>

---

*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, párrs. 143 y 145.

<sup>13</sup> Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 6 de febrero del 2001, Serie C, No. 74, párr. 122. En el mismo sentido: *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125, párr. 137; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, párr. 144.

<sup>14</sup> González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch-Tratados, 2013, p. 432.

<sup>15</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, párr. 146. En el mismo sentido: Corte IDH, *El Derecho a la In-*

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

La Corte IDH se refirió al artículo 29.b) de la Convención Americana que señala que “ninguna disposición de la misma, podrá ser interpretada de manera que se limite el goce y ejercicio de otro derecho o libertad que pudiera estar reconocido por otra Convención en la que el Estado sea parte”. Y, citando a la Corte Internacional de Justicia resaltó “la importancia de tomar en cuenta el sistema jurídico en el cual se inscriben y el momento en que la interpretación tiene lugar”.<sup>16</sup> De lo anterior concluyó que, con base en esa interpretación evolutiva, “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.<sup>17</sup>

La Corte, además, ha analizado el derecho de propiedad del territorio de los pueblos indígenas en conjunto con otros instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido, la Corte ha afirmado que, al dar interpretación a un tratado, no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del

---

*formación sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, No. 16, párr. 114, citando: CEDH, *Tyrer vs. The United Kingdom*, 5856/72. Sentencia del 25 de abril de 1978. Series A, No. A26, párr. 31.

<sup>16</sup> Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 113.

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 31 de agosto del 2001. Serie C, No. 79, párr. 148.

mismo artículo).<sup>18</sup> De igual manera, el Tribunal Interamericano ha considerado que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del Sistema Interamericano”,<sup>19</sup> aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección.<sup>20</sup> De esta manera, la protección colectiva de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano encuentra su protección en el artículo 21, pero también ampliando su interpretación a la luz de otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

#### A. Obligación de delimitación, demarcación y titulación

El primer caso ante la Corte IDH en relación con la propiedad comunitaria indígena es el de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, del 31 de agosto de 2001, en el cual se determinó que el derecho a disfrutar del derecho a la

---

<sup>18</sup> Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C, No. 114, párr. 144. En igual sentido, Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

<sup>19</sup> Corte IDH, “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre del 1982. Serie A, No. 1, párr. 21.

<sup>20</sup> Además, “[n]o existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste”. En Corte IDH, “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 48, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17, párr. 22.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

propiedad, protegido en el artículo 21 de la Convención Americana, incluye el derecho de los pueblos indígenas para la protección de su propiedad comunal.<sup>21</sup> En ese sentido, la Corte destacó que:

Entre los indígenas 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.<sup>22</sup>

En dicho caso, el Estado había faltado a su deber de delimitar y demarcar el territorio de la Comunidad Awas Tingni, respecto del cual otras comunidades, y el propio Estado, consideraban que existían traslapes, e incluso, Nicaragua había otorgado concesiones de manejo forestal y tala a terceras personas. La situación había creado “un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad... en cuanto no sab[ían]

---

<sup>21</sup> Anaya, James y Grossman, Claudio, “The Case of Awas Tingni vs. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, 2002, pp. 1-15.

<sup>22</sup> Corte IDH, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 31 de agosto del 2001, Serie C, No. 79, párr. 149.

con certeza hasta dónde se ext[endía] geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconoc[ían] hasta dónde p[odía]n usar y gozar libremente de los respectivos bienes”.<sup>23</sup>

Por tal motivo, la Corte, en su sentencia, determinó que el modo de subsistencia, así como el uso y goce de la tierra habitada por la comunidad, eran “llevadas a cabo dentro de un espacio territorial de acuerdo con un esquema de organización colectiva tradicional”,<sup>24</sup> y ordenó a Nicaragua delimitar, demarcar y titular el territorio de la comunidad, además de abstenerse de realizar “hasta tanto no se reali[zara] esa delimitación, demarcación y titulación, actos que pu[dier]an llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”.<sup>25</sup> En 2009 la Corte IDH dio por cumplida la sentencia, constituyendo una de las pocas con cumplimiento total en la jurisprudencia del Tribunal.<sup>26</sup>

Después de la sentencia de *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, existen tres sentencias importantes de la Corte IDH –a las que deben agregarse dos casos más conocidos exclusivamente por la Comisión IDH– en cuanto al reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales. Nos referiremos a estos casos como *los casos paraguayos: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, del 17 de

---

<sup>23</sup> Corte IDH, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 31 de agosto del 2001, Serie C, No. 79, párr. 153.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párr. 103e).

<sup>25</sup> *Ibidem*, párr. 153.

<sup>26</sup> Corte IDH, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, 3 de abril de 2009.



## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

junio de 2005; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, del 29 de marzo de 2006, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, del 24 de agosto de 2010.<sup>27</sup>

En las sentencias de los *Casos de las Comunidades Indígenas de Yakye Axa y Sawhoyamaya*, ambos contra Paraguay, la Corte IDH hizo un análisis histórico, llegando a la conclusión de que dichas comunidades habían habitado ancestralmente ciertos territorios del Chaco paraguayo, por lo que el Estado estaba obligado a devolvérselos, pese a que los mismos estuvieran a nombre de propietarios particulares y aun cuando estuvieran siendo explotados. En ese sentido, la Corte especificó claramente que el hecho de que las tierras ancestrales de las comunidades estuvieran siendo productivas para los actuales propietarios no era razón para no devolverlas. No obstante, la Corte previó en sus sentencias la posibilidad de que, en caso de que no fuera posible, por razones justificadas, reintegrarlas, el Estado podía devolver tierras alternativas, siguiendo las propias formas de consulta y decisión de las comunidades, sus valores, usos y costumbres.<sup>28</sup> La Corte otorgó al Estado paraguayo plazos

---

<sup>27</sup> Véase, además, demanda de la Comisión IDH (2005), *Comunidad Indígena de Sawhoyamaya*, 2 de febrero de 2005, y la demanda de la Comisión IDH (2009), *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, 3 de julio de 2009, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>. Véase también el Informe de Admisibilidad núm. 55/07, 24 de julio de 2007, en el *Caso Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros vs. Paraguay*. Así como el Informe No. 90/99, Caso 11.713, 29 de septiembre de 1999, en el *Caso de las Comunidades Indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapoyet (Riachito) vs. Paraguay*.

<sup>28</sup> Véase en este sentido: “Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad”. Corte IDH,

de tres años (contados a partir de la notificación de las sentencias) para cumplir con esa obligación.

Tres años después de la sentencia de la comunidad indígena de *Sawhoyamaxa*,<sup>29</sup> la Corte volvió a conocer un caso similar, el de la comunidad indígena de *Xákmok Kásek*,<sup>30</sup> en cuya sentencia reiteró los estándares previamente establecidos, con un importante cambio. En una decisión sin precedentes jurisprudenciales en la Corte IDH, ésta ordenó nuevamente a Paraguay reconocer, devolver y titular los territorios ancestrales, pero determinó que, de no cumplirse la orden en el tiempo previsto de tres años, el Estado tendría que pagar diez mil dólares por cada mes de retraso.<sup>31</sup> Decisión que sólo puede leerse, estimamos, a la luz del incumplimiento total por parte del Estado paraguayo, hasta ese momento, de las sentencias en los Casos de las comunidades *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa* en cuanto a la devolución de su territorio.

Es importante destacar que, en cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, Paraguay tituló, a principios de 2012, tierras alternativas a la comunidad de *Yakye Axa*,<sup>32</sup> las cuales, sin

---

*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125, párr. 217.

<sup>29</sup> Es importante destacar el cambio conceptual de la Corte en el caso de la *Comunidad de Sawhoyamaxa* comparado con *Yakye Axa* en el acápite de reparaciones. En el caso de *Yakye Axa* la Corte ordenó la devolución del territorio dentro del concepto de *otras formas de reparación*, y en el caso de *Sawhoyamaxa* lo hace al inicio del capítulo de reparaciones, en el entendido que sería una forma cercana a la *restitutio in integrum*.

<sup>30</sup> Comisión IDH, demanda del 3 de julio de 2009, en <http://www.cidh.org/demandas/12.420%20Xakmok%20Kasek%20Paraguay%203jul09%20ESP.pdf>.

<sup>31</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214, párr. 288.

<sup>32</sup> “El Paraguay devolvió a Yakye Axa su tierra”, en [http://www.tierraviva.org.py/site/noticias\\_int/22](http://www.tierraviva.org.py/site/noticias_int/22).

---

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

embargo, no se encuentran bien comunicadas, por lo que actualmente se está intentando, por la vía judicial y legislativa, crear una servidumbre de paso o un camino público que llegue hasta las tierras. Con relación a las tierras de la comunidad de *Sawhoymaxá*, el 30 de septiembre de 2014, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Sentencia No. 981, declaró de interés social la expropiación —a favor del Instituto Nacional del Indígena (INDI)— de más de 14 mil hectáreas para su posterior transferencia a la comunidad, para así restituir parte de su territorio tradicional. No obstante, es preocupante la información relativa a la existencia una nueva acción de inconstitucionalidad relativa a la expropiación de las tierras.<sup>33</sup>

Si bien las acciones anteriores comparten un importante paso en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas, queda sin respuesta la orden de la Corte IDH de que el Estado diera *razones justificadas* para no otorgar a las comunidades sus territorios ancestrales. Tal como se resaltó por la delegación paraguaya en audiencia pública sobre la supervisión del cumplimiento de este punto ante la Corte IDH,<sup>34</sup> luego de diversos intentos del Poder Ejecutivo por expropiar las tierras, las propuestas fueron frenadas por el Poder Legislativo con el argumento de que las tierras estarían siendo productivas —argumento inválido desde lo destacado en las propias sentencias de la Corte IDH—. Ante el poco éxito, el Poder Ejecutivo, a través del INDI, intentó en varias ocasiones comprar las tierras, pero en algunos casos obtuvieron como respuesta el aumento exorbitante de precios por parte de los dueños actuales, por lo

---

<sup>33</sup> Nota de prensa de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, *Realizan aclaración sobre sentencias*, 24 de febrero de 2015, en <http://www.pj.gov.py/notas/10638-realizan-aclaracion-sobre-sentencias>.

<sup>34</sup> Véase video de audiencia pública, compuesta de supervisión de cumplimiento al respecto, en noviembre de 2011, en <http://vimeo.com/32480699>.

que se optó por la entrega de tierras alternativas, con el acuerdo de la comunidad.

Con relación al tercer caso, el de la comunidad de *Xákmok Kásek*, existe información pública de que en marzo de 2015 autoridades paraguayas se reunieron con miembros de la comunidad para informarles sobre los trámites administrativos llevados a cabo para adquirir las tierras que aquélla reivindica, sin que existan avances concretos.<sup>35</sup> Además, no se sabe a ciencia cierta si el gobierno está pagando la cantidad ordenada por la Corte IDH en caso de que no restituyera las tierras a la comunidad en el plazo de tres años luego de la emisión de la sentencia, plazo que ya venció.

Ahora bien, es importante destacar que meses antes de que Paraguay devolviera las tierras a la comunidad indígena de *Yakye Axa*, hizo lo propio con un cuarto caso, el de la comunidad de *Kelyenmagategma*, en trámite ante la Comisión IDH y respecto del cual existe un informe de admisibilidad.<sup>36</sup> Asimismo, más de ocho años antes, Paraguay había llegado a un pacto de solución amistosa en el que se concertó, entre otros acuerdos, la devolución de las tierras a las comunidades indígenas *Enxet-Lamenxay* y *Kayleyphapopyet*.<sup>37</sup>

En cuanto a las similitudes de los tres casos, la Corte IDH consolidó una serie de reglas respecto a la propiedad comunitaria indígena:

---

<sup>35</sup> Véase <http://www.tierraviva.org.py>.

<sup>36</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad No. 55/07, Petición 987-04, *Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros*, respecto de Paraguay, 24 de julio de 2007.

<sup>37</sup> CIDH, Informe de Solución Amistosa No. 90/99, Caso 11.713, *Comunidades Indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet-Riachito*, respecto de Paraguay, 29 de septiembre de 1999.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

El Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.<sup>38</sup>

Adicionalmente, la Corte IDH identificó que Paraguay reconocía el derecho de los pueblos indígenas a solicitar la devolución de sus tierras tradicionales perdidas, inclusive cuando se encontraran bajo dominio privado y no tuvieran plena posesión de las mismas. El Estatuto de Comunidades Indígenas paraguayo contemplaba el procedimiento a seguirse para la reivindicación de tierras bajo dominio privado, por lo que si bien los miembros de las comunidades no tenían la posesión de las tierras reclamadas, conforme a la jurisprudencia de la Corte y al derecho interno paraguayo, tenían el derecho de recuperarlas.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214, párr. 109.

<sup>39</sup> *Ibidem*, párrs. 110 y 111.

Hasta este punto jurisprudencial, la Corte IDH había desarrollado tres obligaciones: demarcar, delimitar y titular. Sin embargo, ni la Corte IDH ni la Comisión IDH han establecido la diferencia entre las obligaciones de delimitar y demarcar, pues la jurisprudencia interamericana pareciera usarlas indistintamente.

En 2013, la Comisión IDH presentó ante la Corte IDH el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, en el que se alegaba la violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de dichos pueblos, como consecuencia del incumplimiento por parte de Panamá, del pago de indemnizaciones económicas derivadas del despojo e inundación de sus territorios ancestrales desde el año 1969. En el caso se planteó también la falta de reconocimiento, titulación y demarcación, durante mucho tiempo, de las tierras otorgadas al pueblo indígena Kuna de Madungandí, y la falta de reconocimiento, demarcación y titulación, de las tierras otorgadas al pueblo indígena *Emberá de Bayano*. Además, la Comisión IDH planteó la falta de protección efectiva del territorio y los recursos naturales, y destacó que el Estado incumplió con sus obligaciones de prevención frente a la invasión de colonos no indígenas y la tala ilegal de madera. Finalmente, la Comisión alegó el incumplimiento estatal para brindar, de manera pronta y efectiva, acceso a los pueblos indígenas a la propiedad de sus territorios.<sup>40</sup>

La sentencia de la Corte IDH resultó poco afortunada, tanto para el caso en concreto como por los criterios que omitió desarrollar para los pueblos indígenas y tribales de la región. En efecto, el desarrollo jurisprudencial de la Corte poco respondió

---

<sup>40</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 125/12, Caso 12.354, *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros* respecto de Panamá, 26 de febrero de 2013, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.354FondoEsp.pdf>.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

a los alegatos planteados sobre la violación al derecho a la propiedad.

Por otra parte, es cuestionable la posición de la Corte IDH en la excepción preliminar en razón de tiempo (*ratione temporis*) para dejar fuera de la *litis* del caso la violación continuada por la falta del pago de la indemnización pactada,<sup>41</sup> pues la Corte IDH decidió, en el fondo, la violación del artículo 21 de la Convención Americana por la ausencia de delimitación, demarcación y titulación de las tierras de las comunidades afectadas; y dejó fuera de su análisis —en excepciones preliminares— la indemnización que el Estado se había comprometido a otorgar. La Corte IDH justificó dicha diferencia en que la obligación de delimitación, demarcación y titulación de las tierras es a partir de la aceptación de la competencia contenciosa del tribunal por parte del Estado y no antes, como habría sucedido con el tema de la falta del pago de la indemnización. No obstante, la crítica se dirige hacia la omisión, por parte de la Corte IDH, de brindar mayor fundamentación y motivación a su razonamiento en cuanto a que la falta de indemnización, la cual tiene una afectación colateral a otros derechos —y a lo largo del tiempo— no implicara, en el caso concreto, una violación continuada.

La Corte IDH mucho pudo aportar para establecer obligaciones específicas de una justa indemnización para los pueblos indígenas de la región una vez que éstos han sido afectados en su territorio, específicamente cuando ya se han concretado los proyectos de desarrollo (independientemente de si se respetó o no el derecho a la consulta previa). En todo caso, se perdió una oportunidad para desarrollar su jurisprudencia en una problemática a la cual se enfrentan los pueblos indígenas cons-

---

<sup>41</sup> Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 14 de octubre de 2014. Serie C, No. 284.

tantemente, ya que en muchos casos las transgresiones tienen naturaleza de violaciones continuadas compuestas.<sup>42</sup>

Aunado a lo anterior, la Corte IDH optó por una postura muy similar al *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, resuelto trece años antes —y reiterado por los casos *paraguayos*—, al establecer que el Estado había fallado en su obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras a las cuales habían sido desplazados los pueblos luego de que fueran despojados de sus territorios ancestrales, sin distinguir entre las tres acciones, lo que, en el presente caso, hubiera sido de gran utilidad no sólo para reparar la violación al derecho a la propiedad comunal, sino para resolver, de hecho, el problema actual que viven esos pueblos. Asimismo, hubiera brindado una herramienta importante al dar contenido y alcance a dicho derecho en un tema que es constante con las tierras de los pueblos indígenas. Tampoco abordó la Corte IDH, de manera directa, el planteamiento sobre la obligación del Estado respecto de terceros, invasores no indígenas, a los territorios de los pueblos indígenas, como sucedió en el presente caso.

Bajo este panorama, es claro que la Corte IDH omitió desarrollar importantes y nuevos temas directamente planteados, teniendo como consecuencia el no dar contenido a las obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana frente a los pueblos indígenas.

## B. *Obligación de saneamiento*

La *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros* tenían el territorio titulado a su favor, pero sus miembros no po-

---

<sup>42</sup> Voto del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor al caso Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 14 de octubre de 2014. Serie C, No. 284, párr. 35.



## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

dían ingresar a él pues se encontraba en un poblado con infraestructura; es decir, no tenían acceso real al territorio.<sup>43</sup> Así que en este caso, la Corte IDH reiteró la obligación del Estado de garantizar el uso y goce efectivo del derecho a la propiedad indígena o tribal, para lo cual debían adoptarse diversas medidas, “entre ellas el saneamiento de la tierra”, el cual “consiste en un proceso que deriva en la obligación del Estado de remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión”,<sup>44</sup> incluidos los terceros sin título de dominio.

### C. Derecho/obligación de consulta

Dentro del análisis del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, la Comisión IDH ha realizado una interpretación evolutiva dando especial importancia al derecho de consulta que tienen los pueblos indígenas y tribales a través de pronunciamientos en casos específicos,<sup>45</sup> así como en informes de país<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C, No. 304, párr. 170.

<sup>44</sup> *Ibidem*, párr. 181.

<sup>45</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004; CIDH, Informe de Fondo No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002. Véase CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el Caso de los doce Clanes Saramaka (*Caso 13.338 vs. la República de Suriname*, 23 de junio de 2006, y la Demanda ante la Corte IDH en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (*Caso 12.465 vs. Ecuador*, 26 de abril de 2010, en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>.

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, CIDH, Informe de Seguimiento, *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, Conclusiones del Capítulo IX, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10, rev. 1, 24 de abril de 1997; CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, Capítulo X, Recomendación No. 4, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de

e informes temáticos.<sup>47</sup> En virtud de las características del presente escrito nos enfocaremos únicamente en los casos.

La Comisión IDH, en decisiones precursoras en el tema de consulta previa, se pronunció en los Casos de las *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice* y en el de las *Hermanas Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*.<sup>48</sup>

Con relación a este último caso, la Comisión IDH analizó la actividad aurífera llevada a cabo con la anuencia estatal en el territorio ancestral del pueblo *Western Shoshone*, sin consultarlos previamente. Al respecto, la Comisión IDH consideró que, respecto de dicha actividad, los miembros deberían “como mínimo [estar] plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.<sup>49</sup>

Posteriormente, en el *Caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, la Comisión IDH se refirió, entre otras, a una concesión maderera otorgada por el Estado. La Comisión IDH llegó a la conclusión de que:

[E]l Estado, al otorgar concesiones... a terceros para utilizar los bienes y recursos que podrían estar comprendidos por las tierras que deben ser delimitadas, demarcadas y tituladas o aclaradas y protegidas... sin consulta efectiva y sin el con-

---

1999; CIDH, *Informe sobre acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, Capítulo IV, Derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007.

<sup>47</sup> CIDH, *Informe sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

<sup>48</sup> Ninguno de los anteriores casos fue conocido por la Corte IDH, en virtud de que ni Estados Unidos ni Belice han aceptado su competencia.

<sup>49</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

sentimiento informado del pueblo maya, y que dieron lugar a un perjuicio contra el medio ambiente, también viola el derecho de propiedad... en perjuicio del pueblo maya. [En ese sentido, resaltó que] uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales.<sup>50</sup>

En ese sentido, es importante destacar que en dicho caso, la Comisión IDH reconoció que los pueblos indígenas tienen, —desde el punto de vista del derecho internacional y los derechos humanos— derechos colectivos de propiedad sobre sus tierras tradicionales y sus recursos, independientemente de ser reconocidos a nivel nacional.<sup>51</sup> Por tanto, concluyó que el Estado debía consultar a las comunidades mayas y obtener su consentimiento informado antes de tomar cualquier decisión que afectara sus tierras.

Posteriormente, la Comisión IDH sometió a la Corte IDH el *Caso de los Doce Clanes Saramaka vs. Surinam*. En su sentencia, la Corte IDH se pronunció, por primera vez, sobre el derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales, enmarcándolo dentro del derecho a la propiedad, consagrado en la Convención Americana en el artículo 21, y haciendo una interpretación evolutiva del mismo. En dicho caso, la Corte IDH consideró que Surinam estaba obligado a realizar la consulta, aun cuando éste no hubiera ratificado el Convenio 169 de la

---

<sup>50</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, 12 de octubre de 2004, párrs. 142 y 153 (citado en la demanda del Pueblo Kichwa de Sarayaku). Belice ratificó el Convenio OIT No. 169 en 1991.

<sup>51</sup> *Idem*.

OIT, puesto que consideró que la obligación surgía tanto de la Convención Americana como de otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>52</sup>

La Corte IDH destacó que los Estados deben garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, conforme a sus costumbres y tradiciones, y previo consentimiento libre e informado con relación a “todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción... que se lleve a cabo dentro de [su] territorio”.<sup>53</sup> Así, consideró que si el Estado quería restringir:

...legítimamente los derechos a la propiedad comunal, [el Estado debía] consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social.<sup>54</sup>

Es necesario leer la sentencia de fondo del caso, junto con la sentencia de interpretación, en la cual la Corte precisó varios puntos, como el hecho de que la participación efectiva debe ser promovida por el Estado para llegar a un acuerdo:

---

<sup>52</sup> Cabe destacar la reciente aprobación de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 14 de junio de 2016.

<sup>53</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, No. 172, párr. 129. El pueblo *Saramaka*, como parte de los distintos pueblos afrodescendientes *maroon* de Surinam, fue considerado como pueblo *tribal* por la Corte, puesto que no eran indígenas a Surinam, pero mantenían una relación con sus tierras y estructuras culturales y políticas diferenciadas de manera similar a los pueblos indígenas.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párr. 143.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

...requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además... cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo (indígena o tribal), el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar(los), sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.<sup>55</sup>

En 2010, la Comisión IDH sometió ante la Corte IDH la demanda en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. En junio de 2012, la Corte IDH emitió la sentencia en el caso referido, respecto de la cual se pueden destacar dos temas fundamentales con relación al derecho de consulta: por un lado, el momento a partir del cual se considera que el Estado se encuentra obligado a la consulta, y por otro, el alcance del consentimiento necesario en el proceso de consulta.

Respecto del primer punto, la Corte IDH concluyó que “está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas”<sup>56</sup> y que la obligación de consultar es un “principio general de derecho internacional”.<sup>57</sup> Para llegar a dicha conclusión se refirió a la Convención Americana “en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes”,<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C, No. 185, párr. 17.

<sup>56</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, párr. 160.

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 164.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párr. 171.

a su propia jurisprudencia en el *Caso Saramaka*, e hizo un recuento del reconocimiento que algunas legislaciones nacionales de las Américas hacen respecto del derecho a la consulta.

No obstante, la Corte IDH mantuvo una postura distinta a la de *Saramaka* en cuanto al nacimiento de la obligación de consultar. Recordemos que en dicha sentencia la Corte había considerado que no era necesaria la ratificación del Convenio 169 de la OIT. En el *Caso Sarayaku*, por otro lado, la Corte IDH asumió una postura intermedia, destacando que si bien antes de la ratificación de dicho convenio “existía la obligación de garantizar al pueblo *Sarayaku* el derecho al goce efectivo de su propiedad conforme su tradición comunitaria, teniendo en cuenta las particularidades propias de su identidad indígena en su relación con el territorio... al menos” desde que Ecuador ratificó el citado Convenio se tendría la obligación internacional en relación con el derecho de consulta, y desde que se consagraron los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos en la Constitución Política del Ecuador de 1998.<sup>59</sup> Queda abierta la pregunta, entonces, de cómo se lee este razonamiento de la Corte a la luz de sus propias afirmaciones de que “se encuentra claramente establecida el derecho de consulta” y que la obligación de consultar es “un principio general de derecho internacional”.<sup>60</sup>

Por otro lado, la sentencia de *Sarayaku* es relevante en cuanto a que la Corte IDH es más explícita en los requisitos para garantizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas o tribales. Algunos de los requerimientos son:

1. La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de con-

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, párr. 172.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párrs. 164 y 165.

---

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

- sulta no puede delegarse en una empresa privada o en terceros, “mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”.<sup>61</sup>
2. Involucramiento en todas las fases de planeación y desarrollo del proyecto —y no sólo cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad— que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta un pueblo indígena o tribal u otros derechos esenciales para su supervivencia.
  3. No debe haber coerción contra el pueblo por parte del Estado o de agentes o terceros que actúen con su autorización o aquiescencia, es decir, no debe haber intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas.
  4. La consulta no es un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, “de buena fe”, donde debe haber “confianza mutua” y “con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.<sup>62</sup>
  5. Los procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta.
  6. El Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con las comunidades, según sus costumbres, tradiciones y métodos tradicionales de toma de decisiones.
  7. El Estado debe supervisar los estudios de impacto ambiental, a la luz de su deber de garantizar la efectiva participa-

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 187.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 186.

ción del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.<sup>63</sup>

8. Los pueblos deben tener conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.
9. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas.
10. Es deber del Estado —y no de los pueblos indígenas— demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.

Finalmente, corresponde hacer un comentario respecto del consentimiento necesario en la consulta. Si bien es cierto que la Corte IDH ya se había referido en el *Caso Saramaka* a la necesidad de que los pueblos indígenas dieran su consentimiento en megaproyectos que afectaran sus territorios, en el *Caso Sarayaku*, parecería que la Corte evitó entrar en la discusión. No obstante, de una lectura integral de la sentencia se podría concluir que la Corte lo toma en consideración, pero abordándolo de una manera distinta que con su precedente.

Así, cuando la Corte recuerda que “la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones”,<sup>64</sup> hace referencia al párrafo de

---

<sup>63</sup> Un avance importante de la sentencia es el grado de detalle en relación con las características relativas a como debe realizarse un estudio de impacto ambiental.

<sup>64</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, párr. 177.



## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

*Saramaka*, que textualmente destaca que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los *Saramakas*, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”.<sup>65</sup> Aunado a ello, en la sentencia de *Sarayaku*, la Corte constantemente hace referencia a la necesidad de buscar y llegar a acuerdos, mantener el diálogo y llegar a consensos.

Con independencia de lo anterior, es importante destacar que la Comisión Interamericana —en 2009— identificó tres circunstancias en las cuales el requisito del consentimiento se vuelve de carácter obligatorio:<sup>66</sup>

- a) Los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente.
- b) En los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de gozar y usar sus tierras y otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.
- c) En el depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas.

---

<sup>65</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, No. 172, párr. 50.

<sup>66</sup> CIDH, Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Informe sobre los Derechos de los pueblos indígenas y tribales, sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009, párr. 334.

La posición de la Corte IDH no sólo respecto de la consulta previa, sino de la actuación del Estado frente a invasores, se ha visto a prueba en dos casos: el de los *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015) —similar al *Caso Saramaka* (2007)— y el de la *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras* (2015).

En el *Caso de los Pueblos Kaliña y Lokono*, la Comisión IDH alegó diversas violaciones a los derechos de los miembros de ocho comunidades de esos pueblos indígenas, por la existencia de un marco normativo que les impide, como pueblos, el reconocimiento de la personalidad jurídica, lo cual, a su vez, les impide proteger su derecho a la propiedad colectiva. Además, argumentó que Surinam no ha establecido las bases normativas que permitan un reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, lo cual ha sido acompañado de la emisión de títulos de propiedad individuales a favor de personas no indígenas y el otorgamiento de concesiones en reservas naturales para la minería y en parte de sus territorios ancestrales.<sup>67</sup>

Al respecto, la Corte IDH consideró que el Estado debía otorgar el reconocimiento legal de los pueblos mediante la personalidad jurídica colectiva. Esto se debe llevar a cabo mediante la creación de un mecanismo de delimitación, demarcación y titulación de los territorios de los pueblos indígenas y tribales en Surinam, así como adecuar los recursos internos para que las comunidades puedan acceder de manera colectiva a la justicia.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Comisión IDH, Informe No. 79/13, 26 de enero de 2014 (*Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*), en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12639FondoEs.pdf>.

<sup>68</sup> Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Serie C, No. 309, párr. 305.

---

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

Resulta relevante la referencia de la Corte IDH a la extracción de recursos naturales, pues por primera vez se remite a los Principios de Ruggie (o Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos) y se impone a los Estados el deber de proteger tanto las áreas de reserva natural como los territorios tradicionales, para prevenir daños en el territorio indígena, inclusive aquel que proceda de terceros, “a través de mecanismos adecuados de supervisión y fiscalización”.<sup>69</sup>

En el *Caso de la Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz vs. Honduras*, la Comisión IDH alegó que el Estado omitió proteger su territorio ancestral frente a la ocupación y despojo por parte de terceros (tanto personas privadas como autoridades), lo cual —además— ha generado violencia y falta de seguridad en la comunidad. Agregó que la comunidad no tiene título de propiedad idóneo y culturalmente adecuado sobre su territorio ancestral, asimismo, se les ha restringido el acceso a ciertas partes del mismo por la creación de áreas protegidas. Por otro lado, en el caso también se alegó la falta de consulta previa, libre e informada a la comunidad en las decisiones que han afectado su territorio, incluyendo, entre otros, proyectos y megaproyectos turísticos.

Al respecto, la Corte IDH dispuso que el Estado debía demarcar las tierras sobre las cuales había sido otorgada la propiedad colectiva dentro del plazo de dos años.<sup>70</sup> También refirió que si para cumplir la medida de reparación el Estado debe expropiar o reubicar a terceros, deberá pagar a éstos las indemnizaciones correspondientes.<sup>71</sup> Sin embargo, la Corte IDH expresó que en caso de que, por motivos debidamente fundados, no fuera

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 221.

<sup>70</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C, No. 305, párr. 259.

<sup>71</sup> *Ibidem*, párr. 261.

posible titular una porción específica del territorio *Garífuna*, el Estado debería dar un título de propiedad colectiva a la comunidad sobre tierras alternativas, de igual extensión y calidad que las otorgadas, pero siempre se deberá realizar una consulta a la comunidad para llevar a cabo esta reparación.<sup>72</sup>

## 2. VIDA DIGNA

Un tema no menos trascendental en los casos de pueblos indígenas es el tratamiento de las condiciones de vida de las comunidades, la situación de extrema y especial vulnerabilidad en la que se encuentran, así como la falta de presencia estatal. Es de resaltar el análisis de la Comisión y la Corte Interamericanas en cuanto a la responsabilidad internacional del Estado en relación con el derecho a la integridad personal y a la vida digna, de igual manera respecto a ciertas muertes ocurridas en las comunidades por falta de apoyo asistencial.

Así, por ejemplo, en el *Caso del Pueblo Indígena Yanomami de Haximú vs. Venezuela*,<sup>73</sup> seguido ante la Comisión IDH, se refleja la destrucción física sufrida por los indígenas como consecuencia de la intervención, ocupación y desarrollo de su territorio en la Amazonia, por la penetración de personas no indígenas. En el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH consideró que la falta de garantía de acceso a la propiedad comunitaria por parte del Estado afectó el derecho a la vida digna de los miembros de la comunidad, por privarlos de sus medios de subsistencia tradicionales y del disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, párr. 262.

<sup>73</sup> CIDH, Informe de Solución Amistosa No. 32/12, Petición 11.706, *Pueblo Indígena Yanomami de Haximú vs. Venezuela*, 20 de marzo de 2012, en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2012/VESA11706ES.doc>.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

de agua limpia y para la práctica de su medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.<sup>74</sup>

Por su parte, los casos *paraguayos* permiten visualizar el cambio de postura de la Corte IDH al respecto. En el *Caso Yakye Axa*, donde se alegó que había dieciséis víctimas por causas que podrían haberse evitado con una adecuada alimentación y asistencia médica, y como consecuencia de la falta de respuesta adecuada y oportuna del Estado al reclamo de la comunidad de su tierra ancestral,<sup>75</sup> la Corte IDH determinó que, al no tener prueba, no podía declarar la violación al derecho a la vida (digna). Sin embargo, consideró que existía una violación al derecho a la vida, pues el Estado no había adoptado medidas positivas concretas y orientadas a disminuir las condiciones de vida en las cuales ya se encontraban los miembros de la comunidad. Es decir, la Corte IDH sólo valoró las medidas que se habían tomado (acción u omisión)<sup>76</sup> con el conocimiento de la existencia de éstas condiciones y no de aquellas que hubiera prevenido, en un primer momento, que la comunidad se encontrara en una vereda y, como consecuencia, tuviera condiciones de vida contrarias a la dignidad humana.

No obstante, en el *Caso Sawhoyamaya*, la Corte IDH cambió de criterio y, además de encontrar la violación del derecho a la vida, por no haber adoptado las medidas necesarias para que los miembros de la comunidad dejaran el costado de la ruta y, por ende, había condiciones inadecuadas que ponían en peligro

---

<sup>74</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, párr. 147.

<sup>75</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125, párr. 177.

<sup>76</sup> *Ibidem*, párrs. 162 y 163.

su derecho a la vida.<sup>77</sup> También consideró que el Estado violaba el derecho a la vida —a diferencia del Caso *Yakye Axa*— por no adoptar medidas positivas necesarias [preventivas] dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la comunidad.<sup>78</sup>

El Caso *Xákmok Kásek* difiere de los anteriores por dos aspectos: a) que el Estado paraguayo declaró un estado de emergencia (Decreto No. 1830 de 2009) en la comunidad, por lo que adoptó ciertas medidas a su favor, y b) el análisis que hace la Corte IDH sobre la discriminación *de facto* a las comunidades indígenas paraguayas.

En cuanto al primer punto, la Corte IDH consideró que el Estado sabía del riesgo real e inmediato del que los miembros de la comunidad indígena eran objeto, por lo que le correspondía evaluar las medidas adoptadas para verificar si se cumplía con su deber de garantía del derecho a la vida.<sup>79</sup> Para ello, la Corte IDH evaluó en cuatro rubros estas medidas: agua y calidad del agua, alimentación, salud y educación.

En cuanto al primero, la Corte IDH consideró que la cantidad de agua suministrada por el Estado durante el periodo otorgado no superaba los 2.17 litros diarios, cuando los estándares internacionales establecían que el mínimo que requiere una persona para satisfacer sus necesidades básicas diarias es de 7.5 litros.<sup>80</sup> En cuanto al segundo rubro, la Corte constató que la

---

<sup>77</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146, párr. 166.

<sup>78</sup> *Ibidem*, párr. 178.

<sup>79</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214, párrs. 192 y 193.

<sup>80</sup> *Ibidem*, párr. 195.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

entrega de alimentos no era regular, las raciones alimentarias tenían deficiencias nutricionales y que la mayoría de los miembros comían una sola vez al día, además de que la ración disminuyó.<sup>81</sup> Respecto del tercer rubro, la Corte notó que las medidas adoptadas a partir del Decreto No. 1830, de 2009, eran temporales y transitorias. Además, el Estado no garantizó a la comunidad la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud y, de la prueba aportada, no se evidenciaron acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios, ni que se hubieran desarrollado medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales.<sup>82</sup> Finalmente, en cuanto a la educación, existía deserción escolar, las meriendas escolares eran temporales y esporádicas y las instalaciones no eran adecuadas.<sup>83</sup> La Corte concluyó que las medidas no habían sido suficientes para superar las condiciones de especial vulnerabilidad.<sup>84</sup>

Así pues, la Corte avanzó en el desarrollo de la jurisprudencia en materia de creación de condiciones dignas de vida, al determinar que el Estado no sólo es responsable internacionalmente, en primer lugar, por no adoptar medidas que prevengan razonablemente estas condiciones, sino que, además, puede ser internacionalmente responsable si, aun habiendo adoptado esas medidas, resultaran ineficaces e insuficientes.<sup>85</sup>

Si bien los derechos que la Corte IDH analizó —y valoró de manera individual— en el *Caso Xákmok Kásek* se encuentran reconocidos en el Protocolo Adicional a la Convención America-

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, párrs. 199 y 200.

<sup>82</sup> *Ibidem*, párr. 208.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párrs. 212 y 213.

<sup>84</sup> *Ibidem*, párr. 214.

<sup>85</sup> Véase al respecto lo resuelto por la Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Serie C, No. 318.

na en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), han encontrado su justiciabilidad indirecta a través de los derechos a la vida y a la integridad (artículos 4 y 5 de la Convención Americana) —incluso a través de las amplias reparaciones que otorga la Corte IDH—. Lo anterior se inserta en el debate y la deuda pendiente de la justiciabilidad directa en el Tribunal Interamericano de los Derechos Sociales, de manera genérica en todos los casos, y de manera muy específica en los casos de pueblos indígenas.

### 3. DISCRIMINACIÓN

En la sentencia sobre la desaparición forzada de María y Josefa Tiu Tojín, madre e hija, indígenas mayas *K'iche'*, la Corte IDH hizo referencia a la discriminación a la que fueron sometidos los familiares de las víctimas en su búsqueda de justicia por parte de las autoridades estatales guatemaltecas.<sup>86</sup> Además, destacó que:

...para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas —en tanto miembros del pueblo indígena Maya— y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 26 de noviembre de 2008. Serie C, No. 190, párrs. 92-100.

<sup>87</sup> *Ibidem*, párr. 100.



---

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

Dando un paso más hacia adelante, y ante el planteamiento expreso de la Comisión IDH,<sup>88</sup> la Corte determinó en el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, que el Estado había sometido a sus miembros a discriminación *de facto*, los había marginalizado en el goce de sus derechos y, además, no había adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión.<sup>89</sup> Quizá el elemento más distintivo de esta sentencia es que la Corte IDH destacó que:

...la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214, párr. 265.

<sup>89</sup> *Ibidem*, párr. 274.

<sup>90</sup> *Ibidem*, párr. 273.

En las sentencias de los casos contra México de *Inés Fernández*<sup>91</sup> y *Valentina Rosendo*<sup>92</sup> —dos mujeres indígenas *mep'haa* violadas sexualmente por militares, que denunciaron los hechos y cuyos casos fueron conocidos, hasta hace pocos meses, por la jurisdicción militar— la Corte IDH recordó que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*”,<sup>93</sup> y destacó que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de los pueblos indígenas es “indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva 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”.<sup>94</sup>

Por otro lado, en su demanda en el *Caso Norín Catrیمان y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, en el que varios indígenas, líderes indígenas y defensores de indígenas fueron juzgados por el delito de terrorismo por haber, supuestamente, incendiado un predio, la Comisión IDH consideró, al analizar el proceso al que fueron sometidas dichas personas, que “si la raza o el origen étnico de una persona es tomado en cuenta como elemento para ca-

---

<sup>91</sup> Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215.

<sup>92</sup> Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216.

<sup>93</sup> Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C, No. 215, párr. 200, y Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, No. 216, párr. 184.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

lificar un hecho normalmente considerado delito común como un delito terrorista, se estaría ante un escenario de aplicación selectiva de la ley penal”.<sup>95</sup>

Además, la Comisión IDH alegó que dicha aplicación selectiva configuraba una diferencia de trato frente a otras personas, y al incluir el criterio de pertenencia étnica —considerada como categoría sospechosa— era necesario realizar un “escrutinio especialmente estricto”, independientemente de que en las decisiones internas se hubieran considerado otros elementos distintos para llegar a las conclusiones respectivas. La Comisión concluyó que, al calificar los hechos como delitos terroristas, tomando en cuenta la pertenencia y/o el vínculo de las víctimas del caso con el pueblo indígena *Mapuche*, sin fundamentación de la relación directa de los hechos investigados y los alegados actos de violencia cometidos por grupos minoritarios del pueblo, constituyó un acto de discriminación.<sup>96</sup>

En su sentencia, en relación con el alegato relativo a la aplicación selectiva de la Ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, mejor conocida como “La Ley Antiterrorista”, contra los miembros del pueblo *Mapuche*, la Corte IDH reconoció que, en efecto, doce de diecinueve causas bajo la Ley Antiterrorista se relacionaban con las reivindicaciones *Mapuches*, y destacó que tanto el Relator Especial de los Pueblos Indígenas como el Relator Especial contra el Terrorismo, así como los Comités de Naciones Unidas, han manifestado su preocupación por la aplicación desproporcionada de

---

<sup>95</sup> Citado en Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Serie C, No. 279, párr. 189; CIDH, Informe de Fondo 176/10, *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, 7 de agosto de 2011. Véase <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/094.asp>.

<sup>96</sup> CIDH, Informe de Fondo No. 176/10, *Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros vs. Chile*, 5 de noviembre de 2010, párrs. 170 y ss.

dicha ley a los miembros del pueblo *Mapuche*.<sup>97</sup> Sin embargo, en un salto argumentativo que no se entiende en la decisión, la Corte IDH consideró que “la mayor aplicación a miembros del Pueblo Indígena Mapuche de esa ley penal... no permite concluir que se ha dado la alegada aplicación selectiva de carácter discriminatorio”.<sup>98</sup> Como en varios de los últimos casos decididos por la Corte IDH, éste es renuente a reconocer patrones estructurales.

Pese a lo anterior, en el apartado en el que analizó las decisiones judiciales que condenaron a las víctimas del caso, la Corte IDH destacó lo siguiente en cuanto a la discriminación en las mismas:

Puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocian a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado.<sup>99</sup>

Los estereotipos constituyen pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado... Asimismo, la Corte ha indicado que las condiciones discriminatorias

---

<sup>97</sup> Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Serie C, No. 279, párr. 218.

<sup>98</sup> *Ibidem*, párrs. 217-221.

<sup>99</sup> *Ibidem*, párr. 223.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

“basadas en estereotipos... socialmente dominantes y socialmente persistentes... se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de [las autoridades]...”<sup>100</sup>

La Corte IDH analizó las decisiones judiciales del caso concreto tomando en cuenta el contexto en el que se produjeron, y observó cómo se utilizó un lenguaje cargado de estereotipos de lo que —para los juzgadores nacionales— era el pueblo *Mapuche* y el comportamiento que sus miembros tendrían. Por tanto, concluyó que los razonamientos de las decisiones denotaron estereotipos y prejuicios que constituyeron una violación al principio de igualdad y no discriminación y al derecho a la igual protección ante la ley.

### 4. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN<sup>101</sup>

El derecho a la libertad de conciencia y religión ha sido poco desarrollado en el Sistema Interamericano. No obstante, las escasas referencias existentes se dan, mayoritariamente, en casos relacionados con pueblos indígenas. En ese sentido, cabe destacar la demanda del *Caso de la Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*,<sup>102</sup> en la que la Comisión alegó que para los pueblos indígenas, el derecho a la cultura y a su identidad étnica se traducen, en general, en la expresión y la preservación, entre otros, de

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, párr. 224.

<sup>101</sup> La información contenida en este subapéndice está contenida en un artículo más extenso, en proceso de publicación, sobre el derecho a la libertad de conciencia y religión en el Sistema Interamericano.

<sup>102</sup> CIDH, demanda en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, 25 de octubre de 1996, en [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver\\_expediente.cfm?nld\\_expediente=39&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nld_expediente=39&lang=es).

creencias y lugares sagrados. Asimismo, la Comisión IDH alegó que existía violación del derecho a la libertad de conciencia y religión, en términos más generales, en virtud de que la comunidad indígena del pueblo maya de *Plan de Sánchez* se vio impedida, por miedo, a practicar sus creencias antes y después de la masacre. Además, en términos específicos, consideró que el Estado había vulnerado los derechos de los miembros de la comunidad, por la sepultura indigna que se hizo de los restos mortales de la gente masacrada en *Plan de Sánchez* y por el hecho de que los miembros del pueblo indígena no pudieron sepultarlos conforme a sus costumbres y creencias. En la sentencia de fondo de la *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, en virtud de la aceptación de responsabilidad internacional y al allanamiento de los hechos y al derecho alegado por la Comisión IDH en su demanda, la Corte, si bien hizo referencia a dicho artículo y lo consideró como violado, no realizó consideraciones jurídicas concretas.<sup>103</sup>

Por otro lado, la visión flexible que ha tenido la Corte IDH, con relación al derecho a la integridad personal, ha permitido incluir, en el análisis del mismo, cuestiones que podrían caer en el contenido de otros derechos, como es el caso de la libertad de conciencia y religión. Así, por ejemplo, en el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, la Corte consideró que los familiares tenían derecho a sepultar dignamente los restos mortales de la persona forzosamente desaparecida, debido a su “repercusión en la cultura maya”.<sup>104</sup> Además, la Corte destacó que el cuidado de los restos mortales “observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya [pues para ésta] las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencontro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida

---

<sup>103</sup> Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C, No. 105.

<sup>104</sup> Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serie C, No. 91, párr. 79.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

y los antepasados muertos”.<sup>105</sup> Finalmente, en el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, la Corte consideró, en un sentido similar, que los sobrevivientes no pudieron honrar y enterrar a sus seres queridos según su cultura *N’djuka*.<sup>106</sup>

En el *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, en el que más de quinientas personas fueron ejecutadas, la Corte concluyó que el Estado era responsable de la destrucción de su estructura social, la desintegración familiar y la pérdida de las prácticas culturales y tradicionales de los miembros de la comunidad indígena maya *achí* de Río Negro.<sup>107</sup> Además, recordó que:

...la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad<sup>108</sup> y, por ende, de su identidad... o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.<sup>109</sup>

Por tanto, concluyó que el Estado era responsable de la violación al derecho a la integridad personal de los miembros de la comunidad de Río Negro, en relación con el derecho a

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, párr. 81.

<sup>106</sup> Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párr. 100.

<sup>107</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C, No. 250, párr. 162.

<sup>108</sup> Desde nuestro punto de vista, hubiera sido mejor utilizar el término espiritualidad.

<sup>109</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C, No. 250, párr. 160.

la libertad de conciencia y religión, constituyendo éste el primer caso en el que hace referencia directa a tal derecho, aun cuando expresó que la Convención Americana no contiene “un derecho a enterrar a los muertos”.<sup>110</sup>

Sin embargo, pese a haber dado este avance jurisprudencial en el *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, la Corte IDH no hizo un pronunciamiento autónomo y declaró la no violación del artículo 12 de la CADH frente a las alegaciones que habían realizado las víctimas, con el argumento de que al haber sido desplazadas de sus territorios no habían podido practicar su cultura.<sup>111</sup>

## 5. DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Ya en un informe de 1997, la Comisión IDH estableció que la protección de los pueblos indígenas requiere que los Estados tomen las medidas necesarias para garantizar la participación significativa y efectiva de los representantes indígenas en los procesos de

---

<sup>110</sup> En este entendido, la Corte IDH consideró: “155. La Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de “enterrar a los muertos”. La Corte Interamericana ha abordado este tema no como un derecho sustantivo, sino en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente, como consecuencia de la vulneración de algún otro derecho que sí esté previsto en la Convención...”. Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C, No. 250, párrs. 155 y 165.

<sup>111</sup> Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Serie C, No. 328, párrs. 194-202 y 204.



## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

toma de decisiones acerca del desarrollo y otros temas que los afectan a ellos y a su supervivencia cultural.<sup>112</sup>

El caso más representativo de la participación política de los miembros de pueblos indígenas en el Sistema Interamericano es el *Caso Yatama vs. Nicaragua*, en el cual la Corte IDH reconoció el derecho de los pueblos indígenas para participar, de manera directa y proporcional a su población, en la dirección de los asuntos públicos del país, sin necesidad de afiliarse a un partido y desde sus propias instituciones, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que éstos sean compatibles con los derechos humanos reconocidos en la Convención.<sup>113</sup>

En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH hizo referencia a la participación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, pero no incluyó expresamente el derecho a la participación política. En su demanda del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Comisión IDH consideró que el derecho de consulta involucraba, además del derecho a la propiedad, los derechos a la participación política y al acceso a la información. Específicamente, la Comisión consideró que “el derecho a la consulta previa es una dimensión del ejercicio de los derechos políticos de los Pueblos Indígenas, como el medio para garantizar la participación significativa y efectiva de los Pueblos Indígenas en los procesos de toma de decisiones acerca del desarrollo y de otros temas que los afecten”.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, 29 de septiembre de 1997, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29, rev. 1, párr. 63 y ss., en [http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo\\_6%20.htm](http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo_6%20.htm).

<sup>113</sup> Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127, párr. 225.

<sup>114</sup> CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Caso*

En ese sentido, durante la audiencia pública del *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* ante la Corte IDH, el Relator de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas manifestó, en relación con la participación política de los pueblos indígenas en los procesos de consulta, que éstos tienen el derecho de “determinar sus propios destinos al igual que los demás seres humanos”, para lo cual deben respetarse las estructuras de autoridad tradicional, la cultura indígena y el derecho consuetudinario.<sup>115</sup>

En su sentencia, la Corte IDH, si bien hace referencia al acceso a la información que deben tener los pueblos indígenas en los procesos de consulta, no consideró necesario hacer un análisis jurídico del derecho a la participación e información, puesto que consideró que ya habían sido abordados en el análisis del derecho de consulta.<sup>116</sup>

Recientemente, en el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH sí se pronunció sobre la participación efectiva de consulta —aplicando el principio *iura novit curia* pues las partes no alegaron la violación de éste derecho—<sup>117</sup> y determinó que la falta de ésta deriva de la violación del artículo 23 de la CADH y consideró que:

---

12.465) vs. *Ecuador*, 26 de abril de 2010, párr. 159, en <http://cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf>.

<sup>115</sup> Audiencia Pública ante la Corte Interamericana del *Caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/galeria-multimedia?start=40>.

<sup>116</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, párr. 230.

<sup>117</sup> Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Serie C, No. 309, párr. 126.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

...el artículo 23 de la Convención Americana dispone el deber de gozar de los derechos y oportunidades “de participar en la dirección de los asuntos públicos...”. En este sentido, la participación en la conservación del medio ambiente para las comunidades indígenas resulta no sólo en un asunto de interés público sino parte del ejercicio de su derecho como pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus derechos, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones.

En vista de ello, a fin de garantizar el uso y goce del derecho a la propiedad colectiva indígena, conforme a los artículos 1.1 y 21 de la Convención, frente a la utilización o explotación de recursos naturales en su territorio tradicional, el Estado debe, para efectos del presente caso, contar con mecanismos para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, a través de procedimientos culturalmente adecuados para la toma de decisiones de dichos pueblos. Lo anterior no sólo consiste en un asunto de interés público, sino que también forma parte del ejercicio de su derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus intereses, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones, en relación con el artículo 23 de la Convención Americana.<sup>118</sup>

De esta manera, y en este caso, por primera vez la Corte IDH enmarcó la violación del derecho a la consulta en otro artículo diferente al 21, y lo denominó participación efectiva de consulta;<sup>119</sup> sin embargo, como advierten dos jueces, la nomenclatura en nada afecta el contenido esencial del derecho.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> *Ibidem*, párrs. 196 y 203.

<sup>119</sup> *Ibidem*, párr. 230.

<sup>120</sup> Véase el Voto Concurrente a la Sentencia de los Jueces Humberto Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

## 6. MUJERES INDÍGENAS

Los Casos *Fernández Ortega y otra* y *Rosendo Cantú y otra vs. México* representan un paso fundamental en cuanto al reconocimiento, por parte de la Corte IDH, de la violación sexual como tortura. Además, tal como quedó referenciado en el acápite de discriminación, la Corte determinó que el trato brindado por las autoridades estatales a las víctimas constituyó un trato discriminatorio. Por otro lado, cabe destacar que en audiencia pública ante la Comisión IDH, en el 144 periodo de sesiones, un grupo de mujeres indígenas de la región —incluyendo mujeres de Colombia, Argentina y Canadá— destacaron la importancia de los casos de Inés Fernández y Valentina Rosendo como mujeres y como indígenas, pero manifestaron su preocupación de que el elemento colectivo no se habría visto reflejado en la sentencia. En ese sentido, en una crítica constructiva, refirieron la necesidad de que los órganos del Sistema Interamericano aborden casos futuros desde la integralidad de la mujer indígena perteneciente a un grupo indígena.<sup>121</sup>

Años antes de las sentencias en los casos de Inés Fernández y Valentina Rosendo, la Comisión IDH emitió un informe en el Caso *Ana, Beatriz y Celia González Pérez*, también contra México.<sup>122</sup> Las indígenas *tzetzales* fueron sometidas por un grupo de militares a un interrogatorio ilegal, en medio de abusos físicos que incluyeron la violación sexual en 1994. El caso no fue conocido por la Corte IDH.

---

<sup>121</sup> Audiencia pública ante la Comisión IDH durante el 144 Periodo de Sesiones sobre Discriminación Contra las Mujeres Indígenas en las Américas, 28 de marzo de 2012, en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/hearings.aspx?lang=es&session=125&page=2>.

<sup>122</sup> CIDH, Informe No. 53/01, Caso 11.656. *Ana, Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, 4 de abril de 2001, en <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Mexico11.565.htm>.

---

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

Finalmente, es importante destacar que el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* fue la primera sentencia en el ámbito internacional en abordar el tema de la mortandad materna debida a la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica, así como en destacar las obligaciones de los Estados para brindar políticas adecuadas de salud a las mujeres.<sup>123</sup>

### 7. DESPLAZAMIENTO FORZADO

En el *Caso de las Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, la Corte IDH dio por probado que los miembros de la comunidad se vieron forzados a huir de sus tierras luego de las masacres cometidas en su contra, e impedidos a regresar a las mismas por el contexto de conflicto armado que se vivía en el país, así como por la construcción de una represa sobre su territorio. Por tanto, concluyó que la persecución sistemática y el desplazamiento provocaron afectaciones en los sobrevivientes de las mismas.<sup>124</sup> En ese sentido, la Corte destacó que:

...el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, los puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “[p]or sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural... genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”... por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección... considerando las particularidades propias de los pueblos indíge-

---

<sup>123</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214, párr. 233.

<sup>124</sup> Véase peritaje rendido por Rosalina Tuyuc en la audiencia pública celebrada el 19 y 20 de junio de 2012, en <http://vimeo.com/album/1983401>.

nas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres... para prevenir y revertir los efectos de dicha situación.<sup>125</sup>

La Corte concluyó que si bien el país había realizado esfuerzos para reasentar a los sobrevivientes de las masacres, no había “establecido las condiciones ni proporcionado los medios indispensables para reparar o mitigar los efectos de su desplazamiento, provocado por el propio Estado”.<sup>126</sup>

Como ya se destacó anteriormente, en el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte IDH eludió varios de los temas planteados —algunos de los cuales consideró fuera de su competencia sin hacer un análisis de la violación continuada—, uno de ellos era el desplazamiento al que se vieron obligados los miembros de dichos pueblos.<sup>127</sup>

Ahora bien, un caso de especial significación es el *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia* —este caso se refería a comunidades tribales afrodescendientes—, en el cual se protegió, por primera vez, el artículo 21 de la Convención Americana aplicando el Derecho Internacional Humanitario por Conflicto Armado no Internacional. Eran dos los principales alegatos: las afectaciones (individuales y colectivas) de las co-

---

<sup>125</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C, No. 250, párr. 177.

<sup>126</sup> Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C, No. 250, párr. 169.

<sup>127</sup> Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 14 de octubre de 2014. Serie C, No. 284.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

comunidades de la Cuenca del Río Cacarica (vivienda), y la presunta explotación ilegal de los territorios del Consejo Comunitario de dichas comunidades.<sup>128</sup>

Al tratarse de un pueblo tribal, la Corte IDH recordó que en el contexto del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, el artículo 21 protege la vinculación estrecha de éstos con la tierra, los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos, por lo que, debido a esa conexión intrínseca de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales con su territorio, la protección de la propiedad, uso y goce sobre éste, es necesaria para garantizar su supervivencia.<sup>129</sup> Al hacer dicho análisis, la Corte IDH invocó las normas 7a. y 133 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, la última de las cuales estipula que “deberán respetarse los derechos de propiedad de las personas desplazadas”.<sup>130</sup>

Con relación al derecho a la vivienda, la Corte IDH constató la destrucción de los hogares de los pobladores de las comunidades, lo que originó que además de constituir una gran pérdida de carácter económico, les causara una pérdida de sus condiciones básicas de existencia, lo cual hacía que la violación al derecho a la propiedad fuera de especial gravedad.<sup>131</sup>

Asimismo, la Corte IDH consideró que existía una violación al derecho a la propiedad colectiva indígena por el desplazamiento que habían sufrido las comunidades, la falta de acceso a sus

---

<sup>128</sup> Corte IDH, *Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 20 de noviembre de 2013. Serie C, No. 270, párr. 344.

<sup>129</sup> *Ibidem*, párr. 346.

<sup>130</sup> *Ibidem*, párr. 349.

<sup>131</sup> *Ibidem*, párr. 352.

tierras y que las actividades de explotación de recursos fueron ilegales en ese territorio.<sup>132</sup>

## 8. PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS MIEMBROS Y PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Un tema muy relevante dentro de la temática indígena y tribal en la jurisprudencia interamericana ha sido la personalidad jurídica de sus miembros, así como del concepto de *pueblo*. En este sentido, la Corte IDH ha enmarcado la violación de este derecho a la luz del artículo 3o. de la Convención Americana. Del acervo jurisprudencial se pueden identificar tres vertientes respecto del tratamiento de este derecho: a) reconocimiento de la personalidad jurídica de manera colectiva para ejercer sus derechos colectivos; b) los “pueblos indígenas y tribales” como sujetos de derechos diferenciados de sus miembros como víctimas, y c) la falta de registros (actas de nacimiento) de miembros de comunidades indígenas.

En cuanto al primer punto, en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH reconoció el derecho a la personalidad jurídica del pueblo, dándoles un reconocimiento que les permitiera elegir a sus propios representantes, sobre quienes recaería la responsabilidad de las decisiones que afectarían a la comunidad en su conjunto.<sup>133</sup> Además, la Corte consideró que dicho pueblo:

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, párrs. 256 y 257.

<sup>133</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, No. 172, párr. 169.



## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

...era entidad tribal distintiva que se encontraba en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecían de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte consideró que el Estado debía reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva.<sup>134</sup>

Sin embargo, este reconocimiento constituyó un *obiter dicta* y no fue plasmado en la *ratio decidendi*.<sup>135</sup> Esta situación fue diferente en el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, pues en este caso sí se consideró que la violación por la falta de ejercicio de la personalidad jurídica recaía tanto en el pueblo (al ser una colectividad) así como en sus miembros (individuales).<sup>136</sup>

Ahora bien, en relación con la personalidad jurídica de los pueblos indígenas como posibles víctimas de violación a sus derechos humanos en el Sistema Interamericano, el primer caso en donde la Corte IDH hizo este análisis diferenciado fue en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Pese a que fue constantemente alegado por la Comisión IDH en casos anteriores, fue hasta esta sentencia que la Corte IDH determinó que el pueblo —y no sólo sus miembros— fue víctima de violaciones a sus derechos humanos por parte del Estado ecuatoriano.<sup>137</sup> Esta postura se reafirmó en la *Opinión Consultiva No. 22 sobre*

---

<sup>134</sup> *Ibidem*, párr. 174.

<sup>135</sup> En los resolutivos de la sentencia, la Corte IDH hizo alusión a la violación del artículo 3o. sólo refiriéndose a los “miembros”.

<sup>136</sup> En los resolutivos de la sentencia, la Corte IDH hizo alusión a la violación del artículo 3o. sólo refiriéndose a los “pueblos” y a los “miembros”.

<sup>137</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, resolutivos 2 y 4.

*Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en la que la Corte IDH insistió en que los pueblos indígenas son entes colectivos de derecho internacional y tienen que ser considerados de manera colectiva,<sup>138</sup> lo cual podría considerarse una excepción al artículo 1.2 de la Convención Americana. Así, concluye que:

De acuerdo a lo anterior, la Corte concluye que, por disponerlo varios instrumentos jurídicos internacionales, de los que son partes los Estados del sistema interamericano, y algunas de sus legislaciones nacionales, las comunidades indígenas y tribales, por encontrarse en una situación particular, deben ser consideradas como titulares de ciertos derechos humanos. Adicionalmente, ello se explica en atención a que, en el caso de los pueblos indígenas su identidad y ciertos derechos individuales, como por ejemplo el derecho a la propiedad o a su territorio, solo pueden ser ejercidos por medio de la colectividad a la que pertenecen.<sup>139</sup>

En cuanto a la falta de registros de nacimiento, en el Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, la Corte IDH se enteró del fallecimiento de 18 personas por el incumplimiento del Estado de su deber de prevención, y manifestó, además, que dichas personas no habían contado con registros de su nacimiento o defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad. Igualmente, la Corte IDH destacó que de los hechos se desprendía

---

<sup>138</sup> Corte IDH, *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A, No. 22, párr. 72-84.

<sup>139</sup> *Ibidem*, párr. 83.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

que los miembros de la comunidad vivían en condiciones de extremo riesgo y vulnerabilidad, por lo que tenían serios impedimentos económicos y geográficos para obtener el debido registro de nacimientos y defunciones, así como otros documentos de identidad. En suma, la Corte IDH apuntó que los miembros de la comunidad habían permanecido en un limbo legal en que, si bien habían nacido o muerto en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida; es decir, que no tenían personalidad jurídica.<sup>140</sup> Esta situación se reiteró en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*,<sup>141</sup> así como en el *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*.

### 9. OTROS TEMAS SUSTANTIVOS:

#### INTEGRIDAD CULTURAL, USO DEL IDIOMA E IDENTIDAD CULTURAL

Existen, sin duda, muchas más aristas en los casos relativos a derechos de los pueblos indígenas; baste con dejar mencionadas tanto las masacres como la afectación a la integridad cultural.

En ese sentido, se debe destacar el tratamiento que el Sistema Interamericano ha dado a los casos de masacres de comunidades indígenas, principalmente en Guatemala. Así, por ejemplo, en los *Casos Masacre Plan de Sánchez y Masacres de Río Negro*, la CIDH solicitó que la Corte analizara los casos tomando en consideración el contexto de genocidio en el cual se dieron.

---

<sup>140</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146, párrs. 191, 192 y 193

<sup>141</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, No. 214, párrs. 245-254.

Otro tema de relevancia ha sido la afectación a la integridad cultural sufrida por miembros de comunidades indígenas como consecuencia de las violaciones a sus derechos, tema abordado principalmente en el *Caso de Florencio Chitay Nech*, líder indígena desaparecido en Guatemala.<sup>142</sup> En la sentencia, la Corte IDH realizó —al igual que en otros casos de desaparición— un análisis de los efectos y violaciones que causó dicho abuso múltiple y continuado, con las implicaciones personales, comunitarias y culturales que la desaparición tuvo en su familia, principalmente en sus hijos menores de edad —quienes tuvieron que desplazarse y negar sus orígenes— y en su comunidad, al perder a uno de sus líderes.

Otro tema trascendental dentro del contexto indígena es el relativo al uso del idioma, que ha sido desarrollado en los *Casos López Álvarez vs. Honduras y Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. En el *Caso López Álvarez*, la Corte encontró que al prohibir a Alfredo López Álvarez expresarse en el idioma de su elección —en su lengua como miembro de una comunidad *garífuna*—, durante su detención en el Centro Penal de Tela, el Estado aplicó una restricción al ejercicio de su libertad de expresión, incompatible con la garantía prevista en la Convención y que, a su vez, constituyó un acto discriminatorio en su contra.<sup>143</sup> En ese sentido, recordó que los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos<sup>144</sup> y agregó que la lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamen-

---

<sup>142</sup> Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C, No. 212.

<sup>143</sup> *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141, párr. 173.

<sup>144</sup> *Ibidem*, párr. 171.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

te porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.<sup>145</sup> En el presente caso, la restricción al ejercicio de la libertad de hablar su idioma, aplicada también a algunos reclusos *garífunas* del Centro Penal de Tela, fue discriminatoria y en perjuicio del señor López Álvarez.

Las anteriores consideraciones llevaron a la Corte a concluir que el Estado era responsable por la violación al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y al derecho de igualdad ante la ley, así como por el incumplimiento de la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades, en perjuicio de Alfredo López Álvarez.<sup>146</sup>

En el *Caso Chitay Nech*, el desplazamiento de sus familiares fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando el vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral.<sup>147</sup> En consecuencia, conforme a su jurisprudencia constante en materia indígena, la Corte IDH consideró que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas o de sus integrantes los puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “[p]or sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural... genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”. Por tanto, consideró indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección, considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, para prevenir y revertir los efectos de tal situación.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> *Ibidem*, párr. 172.

<sup>146</sup> *Ibidem*, párr. 174.

<sup>147</sup> Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C, No. 212, párr. 146.

<sup>148</sup> *Ibidem*, párr. 147.

Finalmente, un tema que no debe pasar desapercibido es el relativo al derecho a la identidad cultural. El único caso en el cual la Corte IDH ha expresado la vulneración de manera autónoma a este derecho (como *ratio decidendi*) es en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, en cuya sentencia destacó que:

...bajo el principio de no discriminación establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos.<sup>149</sup>

La Corte IDH consideró que dos instrumentos internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales: el Convenio No. 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,<sup>150</sup> y agregó que:

...el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres

---

<sup>149</sup> Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, párr. 213.

<sup>150</sup> *Ibidem*, párr. 215.

---

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio No. 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos indígenas a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”<sup>151</sup>

### 10. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Finalmente, es importante destacar que el Sistema Interamericano ha dado especial importancia a las medidas de protección, tendientes a responder a situaciones que *prima facie* sean de gravedad. En específico, la Comisión IDH ha dictado numerosas medidas cautelares otorgadas a favor de comunidades indí-

---

<sup>151</sup> Llama la atención en este caso las referencias que se hacen respecto del valor simbólico que tienen ciertos elementos del territorio indígena con relación a la afectación de la integridad cultural, 219. Dada la importancia que tienen los sitios de valor simbólico para la identidad cultural del pueblo *Sarayaku* y su cosmovisión, como sujeto colectivo, varios de los testimonios y peritajes producidos durante el proceso indican el fuerte lazo que existe entre los elementos de la naturaleza y de la cultura, por un lado, y las dimensiones del ser de cada integrante del pueblo, por otro. Lo anterior denota también las profundas afectaciones a las relaciones sociales y espirituales que los integrantes de la comunidad pueden tener con los diferentes elementos de la naturaleza que los rodea cuando son destruidos o menoscabados, 220. La Corte considera que la falta de consulta al pueblo *Sarayaku* afectó su identidad cultural, por lo que no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión, y a su modo de vivir, produciendo, naturalmente, gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, párr. 219.

genas<sup>152</sup> en situaciones de desplazamiento,<sup>153</sup> de desalojo,<sup>154</sup> de conflicto armado,<sup>155</sup> de aislamiento voluntario,<sup>156</sup> o afectadas por proyectos en alegados territorios indígenas.<sup>157</sup> Asimismo, ha ordenado la protección de líderes indígenas.<sup>158</sup> Por su parte, la Corte IDH ha dictado medidas de protección a las comunidades de *Colotenango*, *Plan de Sánchez*, del *Pueblo Indígena Kankuamo*, de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, del *Pueblo Indígena Sarayaku* y a integrantes de la comunidad indígena *Choréachi*.<sup>159</sup>

<sup>152</sup> Pueden verse todas las medidas cautelares en el siguiente enlace: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>.

<sup>153</sup> Véanse, por ejemplo, las medidas cautelares MC 197-10 y MC 60/12 de San Juan Copala, del 2010 y 2012 (México).

<sup>154</sup> Véanse, por ejemplo, las medidas cautelares MC21/11, de las catorce comunidades maya *Q'echi*, del 2011 (Guatemala).

<sup>155</sup> Véanse, por ejemplo, las medidas cautelares MC-61/11 a favor del pueblo *Awá*, de 2011 (Colombia), y medidas cautelares MC255/11 a favor del pueblo *Nasa* del 2011 (Colombia).

<sup>156</sup> Véanse, por ejemplo, las medidas cautelares a favor del pueblo *Tagaeri/Taromenani* (Ecuador), en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>.

<sup>157</sup> Véanse, por ejemplo, las medidas cautelares a favor de las comunidades *Ngöbe* (Panamá), *Bello Monte* (Brasil), y *Mina Marlin* (Guatemala), en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>.

<sup>158</sup> Véanse, por ejemplo, las siguientes medidas cautelares: Dirigentes del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y sus asesores (Colombia), Aura Lolita Chávez Ixcaquic (Guatemala), Lideresas del pueblo indígena *wayúu* (Colombia), Leonidas Iza (Ecuador), Rosalina Tuyuc (Guatemala), Zenilda María de Araujo y Marcos Luidson de Araujo (Cacique Marquinhos), líderes indígenas del pueblo *Xucuru* (Brasil), Aldo González Rojas y Melina Hernández Sosa (México), Asociación Nacional de Mujeres Campesinas e Indígenas de Colombia (Anmucic) (Colombia), entre otras.

<sup>159</sup> Véanse las resoluciones de la Corte con relación al asunto de la comunidad de *Colotenango* respecto de Guatemala, solicitadas en 1994 y levantadas en 2007; Resoluciones respecto del caso de la comunidad *Mayagna (Sumo) Awás Tingni* respecto de Nicaragua, otorgadas en 2002 y levantadas en 2007; Resolución de la Masacre *Plan de Sánchez* (Salvador Jerónimo y otros) vs. Guatemala, otorgadas en 2004 y levantadas en 2005; Resoluciones del Asunto *Pueblo Indígena Kankuamo* respecto de Colombia, otorgadas en 2004 y levantadas en 2011; Resoluciones del *Pueblo Indígena Sarayaku* respecto de



## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

Como se ha visto, si bien el desarrollo jurídico de los derechos de los pueblos indígenas continúa, no se puede negar que la jurisprudencia que los órganos del Sistema Interamericano han ido desarrollando en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ha permitido dar importantes pasos en la materia, no sólo a nivel conceptual, sino en conseguir efectos concretos para ellos.

---

Ecuador, solicitadas en 2004 y vigentes a la fecha; Asunto *Serech and Saquic* respecto de Guatemala, solicitadas en 1996 y levantadas en 1997. Véase en similar sentido: Corte IDH, Asunto Integrantes de la Comunidad Indígena de *Choréachi* respecto de México. Solicitud de medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de marzo de 2017.