

I. Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el Sistema Interamericano

Karla I. Quintana Osuna*

1. INTRODUCCIÓN¹

No se puede entender el desarrollo internacional del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sin mirar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los informes de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana son referencia obligada, en especial, en el derecho de consulta previa, libre e informada que tienen los pueblos indígenas respecto de su territorio. Este no es un tema menor; más aún en una realidad donde innumerables proyectos de desarrollo se implementan a diario en territorios ancestrales o tradicionales de dichos pueblos.

La sentencia de los *Doce Clanes Saramaka vs. Surinam*,² la primera en referirse expresamente al derecho de consulta de los

* Directora General de la Asesoría Jurídica Federal de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas y profesora del Seminario de Derecho Constitucional III en el ITAM. Las opiniones expresadas en el presente artículo son responsabilidad de la autora y no reflejan necesariamente las opiniones de la institución en la que trabaja o en las que ha trabajado.

¹ Agradezco los comentarios de Juan Jesús Góngora Maas en el contenido del presente ensayo.

² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

pueblos indígenas y que ha aportado importantes estándares en la materia,³ ha sido retomada por otros organismos internacionales⁴ y por tribunales constitucionales.

Para entender cómo es que un tribunal regional llegó a pronunciarse respecto de la consulta, es necesario analizar importantes casos resueltos previamente por la Comisión Interamericana que no fueron sometidos a la Corte Interamericana, no solo relacionados con el derecho de consulta, sino con el derecho de los pueblos indígenas y tribales a su territorio.⁵

El reconocimiento en derechos de los pueblos indígenas y tribales no se ha limitado, sin embargo, al derecho de consulta, sino que se ha extendido a otros conflictos de territorio y a diversas violaciones a sus derechos como pueblo y como individuos. El presente trabajo está dividido en diferentes subtemas que resultan ser, a criterio de la autora, 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.⁶

Serie C, núm. 172; *supra*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 185.

³ No podemos dejar del lado que algunos de dichos estándares han sido criticados por los pueblos indígenas por considerarlos limitados.

⁴ *Cfr.* por ejemplo, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya.

⁵ 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”. Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1, inciso 1, literal *a* del Convenio 169 de la OIT. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párr. 79. Sin embargo, la Corte ha aplicado los estándares sobre protección de tierras ancestrales sin distinción alguna entre pueblos indígenas y tribales.

⁶ En virtud de las características específicas del presente escrito, la autora no pretende realizar un análisis exhaustivo de la totalidad de precedentes y

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

Es importante recordar preliminarmente que el derecho internacional de los derechos humanos permite una interpretación extensiva y evolutiva de los derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷ En ese sentido, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han dado contenido específico a derechos no expresamente mencionados en la citada Convención, como es el derecho a la propiedad comunitaria, el derecho a la consulta o, incluso, el daño a la integridad cultural.

2. PROPIEDAD COMUNAL

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han prestado especial atención al derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad comunal sobre sus tierras como un derecho en sí mismo y como garantía del disfrute efectivo de otros derechos.⁸

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. Véase MacKay, F., “From «sacred commitment» to justiciable norms. Indigenous peoples’ rights and the Inter-American human rights system”, en Salomon, M., Tostensen, A. y Vandenhole, W. (eds.), *Casting the Net Wider-Human Rights and Development in the 21st Century*, Amberes, Intersentia Press, 2007, pp. 371-394; Citroni, Gabriela y Quintana Osuna, Karla, “Reparations for Indigenous Peoples in the Inter-American Court”, en *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 317 y ss.

⁷ En este sentido, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone sobre las Normas de Interpretación que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁸ Cfr. CIDH. Informe sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Comisión Interamericana ha manifestado que “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no solo 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”.⁹ La Corte Interamericana 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»”.¹⁰

En ese sentido, el primer caso ante la Corte Interamericana en relación con la propiedad comunitaria indígena es el de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*,¹¹ en el cual determinó que el derecho a disfrutar del derecho a la propiedad, protegido en el artículo 21 de la Convención Americana, incluye el derecho de los pueblos indígenas para la protección de su propiedad comunal. 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 esta no se centra en un individuo sino en

del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales), 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 3.

⁹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Yakye Axa vs. Paraguay*. Referidos en Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 120, lit. c.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 155.

¹¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79. Véase también Anaya, James y Grossman, Claudio, “The Case of Awas Tingni vs. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, 2002.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

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.¹²

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. Dicha situación había creado “un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad [...] en cuanto no [sabían] con certeza hasta dónde se [extendía] geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, [desconocían] hasta dónde [podían] usar y gozar libremente de los respectivos bienes”.¹³ 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”.¹⁴

Por tanto, ordenó a Nicaragua delimitar, demarcar y titular el territorio de la comunidad y, además, abstenerse de realizar “hasta tanto no se [realizara] esa delimitación, demarcación y titulación, actos que [pudieran] 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”.¹⁵ En 2009, la Corte Interameri-

¹² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 149.

¹³ *Ibidem*, párr. 153.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 103, lit. e.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 153, inc. 2.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

cana dio por plenamente cumplida la sentencia,¹⁶ constituyendo una de las pocas con cumplimiento total en la jurisprudencia del Tribunal.

Después de la sentencia de *Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, existen tres sentencias importantes de la Corte Interamericana —a las que deben agregarse dos casos más conocidos exclusivamente por la CIDH— 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”.¹⁷

En las sentencias de los casos de las comunidades indígenas de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, ambos contra Paraguay, la Corte Interamericana 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 estuviesen siendo explotados. En ese sentido, la Corte especificó claramente que el hecho de que las tierras ancestrales de las comunidades estuvieran siendo productivas por los actuales propietarios no era razón justificada para no devolverlas. No obstante, el Tribunal previó en sus sentencias la posibilidad de que, en el caso de que no fuera posible reintegrarlas “por razones justificadas”, el Estado podía devolver tierras alternativas, siguiendo las propias for-

¹⁶ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia de la Corte de 3 de abril de 2009.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214. Véase demanda de la CIDH de 2 de febrero de 2005 en el *Caso de la Comunidad Indígena de Sawhoyamaxa*, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp> Véase demanda de la CIDH de 3 de julio de 2009 en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp> Véase también informe de admisibilidad 55/07 de 24 de julio de 2007 en el caso *Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros*. Véase informe 90-99, Caso 11.713, 29 de septiembre de 1999 en el *Caso de las Comunidades Indígenas Enxet-Lamexay y Kayleyphapoyet —Riachito—*.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

mas de consulta y decisión de las comunidades, sus valores, usos y costumbres.¹⁸ La Corte otorgó al Estado paraguayo plazos de tres años para cumplir con dicha obligación contados a partir de la notificación de las sentencias.

Tres años después de la sentencia de la *Comunidad Indígena de Sawhoyamaxa*,¹⁹ la Corte volvió a conocer de un caso similar, el de la *Comunidad Indígena de Xákmok Kásek*,²⁰ en cuya sentencia reiteró los estándares previamente establecidos, con un importante cambio. En una decisión sin precedentes jurisprudenciales en la Corte Interamericana, esta ordenó nuevamente a Paraguay reconocer, devolver y titular los territorios ancestrales, pero determinó que de no cumplirse la orden en el tiempo previsto —tres años—, el Estado tendría que pagar diez mil dólares por cada mes de retraso.²¹ Dicha decisión solo puede leerse, estimo, 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 Interamericana, Paraguay tituló, a principios de 2012,

¹⁸ “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”. Véase Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 115 y 117.

¹⁹ 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*.

²⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*. Véase demanda de la CIDH de 3 de julio de 2009 en el caso referido, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>

²¹ *Ibidem*, párr. 288.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

tierras alternativas a la comunidad de Yakye Axa,²² las cuales, sin embargo, no se encuentran bien comunicadas, por lo que actualmente se estaría intentando por la vía judicial y legislativa crear una servidumbre de paso o un camino público que llegue hasta las tierras. En relación con las tierras de la comunidad de Sawhoyamaya, en septiembre de 2014, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró de interés social y expropió a favor del Instituto Nacional del Indígena (INDI) más de 14 mil hectáreas para su posterior transferencia a la comunidad, para restituir parte de su territorio tradicional.²³ No obstante, es preocupante la información acerca de la existencia de una nueva acción de inconstitucionalidad relativa a la expropiación de las tierras.

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 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 Interamericana,²⁴ 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—. Ante el poco éxito, el poder ejecutivo, a través del INDI, intentó en varias ocasiones comprar las tierras, teniendo como respuesta, en algunos casos, el aumento exorbitante de precios por parte de los dueños actuales, por lo que se optó por la entrega de tierras alternativas, con el acuerdo de la comunidad.

En relación con el tercer caso, el de la *Comunidad de Xákmok Kásek*, existe información pública de que en marzo de 2015 autoridades paraguayas se habrían reunido con miembros de la misma para informarles sobre los trámites administrativos llevados a

²² “El Paraguay devolvió a Yakye Axa su tierra”, disponible en http://www.tierraviva.org.py/site/noticias_int/22

²³ Disponible en <http://www.tierraviva.org.py>

²⁴ Véase video de audiencia pública compuesta de supervisión de cumplimiento al respecto en noviembre de 2011, disponible en <http://vimeo.com/32480699>

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

cabos para adquirir las tierras que aquella reivindica, sin que existan avances concretos.²⁵ Además, no se sabe a ciencia cierta si el gobierno está pagando la cantidad ordenada por la Corte Interamericana 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 ha vencido.

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 Kelyemagategma, en trámite ante la Comisión Interamericana y respecto del cual existe un informe de admisibilidad.²⁶ Asimismo, más de diez años antes, Paraguay había llegado a un acuerdo de solución amistosa en el que se concertó, entre otros, la devolución de las tierras a las comunidades indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapoyet —Riachito—. ²⁷

En 2013, la Comisión Interamericana presentó ante la Corte Interamericana 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 Interamericana 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

²⁵ Disponible en <http://www.tierraviva.org.py>

²⁶ Cfr. Informe de admisibilidad 55/07, 24 de julio de 2007, en el *Caso Comunidad Indígena Kelyemagategma del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros*, véase “Estado entrega tierras a indígenas cumpliendo sentencia de la CIDH”, disponible en <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/estado-entrega-tierras-a-indigenas-cumpliendo-sentencia-de-la-cidh-291520.html>

²⁷ Cfr. informe 90-99, Caso 11.713, 29 de septiembre de 1999.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

de colonos no indígenas y la tala ilegal de árboles. 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.²⁸

La sentencia de la Corte Interamericana 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 interamericana. En efecto, el desarrollo jurisprudencial de la Corte poco respondió a los alegatos planteados sobre la violación al derecho a la propiedad.

Sobre este caso, inicialmente, al menos es cuestionable la posición de la Corte Interamericana 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.²⁹ 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. No obstante, dejó fuera de su análisis —en excepciones preliminares— la indemnización que el Estado se había comprometido a otorgar. La Corte 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 Interamericana, 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.

El Tribunal Interamericano mucho pudo aportar para establecer obligaciones específicas de una justa indemnización para

²⁸ Véase informe 125-12, Caso 12.354, remitido a la Corte Interamericana el 26 de febrero de 2013, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.354FondoEsp.pdf>

²⁹ Corte IDH. *Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, núm. 284.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

los pueblos indígenas de la región una vez que estos han sido afectados en su territorio, como en el caso concreto, cuando ya se han concretado los proyectos de desarrollo —ello, independientemente de si se respetó o no el derecho a la consulta previa—. En todo caso, la Corte Interamericana perdió una oportunidad para desarrollar su jurisprudencia en una problemática a la cual se enfrentan los pueblos indígenas constantemente.

Aunado a lo anterior, el Tribunal Interamericano optó por una postura muy similar al caso *Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua (supra)* resuelto trece años antes, al establecer que el Estado panameño había fallado en su obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras a las cuales habían sido desplazados los pueblos, luego de haber sido sacados de sus territorios ancestrales, sin distinguir entre las tres acciones, lo que, en el presente caso, hubiera sido de gran utilidad no solo para reparar la violación al derecho a la propiedad comunal, sino para resolver, de hecho, el problema actual que viven dichos 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 Interamericana, 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.

Por otro lado, en el caso de la *Comunidad Garífuna Punta Piedras y sus miembros vs. Honduras*, si bien el territorio estaba titulado a favor de dicha comunidad, sus miembros no podían ingresar a él, pues se encontraba un poblado con infraestructura; es decir, no tenían acceso real al territorio.³⁰ En consecuencia, la Corte

³⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304, párr. 170.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

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 de 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”,³¹ incluidos los terceros sin título de dominio.

3. CONSULTA PREVIA

Dentro del análisis del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, la Comisión Interamericana 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,³² así como en informes de país³³ e informes temáticos.³⁴ En virtud de las características del presente escrito, nos enfocaremos únicamente en los casos.

La CIDH, en decisiones precursoras en tema de consulta previa, se pronunció en los casos de las *Comunidades Indígenas Ma-*

³¹ *Ibidem*, párr. 181.

³² CIDH, informe de fondo 40/04, Caso 12.053. *Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, y CIDH, informe de fondo 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002. Véase demanda de la CIDH en el caso de los 12 clanes *Saramaka vs. Surinam*, y demanda de la CIDH en caso del pueblo indígena de *Sarayaku vs. Ecuador* de 26 de abril de 2010, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>

³³ Véase, por ejemplo, CIDH, *Informe de Seguimiento-Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009; CIDH, *Informe de Ecuador 1997*, conclusiones del cap. IX; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, cap. X, 1999, recomendación 4; CIDH, *Informe sobre acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, cap. IV Derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas.

³⁴ *Cfr.* CIDH, *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* (Informe sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales), 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

yas del Distrito de Toledo vs. Belice y en el caso de las *Hermanas Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*.³⁵

En relación con este último caso, la Comisión analizó la actividad aurífera llevada a cabo con la anuencia estatal en el territorio ancestral del pueblo Western Shoshone, sin la consulta a dicho pueblo. En el caso, la CIDH 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”.³⁶

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

[...] el 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 consentimiento 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 [...].³⁷

En ese sentido, es importante destacar que en dicho caso, la CIDH reconoció que los pueblos indígenas tienen, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos huma-

³⁵ Ninguno de los anteriores casos fue conocido por la Corte Interamericana en virtud de que ni Estados Unidos ni Belice han aceptado su competencia.

³⁶ Véase, CIDH, informe de fondo 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)* párr. 140, Anexo 61.

³⁷ CIDH, informe de fondo 40/04, Caso 12.053. *Comunidades Indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párrs. 153 y 142; Anexo 61, Belice ratificó el Convenio 169 en 1991, cit. en la demanda del pueblo Kichwa de Sarayaku.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

nos, derechos colectivos de propiedad sobre sus tierras tradicionales y los recursos, independientemente de ser reconocidos a nivel nacional.³⁸ Por tanto, concluyó que el Estado debía consultar a las comunidades mayas y obtener su consentimiento informado antes de tomar ninguna decisión que afectara sus tierras.

Posteriormente, la CIDH sometió a la Corte el caso de los *Doce Clanes Saramaka vs. Surinam*.³⁹ En su sentencia, la Corte Interamericana 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 y haciendo una interpretación evolutiva del mismo. En dicho caso, la Corte consideró que Surinam estaba obligado a realizar la consulta, aun cuando este no hubiera ratificado el Convenio 169 de la OIT, puesto que consideró que la obligación surgía tanto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte 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 en relación con “todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro de [su] territorio”.⁴⁰ Así, consideró que si el Estado quería restringir “legítimamente, los derechos a la propiedad comunal [debía] consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmen-

³⁸ Véase “*Maya Communities of Southern Belize*”, disponible en <http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/international/mayaBelize.cfm>

³⁹ Demanda de la CIDH de 23 de junio de 2006, en el *Caso de los Doce Clanes Saramaka*, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>

⁴⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, párrs. 127-128. 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 de Surinam, no obstante, mantenían una relación con sus tierras y estructuras culturales y políticas diferenciadas de manera similar a los pueblos indígenas.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

te, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social”.⁴¹

Es necesario leer la sentencia de fondo del caso, junto con la interpretación de la misma, 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:

[...] lo cual a su vez 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 solo de consultar(los), sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.⁴²

En 2010, la CIDH sometió ante la Corte la demanda en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*.⁴³ En junio de 2012, la Corte Interamericana emitió la sentencia en el caso referido,⁴⁴ respecto de la cual se pueden destacar dos temas fundamentales en relación con el derecho de consulta: por un lado, el momento a partir del cual se considera que el Estado se encuentra obligado a la consulta, y el alcance del consentimiento necesario en el proceso de consulta.⁴⁵

⁴¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*.

⁴² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 185, párr. 17. Véase también <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/siddhh/cidh/111-nueva-sentencia-de-la-cidh-en-el-caso-saramaka-implicancias-para-los-pueblos-indigenas.html>

⁴³ Demanda en el *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Véase Brunner, Lisl y Quintana Osuna, Karla I., “El derecho a la consulta en el sistema interamericano de derechos humanos: estándares después del caso Sarayaku”, en *Revista Métodos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (trad. del artículo: *The right to consultation after the Sarayaku judgment*, ASIL), 2012.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Respecto del primer punto, la Corte 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”⁴⁶ y que la obligación de consultar es un “principio general de derecho internacional”.⁴⁷ 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”, a su propia jurisprudencia en el caso *Saramaka* y realizó un recuento del reconocimiento que algunas legislaciones nacionales de las Américas hacen respecto del derecho a la consulta.

No obstante ello, la Corte 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*, sin embargo, la Corte asume 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 1998.⁴⁸ Queda abierta la pregunta, entonces, de cómo se lee este razonamiento de la Corte a la luz de sus propias afirmaciones respecto a que “se encuentra claramente establecida el derecho de consulta” y que la obligación de consultar es “un principio general de derecho internacional”.⁴⁹

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 160.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 164.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 172.

⁴⁹ Pese a la falta de claridad en el razonamiento de la Corte, en cuanto a principios generales y aplicación al caso concreto, una lectura integral de la sentencia permitiría llegar a la conclusión que, independientemente de la ratificación o no de ciertos convenios internacionales específicos

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

Por otro lado, la sentencia de *Sarayaku* es relevante en cuanto a que la Corte es más explícita en los requisitos para garantizar el derecho de consulta de los pueblos indígenas o tribales.⁵⁰ Algunos de dichos requerimientos son:

1. La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta 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”.
2. Involucramiento en todas las fases de planeación y desarrollo del proyecto —y no solo cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad— que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo.
3. No debe haber coerción contra el pueblo por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia; *v. gr.*, 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”.
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.

—como podría ser el Convenio 169 de la OIT— existe un derecho claramente reconocido del derecho de consulta emanado de la propia interpretación del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas que los órganos del Sistema Interamericano han hecho en los últimos años.

⁵⁰ Cabe destacar que la sentencia reconoce como sujetos al pueblo indígena como tal, desde la perspectiva colectiva y no solo a sus miembros.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

7. El Estado debe supervisar los estudios de impacto ambiental, a la luz de su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.⁵¹
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, en relación con la sentencia de *Sarayaku*, corresponde hacer un comentario respecto del consentimiento necesario en la consulta. Si bien es cierto que la Corte 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*, la Corte parecería evitar entrar en la discusión. No obstante, una lectura integral de la sentencia permitiría concluir que la Corte lo toma en consideración, pero abordándolo de una manera distinta a 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”,⁵² hace referencia al párrafo de *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 Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos,

⁵¹ Un avance importante de la sentencia es el grado de detalle en relación con las características como debe realizarse un estudio de impacto ambiental.

⁵² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 177.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

según sus costumbres y tradiciones”.⁵³ 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.

La posición de la Corte Interamericana, no solo respecto a la consulta previa, sino respecto a la actuación del Estado frente a invasores, se ha visto a prueba en dos casos: el del pueblo *Kaliña Lokono vs. Suriname*, similar al caso *Saramaka*, y el de la *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras*.

En el caso del *Pueblo Kaliña y Lokono*, la Comisión Interamericana alegó diversas violaciones de los derechos de los miembros de ocho comunidades de dichos pueblos indígenas, por la existencia de un marco normativo que les impide, como pueblos indígenas, 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 dichos pueblos indígenas, lo cual ha sido acompañado de la emisión de títulos de propiedad individuales a favor de personas no indígenas; el otorgamiento de concesiones para la minería y de reservas naturales en parte de sus territorios ancestrales.⁵⁴

Al respecto, la Corte Interamericana 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.⁵⁵

Resulta relevante la referencia de la Corte Interamericana a la extracción de recursos naturales, pues por primera vez se remite

⁵³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra*, párr. 50.

⁵⁴ El informe de la CIDH está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12639NdeRes.pdf>

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párr. 305.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

a los Principios de Ruggie, o Principios Rectores de Empresas y 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”.⁵⁶

En el caso de la *Comunidad de Triunfo de la Cruz vs. Honduras*, la Comisión Interamericana alegó que el Estado omitió proteger su territorio ancestral frente a la ocupación y despojo por parte de terceros —tanto entidades 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 y, además, 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.⁵⁷

Al respecto, la Corte Interamericana dispuso que el Estado debía demarcar las tierras sobre las cuales había sido otorgada la propiedad colectiva dentro del plazo de dos años.⁵⁸ También refirió que si para cumplir la medida de reparación el Estado debe expropiar o reubicar a terceros, deberá pagar a estos las indemnizaciones correspondientes.⁵⁹ Sin embargo, la Corte Interamericana expresó que en caso de que, por motivos debidamente fundados, no fuera posible titular una porción específica del territorio Garífuna, el Estado deberá dar un título de propiedad colectiva a la comunidad sobre tierras alternativas de igual extensión y cali-

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 221.

⁵⁷ A la fecha de redacción del presente artículo, aún estaba pendiente de resolución por parte de la Corte IDH el caso de la *Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz vs. Honduras*. El informe 76-12, Caso 12.548 de la CIDH está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.548FondoEsp.pdf>

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, *supra*, párr. 259.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 261.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

dad que las otorgadas, pero siempre se deberá realizar una consulta a la comunidad para llevar a cabo esta reparación.⁶⁰

4. VIDA DIGNA

Un tema no menos trascendental en los casos de pueblos indígenas, en especial en los casos paraguayos, es el tratamiento de las condiciones de vida de las comunidades indígenas, la situación de extrema y especial vulnerabilidad en la que se encuentran, así como la falta de presencia estatal. Es de resaltar la conclusión de la Corte en cuanto a la responsabilidad internacional del Estado en relación con el derecho a la integridad personal y a la vida digna,⁶¹ así como respecto de ciertas muertes ocurridas en las comunidades por falta de apoyo asistencial.

Bajo el concepto de vida digna, desarrollado por la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericana se han conceptualizado otra serie de derechos de manera indirecta, como el derecho a un medioambiente sano, el derecho a la alimentación y medicina tradicional, a la preservación de la identidad cultural y el derecho al agua.⁶²

Así, por ejemplo, en el caso del *Pueblo Yanomami vs. Brasil*, seguido ante la Comisión Interamericana, 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 *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte consideró que la falta de garantía del 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 obten-

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 262.

⁶¹ Véase Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 183 y ss.

⁶² Cfr. Góngora Maas, Juan Jesús, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales vinculados con la propiedad territorial de los pueblos indígenas en México*, Tesis de Licenciatura, Universidad Autónoma de Yucatán, noviembre de 2014, pp. 136-164.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

ción de agua limpia y para la práctica de su medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. En el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte resaltó que el derecho a la alimentación “está estrechamente vinculado a la falta de sus tierras pues la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria”. En esos casos, la Corte ha hecho mención de tales derechos en los acápites relativos al derecho a la vida y a la integridad personal de los miembros de las comunidades, relacionándolos directamente con el derecho a la propiedad.⁶³

Estos derechos, reconocidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, han encontrado su justiciabilidad a través de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana —derecho a la vida y a la integridad— o, 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 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.

5. DISCRIMINACIÓN

En la sentencia sobre la desaparición forzada de María y Josefa Tiu Tojín, madre e hija, indígenas maya k'iche', la Corte hizo referencia a la discriminación a la que fueron sometidas las familiares de las víctimas en su búsqueda de justicia por parte de las autoridades estatales guatemaltecas.⁶⁴ 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

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190, párrs. 92-100.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

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. [...] ⁶⁵

Dando un paso más adelante, y ante el planteamiento expreso de la Comisión Interamericana, ⁶⁶ la Corte determinó en el caso de la comunidad indígena de 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. ⁶⁷

En las sentencias de los casos de *Inés Fernández y Valentina Rosendo vs. México*, 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 Interamericana 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*” 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”. ⁶⁸

Por otro lado, en su demanda en el caso *Norín Catriman y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche)*

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 100.

⁶⁶ Véase Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*, párr. 265.

⁶⁷ *Ibidem*, párr 274.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, párr. 184; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

vs. *Chile*, en el que varios indígenas, líderes indígenas y defensores de indígenas fueron juzgados por el delito de terrorismo por haber alegadamente incendiado un predio, la Comisión Interamericana 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 calificar un hecho normalmente considerado delito común como un delito terrorista, se estaría ante un escenario de aplicación selectiva de la ley penal.⁶⁹

Además, la Comisión Interamericana 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 que en las decisiones internas se hubieran considerado otros elementos distintos para llegar a las conclusiones respectivas. La Comisión concluyó que 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 mapuche, constituyó un acto de discriminación.⁷⁰

En su sentencia,⁷¹ en relación con el alegato relativo a la aplicación selectiva de la ley antiterrorista contra los miembros del pueblo mapuche, la Corte Interamericana reconoció que, en efecto, doce de diecinueve causas bajo la ley antiterrorista se relacionaban con las reivindicaciones mapuche y destacó que tanto los relatores especiales de los pueblos indígenas y en la lucha contra el terrorismo, así como los comités de las Naciones Unidas han manifestado su preocupación por la aplicación de dicha ley a los miembros del pueblo mapuche o su aplicación desproporcionada. Sin embargo, en un salto argumentativo que no se entiende

⁶⁹ Véase sometimiento del caso e informe de fondo en el *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile* de agosto de 2011. Véase también <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/094.asp>

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

en la decisión, el Tribunal Interamericano 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”.⁷² Como en varios de los últimos casos decididos por la Corte IDH, esta es renuente a reconocer patrones estructurales.

No obstante lo anterior, en el apartado donde se analizaron las decisiones judiciales que condenaron a las víctimas del caso, la Corte Interamericana 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 asocien 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 [...].

[...] Los estereotipos constituyen preconcepciones 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 “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] [...]”.⁷³

El Tribunal Interamericano 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 ten-

⁷² *Ibidem*, párrs. 217-221.

⁷³ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, *supra*, párrs. 223-224.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

drían. 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.

6. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN⁷⁴

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 de Plan de Sánchez vs. Guatemala*,⁷⁵ 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 creencias y lugares sagrados. Asimismo, la Comisión Interamericana 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 de Plan de Sánchez*,⁷⁶ en virtud de la aceptación de responsabilidad internacional y del allanamiento de los hechos y al derecho alegado por la Comisión en su demanda, si bien la Corte hizo referencia al artículo 12 de la CADH y lo consideró como violado, no realizó consideraciones jurídicas concretas.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Demanda de la CIDH en el caso de la Masacre de Plan de Sánchez, disponible en http://corteidh.or.cr/expediente_caso.cfm?id_caso=85

⁷⁶ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

Por otro lado, la visión flexible que ha tenido la Corte en relación con el 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”.⁷⁷ 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 esta] las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos”.⁷⁸ Finalmente, en el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, la Corte consideró, en un sentido similar, que los sobrevivientes no pudieron honrar a sus seres queridos según su cultura N’djuka.⁷⁹

En el caso de las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*,⁸⁰ en el que más de 500 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.⁸¹ 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, religiosidad⁸² y, por ende, de su identidad^[...] o integridad cultural, el

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70, párr. 230.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 81.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párr. 100.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C, núm. 250.

⁸¹ *Ibidem*, párr. 162.

⁸² Desde mi punto de vista, hubiera sido mejor utilizar el término espiritualidad.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática[...].⁸³ 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 la libertad de conciencia y religión, constituyendo este el primer caso en el que hace referencia directa a tal derecho.

7. PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Ya en un informe de 1997, la Comisión Interamericana 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 toma de decisiones acerca del desarrollo y otros temas que los afectan a ellos y a su supervivencia cultural”.⁸⁴

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 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 estos sean compatibles con los derechos humanos reconocidos en la Convención.⁸⁵

En el caso *Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana 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 Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Comisión Interamericana consideró que

⁸³ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, *supra*, párr. 160.

⁸⁴ CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, cap. IX, 1997, Anexo 61.

⁸⁵ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127, párr. 225.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

el derecho de consulta involucraba, además del derecho a 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”.⁸⁶

En ese sentido, durante la audiencia pública del caso *Sarayaku* ante la Corte Interamericana, el relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas manifestó, en relación con la participación política de los pueblos indígenas en los procesos de consulta, que estos 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.⁸⁷

En su sentencia, la Corte Interamericana, si bien hace referencia al acceso a la información que deben tener los pueblos indígenas⁸⁸ 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.

8. MUJERES INDÍGENAS

Los casos de *Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú vs. México* representan un paso fundamental en cuanto al reconocimiento,

⁸⁶ CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, cap. IX, 1997, Anexo 61.

⁸⁷ “Discriminación contra las mujeres indígenas en las Américas”, audiencia pública ante la CIDH el 28 de marzo de 2012, durante el 144º periodo de sesiones, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=125&page=2>;

⁸⁸ Es importante destacar que la sentencia de *Sarayaku* es la primera vez en que la Corte, de manera consciente y fundamentada considera la violación de un derecho humano en perjuicio del pueblo indígena como tal, y no solo de sus miembros.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

por parte de la Corte Interamericana, de la violación sexual como tortura. Además, tal como quedó referenciado en el acápite de discriminación, la Corte Interamericana 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 Interamericana 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 mujer perteneciente a un grupo indígena.⁸⁹

Años antes de las sentencias en los casos de *Inés Fernández* y *Valentina Rosendo*, la Comisión Interamericana emitió un informe en el caso de las hermanas Ana, Beatriz y Celia González Pérez, también contra México.⁹⁰ 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 su contra en 1994. El caso no fue conocido por la Corte Interamericana.

Finalmente, es importante destacar que el caso de la *Comunidad Indígena de Xákmok Kásek* 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.⁹¹

⁸⁹ Véase audiencia pública “Discriminación contra las mujeres indígenas en las Américas”, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/hearings.aspx?lang=es&session=125&page=2>

⁹⁰ Informe 53-01 de 4 de abril de 2001. Caso 11.565 *Hermanas González Pérez vs. México*, disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/Mexico11.565.htm>

⁹¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*, párr. 233.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

9. DESPLAZAMIENTO FORZADO

En el caso de las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, la Corte 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 tuvo afectaciones en los sobrevivientes de las mismas.⁹² 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 indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres [...] para prevenir y revertir los efectos de dicha situación.⁹³

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”.⁹⁴

Como ya se destacó anteriormente, en el caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, el Tribunal Interamericano eludió varios de los temas plantados —algunos que consideró fuera de su competencia sin hacer un análisis de la violación continuada—, uno de los cuales era el desplazamiento al que se vieron obligados los miembros de dichos pueblos.

⁹² Véase peritaje rendido por Rosalina Tuyuc en la Audiencia pública celebrada el 19 y 20 de junio de 2012, disponible en <http://vimeo.com/album/1983401>

⁹³ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, *supra*, párr. 177.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 169.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

10. OTROS TEMAS SUSTANTIVOS

Existen, sin duda, muchas más aristas en los casos relativos a derechos de los pueblos indígenas. Por las características del presente escrito, 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. En ese sentido, destacan las sentencias en los casos de la *Masacre de Plan de Sánchez* y las *Masacres de Río Negro*. En ambos casos es importante destacar la solicitud de la Comisión de que la Corte analizara los casos tomando en consideración el contexto de genocidio en el cual se dieron.

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.⁹⁵ En la sentencia, la Corte Interamericana realizó, al igual que en otros casos de desaparición, un análisis de los efectos y violaciones que causa dicha violación múltiple y continuada, con las implicaciones personales, comunitarias y culturales distintas que dicha 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.

Un tema muy relevante es el reconocimiento que hizo la Corte Interamericana de los pueblos y comunidades como víctimas de violaciones de derechos humanos y no solo a sus miembros. Pese a que fue constantemente alegado por la CIDH en casos anteriores, fue hasta la sentencia del caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* que la Corte IDH determinó que el pueblo —y no solo sus miembros— fue víctima de violaciones de derechos humanos por parte del Estado ecuatoria-

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, núm. 212.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

no.⁹⁶ Esta postura se reafirmó en la opinión consultiva 22 sobre los derechos de las personas jurídicas 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.⁹⁷

11. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Finalmente, es importante destacar que el Sistema Interamericano ha dado especial importancia a las medidas de protección, tendentes a responder a situaciones que *prima facie* sean de gravedad. En específico, la CIDH ha dictado numerosas medidas cautelares otorgadas a favor de comunidades indígenas en situaciones de desplazamiento,⁹⁸ de desalojo,⁹⁹ de conflicto armado,¹⁰⁰ de aislamiento voluntario,¹⁰¹ o afectadas por proyectos en alegados territorios indígenas.¹⁰² Asimismo, ha ordenado la protección de líderes indígenas.¹⁰³ Por su parte, la Corte Interamericana ha

⁹⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*.

⁹⁷ Véase 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, 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22, párrs. 72-84.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, las medidas cautelares de San Juan Copala (México).

⁹⁹ Véase, por ejemplo, las medidas cautelares de las 14 Comunidades Maya Q'echi (Guatemala).

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, las medidas cautelares a favor del Pueblo Awá (Colombia) y Pueblo Nasa (Colombia).

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, las medidas cautelares a favor del pueblo Tagaeri/Taromenani (Ecuador).

¹⁰² Véase, por ejemplo, las medidas cautelares a favor de las comunidades Ngöbe (Panamá), Bello Monte (Brasil) y Mina Marlin (Guatemala).

¹⁰³ Véase, 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

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

dictado medidas de protección a las comunidades de Colotenango, Masacre de Plan de Sánchez, del Pueblo indígena Kankuamo, de la comunidad de Awas Tigni y del Pueblo Kichwa de Sarayaku. Actualmente, solo esta última se encuentra vigente.¹⁰⁴

12. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En las últimas dos décadas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha brindado especial atención a diversas situaciones de violaciones de derechos humanos de los pueblos indígenas de las Américas y sus miembros.¹⁰⁵ Ello ha respondido, sin duda, a la presentación progresiva de casos por parte de los pueblos indígenas y sus representantes, así como a la presencia cada vez más activa de los pueblos dentro de los ámbitos de la comunidad internacional.¹⁰⁶

De las cuestiones abordadas en el presente escrito, un tema álgido en la agenda es el relativo, indudablemente, al derecho de los pueblos a su territorio y a las decisiones sobre lo que se hace dentro de él, más aún en una realidad de grandes proyectos de extracción y explotación de recursos naturales en territorios indígenas reconocidos como tales o aún no reconocidos. En ese sentido, tal como lo ha establecido la Comisión Interamericana, el deber de consulta, consentimiento y participación de los pueblos

Hernández Sosa (México), Asociación Nacional de Mujeres Campesinas e Indígenas de Colombia —ANMUCIC— (Colombia), entre otras.

¹⁰⁴ Véase resoluciones de la Corte en relación con el 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) Awas Tigni respecto Nicaragua, otorgadas en 2002 y levantadas en 2007. Resolución de la Masacre de Plan de Sánchez (Salvador Jerónimo y otros) vs. Guatemala, otorgadas en 2004 y levantadas en 2005; resoluciones del Asunto Pueblo Indígena Kankuamo respecto Colombia, otorgadas en 2004 y levantadas en 2011; resoluciones del Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador, solicitadas en 2004 y vigentes a la fecha. Asunto Serech and Saquic respecto Guatemala, solicitadas en 1996 y levantadas en 1997.

¹⁰⁵ Página de la Relatoría de Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/decisiones/cidh.asp>

¹⁰⁶ Por ejemplo, la redacción del Convenio 169 de la OIT es de 1989 y la Relatoría de Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH fue creada en 1990.

Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento ...

indígenas cobra especial vigencia, regulada por el derecho internacional, en la realización de planes o proyectos de desarrollo o inversión o la implementación de concesiones extractivas en territorios indígenas o tribales, cuando tales planes, proyectos o concesiones puedan afectar los recursos naturales que se encuentran en dicho territorio.¹⁰⁷

Existen, sin duda, varios temas pendientes en relación con los territorios indígenas y con el derecho a la consulta. No todos los países de las Américas reconocen los territorios de los pueblos indígenas, ni todos los han delimitado claramente; no todas las legislaciones incluyen la consulta previa con consentimiento, y cuando lo hacen, no todas prevén los beneficios a los pueblos de brindar su consentimiento para que se realicen proyectos en su territorio.

Por otro lado, quedan deudas pendientes en el trato directo e indirectamente discriminatorio contra miembros de pueblos indígenas, y faltan legislaciones y prácticas que prevean mecanismos que les permitan el acceso a la justicia. Para ello no basta, evidentemente, que no existan leyes o prácticas abiertamente discriminatorias, sino que es importante que los Estados tomen medidas positivas para modificar aquellas leyes que sean neutrales en apariencia, pero que podrían no serlo frente a un grupo históricamente discriminado, como son los pueblos indígenas en muchos de nuestros países.

Pese a lo anterior, 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 solo a nivel conceptual, sino en conseguir efectos concretos para los pueblos indígenas.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Cfr. CIDH. *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*, 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 283.

¹⁰⁸ Como, por ejemplo, la entrega de tierras a las comunidades de Yakye-Axa y Kelyemagategma y algunas reparaciones ya realizadas en el marco de la supervisión de casos contenciosos ante la Corte, como en el caso de las sentencias de la Masacre de Plan de Sánchez y Chitay Nech. Asimismo, es importante recordar el efecto que, en algunos supuestos, han tenido las medidas cautelares y provisionales en proteger a miembros de pueblos indígenas.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Reflexionar esta jurisprudencia y antecedentes resulta imprescindible en la aplicación del control de convencionalidad, lo cual resulta un reto importante para la judicatura de las Américas. No quisiera concluir la presente reflexión sin antes recordar que la jurisprudencia que se ha referido es, sin duda, producto de la lucha de los propios pueblos indígenas y tribales en hacerse escuchar a nivel internacional, tras haberseles negado la justicia a nivel interno, en la reivindicación de sus derechos. Son y seguirán siendo ellos los principales artífices de estos cambios.

BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA, James y GROSSMAN, Claudio, “The Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples*”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, 2002.
- BRUNNER, Lisl y QUINTANA OSUNA, Karla I., “El derecho a la consulta en el sistema interamericano de derechos humanos: estándares después del caso *Sarayaku*”, en *Revista Méthodos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (trad. del artículo: *The right to consultation after the Sarayaku judgment*, ASIL), 2012.
- CITRONI, Gabriela y QUINTANA OSUNA, Karla, “Reparations for Indigenous Peoples in the Inter-American Court”, en *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- GÓNGORA Maas, Juan Jesús, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales vinculados con la propiedad territorial de los pueblos indígenas en México*, Tesis de Licenciatura, Universidad Autónoma de Yucatán, noviembre de 2014.
- MACKEY, F., “From «Sacred Commitment» to Justiciable Norms. Indigenous Peoples Rights and the Inter-American Human Rights System”, en Salomon, M., Tostensen, A. y Vandenhole, W. (eds.), *Casting the Net Wider-Human Rights and Development in the 21st Century*, Amberes, Intersentia Press, 2007.

Jurisprudencia

- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya.
- Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70.
- , *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, núm. 212.
- , *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304.
- , *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214.
- , *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.
- , *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, supra*; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.
- , *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.
- , *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124.
- , *Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004.
- , *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172; *supra*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 185.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

- , *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.
- , *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C, núm. 250.
- , *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014.
- , *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 24.
- , *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309.
- , *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.
- , *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 190.
- , *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.
- , *Sentencia del caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, núm. 284.