

## EMERGENCIA DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS

Gonzalo AGUILAR CAVALLO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Es posible actualmente hablar de un ius constitutionale commune en América Latina?* III. *Vida digna, subsistencia física y cultural, y relación del hombre con la tierra como ejes constitucionales en la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los derechos indígenas*. IV. *La realidad constitucional latinoamericana*. V. *Conclusión*.

*Resumen.* En un mundo de creciente integración, no sólo económica y política sino también jurídica, una de las preguntas que se plantea es su impacto sobre el Continente americano. Una de las posibles respuestas—que es explorada en este artículo— es el surgimiento de un derecho constitucional latinoamericano, el cual se construiría a partir de principios de orden público comunes, fundados en el derecho de los derechos humanos. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se configuraría como un órgano jurisdiccional que ejerce justicia constitucional. En este estudio se asume el ejercicio de identificar parámetros constitucionales comunes a partir de un grupo determinado de derechos, esto es, de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

\* Becario de investigación posdoctoral del DAAD-Conicyt en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos; doctor en Derecho, MA en Relaciones Internacionales, LLM en Derechos Humanos y Derecho Humanitario. El autor agradece el apoyo brindado por el DAAD y Conicyt y por el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, en cuyo marco se ha realizado esta investigación.

*Palabras clave:* derecho constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos de los pueblos indígenas.

*Abstract.* In an increasing integrated world, at the economic and political levels but also at the legal level, one question that arises is the impact on the American continent. One of the likely answers—which is explored in this article—is the emergence of a Latinamerican Constitutional Law. This new set of norms and standard would be build as for common public order principles from Human Rights Law. In this context, the Interamerican Human Rights Court would probably appear as a jurisdictional body which carry out constitutional justice. This article undertakes the task to identify constitutional standards as for determined group of rights, that is, the indigenous peoples' human rights.

*Keywords:* Constitutional Law, International Human Rights Law, Interamerican Human Rights Court and Indigenous Peoples Rights.

## I. INTRODUCCIÓN

En América Latina existe una enorme desigualdad entre las distintas capas de la población, que se proyecta en todos los aspectos de la vida—económicos, sociales y culturales—, y ello repercute en el ámbito político y jurídico. Waldman se ha referido a las sociedades latinoamericanas como “sociedades fracturadas y polarizadas social y económicamente”.<sup>1</sup>

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, Cepal), con sede en Santiago de Chile, afirma que América Latina sigue siendo la región más desigual del mundo.<sup>2</sup> En la región, la tasa de pobreza promedio alcanza el 34.1 % de la población, mientras que de este porcentaje, la tasa promedio de extrema pobreza o indigencia corresponde a un 12.6 %. Es decir, se trata de 184 millones de personas pobres y 68 millones indigentes.<sup>3</sup> En cuanto al analfabetismo, 8.3 % (8.8% para

<sup>1</sup> Waldman M., Gilda, “Los claroscuros de la situación indígena en la paradójica democracia latinoamericana actual”, en Ordoñez Cifuentes, José Emilio (coord.), *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho. XII Jornadas Lascasianas*, p. 187.

<sup>2</sup> Cfr. Cepal: *Panorama Social de América Latina*, 2008, p. 21.

<sup>3</sup> Cfr. Cepal: *Panorama Social de América Latina*, 2008, p. 15; La población total de Latinoamérica y el Caribe es de 586.590 habitantes; Cfr. Cepal: *Anuario estadístico de América Latina y el Caribe*, 2008, p. 23.

mujeres y 7.7% para hombres) de la población de América Latina, en promedio, es analfabeta. Hay países donde estos datos son especialmente sintomáticos y particularmente preocupantes. Por ejemplo, la cifra de analfabetismo en Brasil 9.6%; en Honduras de 19.4%; en Guatemala de 25.2%; en Nicaragua de 30.3%; en Haití de 41.1%.<sup>4</sup>

Esta desigualdad adquiere relevancia debido a las notorias aspiraciones de los Estados de América Latina a desarrollar y consolidar la democracia en la región. Baste para ello, simplemente mencionar, las recientes Declaraciones Finales de las Cumbres Iberoamericanas de jefes de Estado y de Gobierno y de las Cumbres de las Américas. En efecto, en la Declaración de Lisboa de 2009, los Estados latinoamericanos reiteraron su compromiso para “erradicar la pobreza, combatir el hambre y mejorar la salud de nuestras poblaciones, así como para alcanzar un desarrollo regional sostenible, integrado, inclusivo, equitativo y respetuoso del medio ambiente, prestando una particular atención a la situación de las economías más vulnerables”,<sup>5</sup> y en el Comunicado Especial de la Presidencia sobre la situación en Honduras declararon su “firme compromiso con la defensa de los principios democráticos de todos los países de Iberoamérica para prevenir cualquier intento de desestabilización a gobiernos legítimamente electos”.<sup>6</sup> Por su parte, aun más claramente, en la Declaración de Compromiso de Puerto España, de 2009, los Estados del Continente americano ratificaron sus

aspiraciones y metas para las Américas dependen de democracias sólidas, la buena gestión pública, el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Creemos que la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas. Por lo tanto, renovamos nuestro compromiso de combatir la pobreza, la desigualdad, el hambre y la exclusión social a fin de elevar las condiciones de vida de nuestros pueblos y fortalecer la gobernabilidad democrática en las Américas, y mantendremos los principios de la Carta Democrática Interamericana y la aplicaremos plenam-

<sup>4</sup> Cfr. Cepal: *Anuario estadístico de América Latina y el Caribe*, 2008, p. 57.

<sup>5</sup> Cfr. Declaración de Lisboa. *XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno*, Estoril (Portugal), 29 de noviembre-1o. de diciembre 2009.

<sup>6</sup> Cfr. Comunicado Especial de la Presidencia sobre la situación en Honduras, *XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno*, Estoril (Portugal), 29 de noviembre-1o. de diciembre 2009.

te. Reafirmamos nuestro compromiso de fomentar la credibilidad y la confianza ciudadana en las instituciones democráticas, en particular la legitimidad de los procesos electorales, y el pleno respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales.<sup>7</sup>

Sin embargo, en ese mismo continente aparece la paradoja de la desigualdad y de la consolidación de la democracia. En efecto, la consolidación de la democracia —sobre todo formas avanzadas de democracia que exceden visión clásica de la democracia simplemente como un hombre un voto y que extinguen el derecho a la democracia en el ejercicio del derecho de voto— requiere un pueblo íntegro, sano, mínimamente bien educado y bien alimentado, con una vivienda que cumpla los requerimientos mínimos, con ingresos suficientes para mantener una familia, en otras palabras, un pueblo respecto del cual el Estado satisfaga las condiciones mínimas para que desarrollen una vida digna. La situación actual en la región diverge ampliamente del cumplimiento de estos requisitos mínimos —todos vinculados a la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales—. <sup>8</sup> ¿Cómo es posible pensar que un pueblo que mayoritariamente tiene hambre, o no tiene acceso al agua potable, o no tiene acceso a una atención de salud oportuna y de calidad, podrá ejercer cabalmente su derecho a la democracia, su derecho al voto, su derecho a ser elegido, su derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos? La preocupación primordial de una familia en condiciones de pobreza o escasas de recursos su primera preocupación es dar de comer a sus hijos, velar por su salud y proporcionarles una buena educación.

En América Latina, estas preocupaciones e intereses se anteponen y preceden al interés en la participación política y las complejidades del lenguaje político, en los, muchas veces, inescrutables misterios de la vida política, en el desmenuzamiento y análisis fino de las propuestas políti-

<sup>7</sup> Cfr. Declaración de Compromiso de Puerto España, *Quinta Cumbre de las Américas*, Puerto España, Trinidad y Tobago, 19 de abril de 2009. Asegurando el futuro de nuestros ciudadanos, promoviendo la prosperidad humana, la seguridad energética y la sostenibilidad ambiental, párrafo 78.

<sup>8</sup> “En estas cinco décadas la CIDH ha observado avances significativos en los derechos políticos y civiles, en tanto muchos países que sufrían dictaduras y conflictos armados viven ahora en democracia. Sin embargo, el desafío actual es mejorar la calidad de esa democracia, incluyendo todos los derechos políticos y civiles”. Comunicado de Prensa núm. 78/09. CIDH culmina su 137o. periodo de sesiones. Washington, D. C., 13 de noviembre de 2009.

cas y políticas públicas. Sin embargo, la creencia en la democracia como mejor sistema de gobierno ha ido en aumento. Así, por ejemplo, en 2002, el 45% de los latinoamericanos prefiere someterse a una dictadura que les garantice empleo y una renta suficiente, a vivir en una democracia que los empuje a la miseria. Éste fue el resultado de una investigación realizada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), cuando fueron entrevistadas 30 mil personas en 18 países del continente. Con todo, en el informe 2009 del Latinobarómetro se afirma que desde 2004 ha aumentado de un 63% a un 65% los que bajo ninguna circunstancia apoyarían a un gobierno militar. En Costa Rica es 91%, Uruguay 78%, Nicaragua 75%, mientras que en Guatemala es sólo un 42%.<sup>9</sup> Además, el referido informe 2009 señala que el 76% de los ciudadanos de la región piensa que la democracia es el mejor sistema de gobierno, pero 30% piensan que está bien que el gobierno pase por encima de las leyes.<sup>10</sup>

Un pueblo plagado de desigualdades —donde la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, los DESC) no ha podido subvertir las injusticias de la vida real e introducir un principio de justicia social y un nivel mínimo de vida digna en su seno— es un pueblo estropeado para avanzar hacia etapas plenas de democracia. Un pueblo que tenga graves preocupaciones de acceso a la alimentación adecuada, de trabajo, de acceso a la salud o de acceso al agua potable, no es un pueblo que esté en condiciones de ejercer en forma continuada la democracia material, más allá que simplemente cumplir con los requerimientos mínimos de democracia formal, concurriendo el día correspondiente a las urnas para ejercer su derecho a sufragio. Por otro lado, ni aun la Constitución mas perfecta y depurada, fruto del ejercicio más ilustrado del derecho comparado ni la elaboración más completa del catálogo de derechos humanos en la Constitución puede asegurar etapas avanzadas de democracia material. Por eso creemos que una avanzada técnica legislativa, y un adecuado dominio del derecho comparado no son, ni por mucho, suficientes para alcanzar altos índices de protección de los derechos humanos, y una real y efectiva democracia material. Gros Espiell ha manifestado la oposición “entre realidad y normatividad, entre el ser y el

<sup>9</sup> Corporación Latinobarómetro: *Informe 2009*, Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 12.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 21.

deber ser” del constitucionalismo latinoamericano.<sup>11</sup> Cuando hablamos de democracia material nos referimos a una democracia que se configura bajo la forma de un derecho que no se agota en el simple ejercicio periódico del derecho a voto y de ser elegido, sino que además comprende el ejercicio en forma continuada del derecho de participación, en todos los ámbitos de la vida pública, y de escrutinio de los asuntos públicos, del derecho a demandar explicaciones y rendición de cuentas a los individuos elegidos, y de tenerlos responsables tanto por sus acciones como por sus omisiones.

Los derechos humanos —todos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales— pueden verdaderamente jugar un papel corrector fundamental de estas injusticias y desigualdades, y, de este modo, enderezar el camino de la comunidad hacia estadios más avanzados de democracia material. En otras palabras, mientras más y mejor se satisfagan los derechos humanos, más y mejor calidad de la democracia alcanzará un pueblo.

Sí, ésta es América Latina, un continente de paradojas y contrastes, con logros, muchas veces sorprendentes, pero, donde la triste realidad nos enfrenta, muchas veces, a una comunidad repleta de desigualdades, donde la discriminación social, cultural y étnica está siempre presente en una sociedad muy estratificada y tradicionalmente clasista y patriarcal, y donde la vida diaria no nos evita episodios de asesinatos, masacres y horrosas violaciones a los derechos humanos. América Latina es un mundo que convive con pasos crecientes hacia el anhelado desarrollo económico, pero, concomitantemente, subsisten las desigualdades y una grave injusticia social.

En este contexto, poco halagüeño, se inscribe la temática indígena —su existencia culturalmente diversa, el reconocimiento de su identidad cultural, y sus derechos colectivos— en América Latina.

El reconocimiento y desarrollo que han tenido los derechos de los pueblos indígenas en América Latina ha sido vital para el progreso expansivo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En efecto, prácticamente todos los Estados de la región tienen una composición multicultural, con presencia de pueblos indígenas y tribales. En Guatemala y Bolivia, por ejemplo, demográficamente hablando, los

<sup>11</sup> Gros Espiell, Héctor, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, p. 156.

pueblos indígenas representan la mayoría de la población del país. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es también relevante para América Latina, ya que ello implica el inicio del fin de un prolongado periodo de denigración e ignorancia. En efecto, durante gran parte de la vida republicana de los Estados americanos, los pueblos indígenas fueron olvidados, y sus derechos ignorados, comenzando un largo camino de exclusión y marginación, no sólo en la participación democrática, sino también en el desarrollo social y económico y en el reconocimiento cultural.<sup>12</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con dinamismo, creatividad y audacia, ha jugado un rol fundamental en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, incorporándolos no sólo a la vida política y pública, sino, además, a la existencia jurídica. También, cabe señalar, en esta materia, el destacado trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), incluso desde antes de la actuación de la propia Corte. En efecto, ya en 1972, la CIDH había señalado que “por razones históricas y principios morales y humanitarios, proteger especialmente a las poblaciones indígenas es un compromiso sagrado de los Estados”.<sup>13</sup>

Como se ha dicho, el análisis del desarrollo o surgimiento de un derecho constitucional común en América Latina, a partir del surgimiento de un *ius commune* de los derechos indígenas, constituye sólo un ejercicio práctico destinado a ilustrar la potencialidad de la noción de *ius constitutionale commune*, de acuerdo con una idea que se encuentra actualmente analizada en el grupo de trabajo latinoamericano del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Sin embargo, debe señalarse también que este mismo ejercicio se puede efectuar a partir de otros derechos específicos, tales como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la participación política, el derecho de acceso a la justicia, la noción de sociedad democrática y la obligación de organizar el aparato del Estado en vistas a satisfacer los derechos y libertades de

<sup>12</sup> “Y los indígenas, mayoría en muchos de los nuevos Estados, quedaron marginalizados y, de hecho, excluidos de las realidades del poder y discriminados social y económicamente”. Gros Espiell, Héctor, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, p. 159.

<sup>13</sup> Cfr. Resolución de la Comisión Interamericana, *La Protección Especial para las Poblaciones Indígenas. Acción para combatir el racismo y la discriminación racial*, 1972.

los individuos, grupos, pueblos, etcétera. A través de todos estos derechos se puede fundamentar una teoría de un *ius constitutionale commune*, que tiende, mediante la interacción e influencia en los ordenes nacionales de la Corte IDH, a ser compartido por la generalidad de los Estados latinoamericanos.

El hecho de proponer la generación de un *ius constitutionale commune* plantea una serie de cuestionamientos más globales, que van más allá del tópico de los pueblos indígenas. ¿Es posible hablar de un derecho constitucional latinoamericano? ¿Cuál es el rol que juega la Corte Interamericana de Derechos Humanos? ¿Cuál es el rol que juega el sistema interamericano de protección de los derechos humanos? ¿Cómo interactúa el Derecho constitucional común con el derecho constitucional estatal? ¿Habría una relación de jerarquía o de subordinación entre uno y otro? ¿Es posible hablar de un derecho constitucional sin Constitución? O bien, en el mundo contemporáneo, más que responder a una Constitución, ¿el derecho constitucional respondería a valores y principios constitucionales? ¿La jurisprudencia de la Corte IDH constituye un estándar latinoamericano? ¿La Corte IDH se apoya en las decisiones constitucionales nacionales para fundamentar sus propias sentencias? ¿Las sentencias de la Corte IDH influyen las reformas de las normas constitucionales relativas a los pueblos indígenas? ¿Cómo los tribunales nacionales han acogido la jurisprudencia de la Corte en materia de pueblos indígenas? Y viceversa, ¿cuál es la importancia de la interacción material entre la Corte IDH y las cortes constitucionales latinoamericanas? ¿Cómo se estructura este *ius commune* en el caso de los pueblos indígenas?

Por lo sucinto de este trabajo y la especificidad del derecho seleccionado, nosotros nos concentraremos en estas dos últimas preguntas, tratando de examinar cuáles son los estándares estructurales y principios de valor constitucional que se habrían desarrollado, en este caso, respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

Cabe señalar que este estudio se encuentra limitado geográficamente a 17 países de América Latina, con influencia monista en términos generales, y pertenencia al sistema *continental o civil law*, y que son Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH), y que han reconocido expresamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), a saber, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México,



Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. De los 17 países en cuestión, todos, salvo Uruguay y Chile, han hecho un reconocimiento expreso en sus Constituciones de los pueblos indígenas y de derechos específicos. En este sentido, cabe destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que dentro de las obligaciones que emanan para los Estados partes del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 se encuentra la siguiente: “In particular, a first and important step towards the elimination of discrimination, whether direct or indirect, is for States to recognize the existence of diverse cultural identities of individuals and communities on their territories”.<sup>14</sup> Con todo, cabe señalar que América Latina es la región con mayor ratificación del Convenio 169<sup>15</sup> y ratificación de la mayoría de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. El último país del continente que ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la OIT) ha sido Chile, ya que el convenio fue ratificado el 15 de septiembre de 2008.<sup>16</sup>

Dejamos fuera del presente análisis aquellos Estados no partes de la CADH, como Belice y Trinidad y Tobago.<sup>17</sup> También dejamos fuera Estados partes del Pacto de San José, pero de habla francesa (Haití),\* o que pertenecen al sistema de *common law* (Barbados,\* Dominica, Grenada, Jamaica, Suriname\*) y Estados del Caribe (República Dominicana\*).<sup>18</sup>

De este modo, este estudio está organizado en dos partes; una primera parte dedicada a una revisión general sobre el desarrollo y surgimiento de un derecho constitucional común y, una segunda parte destinada a examinar los estándares y principios elaborados por la Corte IDH respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

<sup>14</sup> CDESC: “Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)”. General Comment, núm. 21, 21 de diciembre de 2009, párrafo 23, p. 6.

<sup>15</sup> International Labour Office, *Application of Convention No.169 by Domestic and International Courts in Latin America: A Casebook*, 2009, p. 4, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_norm/-normes/documents/publication/wcms\\_117232.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_117232.pdf).

<sup>16</sup> Véase Decreto núm. 236 del 14 de octubre de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>17</sup> La CADH tiene 25 Estados partes actualmente.

<sup>18</sup> \* Significa que el Estado es parte al Pacto de San José y ha reconocido expresamente la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## II. ¿ES POSIBLE HABLAR ACTUALMENTE DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA?

Saber si existe un derecho constitucional común en América Latina implica la determinación de estándares, normas y principios constitucionales comunes, mutuamente compartidos o con tendencia a ser compartidos.

El examen podría efectuarse desde dos ángulos diferenciados. Por una parte, se podría analizar la existencia de elementos comunes en el derecho procesal constitucional, vale decir, en el alcance de la competencia de los tribunales constitucionales o salas constitucionales de los tribunales supremos, número y mecanismos de selección o elección de jueces, nombramiento, funcionamiento del tribunal, sesiones, sentencias, etcétera.

Por otra parte, se podría examinar el ámbito de la Constitución material y de la justicia constitucional propiamente tal, intentando determinar parámetros, estándares y/o valores comunes. Ahora bien, nosotros creemos que estos principios y estándares de valor constitucional comunes, quedan mejor reflejados en el ámbito de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH jugaría un rol orientador y unificador de estos estándares y principios de valor constitucional, ya que la Corte IDH se erige como el intérprete último y supremo de los derechos humanos en el continente. Los estándares y principios constitucionales no se refieren a principios que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución, sino mas bien, a principios y estándares de valor constitucional, esto es, principios que determinan un espacio público, constreñido por un orden público americano. Este orden público impone un umbral mínimo de principios y valores que debe ser respetado e impone limitaciones tanto para el Estado y sus agentes como para los particulares. El presente estudio sólo abordará la parte material de los estándares y principios de valor constitucional.

Así, por ejemplo, desde un punto de vista estatal, ¿se podría hablar de una justicia constitucional chilena? En principio, se podría proporcionar una respuesta afirmativa, ya que, desde un punto de vista formal, existe una Constitución y hay un tribunal constitucional. En otros Estados como en Argentina, es la propia Corte Suprema de Justicia la que asume el rol de control de constitucionalidad. No obstante, a pesar de no existir un órgano jurisdiccional especialmente encargado de vigilar la Constitución, de todos modos, es posible hablar de justicia constitucio-

nal. Desde un punto de vista adjetivo, incluso, se puede hablar de un derecho procesal constitucional.

Desde la perspectiva más amplia del ámbito latinoamericano, ¿se puede hablar de una justicia constitucional latinoamericana? A nuestro modo de ver, de una justicia constitucional tal como se la ha descrito para el caso estatal, no. ¿Por qué? Formalmente hablando, porque no existe un tribunal constitucional latinoamericano ni existe una Constitución latinoamericana.

Sin embargo, nuestra propuesta implica abordar esta pregunta otorgándole un enfoque diferente. Si se entiende por justicia constitucional latinoamericana aquellos rasgos comunes que se pueden extraer del ejercicio de la actividad de la justicia constitucional de los diversos países latinoamericanos, entonces podríamos desarrollar una justicia constitucional latinoamericana. Con todo, se debe precisar que, en este caso, se trata de un ejercicio de derecho constitucional comparado. Haciendo este ejercicio, quizá se puede llegar a la conclusión de que existe una justicia constitucional latinoamericana.

Con todo, subsiste aún otra perspectiva de análisis. Si entendemos que la justicia de los derechos humanos consiste en el corazón de la justicia constitucional, y entendemos que los derechos humanos constituyen *per se* Constitución, en sentido material del término, podemos concluir que la actividad jurisdiccional respecto de estos derechos es jurisdicción constitucional. ¿La Constitución se reduce a una enumeración de derechos humanos? No, es una parte fundamental, pero no es lo único. También son componentes relevantes la arquitectura institucional del Estado, la separación de poderes, el régimen democrático, la producción de las normas, la regulación del ejercicio del poder, la elección de las autoridades, la participación política, etcétera. Con todo, el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos humanos como derechos que se encuentran en la cima de la Constitución, constituyen aspectos que identifican el constitucionalismo democrático contemporáneo. En realidad, la dignidad humana y los derechos humanos constituyen el *sustratum* y la justificación del orden jurídico, sin los cuales, este orden jurídico pierde su razón de validez. En este sentido, en nuestro concepto, puede existir justicia constitucional sin un órgano jurisdiccional específico encargado de velar por la Constitución, y puede existir justicia constitucional sin una Constitución en el sentido formal del término. Hoy en día se puede afirmar que,

de manera creciente y en forma paulatina, la justicia constitucional tiene asignada como función primordial, no la defensa de la Constitución en el sentido formal del término, entendida como la súper ley o la ley suprema, sino la protección de la dignidad humana y de los derechos humanos. En consecuencia, cualquier órgano que cumpla con esta función ejerce una justicia constitucional.

En este contexto, la actividad de la Corte IDH, intérprete último y supremo de los derechos humanos en el ámbito interamericano, constituye, propiamente hablando, justicia constitucional. Por supuesto, esta actividad constitucional excede el marco estatal, y abarca y comprende el ámbito regional latinoamericano. Desde este punto de vista, se podría hablar de justicia constitucional latinoamericana, por supuesto, común para los Estados partes.

Por cierto, la Corte IDH, a lo largo de su historia, ha establecido principios de carácter netamente constitucional. Ésta es una influencia substancial de la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho constitucional, que consagra principios que no necesariamente son nuevos, quizá ya hay Constituciones en Latinoamérica que consagran los principios que señala la Corte, pero los jueces interamericanos, a través de su actividad, los actualizan, los hacen realidad vigente, especialmente mediante el principio del derecho viviente y del efecto útil. Algunos de estos principios de valor constitucional sobre los que se ha pronunciado la Corte IDH son la democracia, el Estado de derecho, la igualdad, la libertad, la dignidad, el respeto de los derechos humanos, etcétera. Por cierto, desgraciadamente estos principios y estándares no son siempre respetados, pero esto último no priva de valor a la norma, sino mas bien la reafirma en su función orientadora y encaminadora hacia la justicia.<sup>19</sup>

Con todo, estos son principios constitucionales universales o universalmente reconocidos. El principal rol que juega la Corte IDH en esta materia es que influye en la conceptualización y en la consagración de estos

<sup>19</sup> Gros Espiell cita a Justino Jiménez de Aréchaga: “las normas son mil veces violadas; pero tal es el destino de las normas jurídicas, las cuales no dejan de ser buenas porque la realidad las sacude o las supere, a condición de que guardan con ella “una cierta tensión”. Pero las normas además, enseñan, marcan un camino, contribuyen a afirmar ciertos sentimientos, a despertar conciencias, a aventar prejuicios, a desarrollar ideales superiores de justicia y de tolerancia”. Gros Espiell, Héctor, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, p. 157.

principios. Sin embargo, esto no constituye a la Corte IDH automáticamente en un tribunal constitucional, ni significa que la Convención Americana de Derechos Humanos sea una Constitución.

Si define o perfila lo que es el Estado de derecho, y luego hay que ver si eso influye en los tribunales constitucionales latinoamericanos o cortes supremas de la región, y si la completan, la amplían, es un vaivén mutuo entre el juez nacional y el juez interamericano.

El presente trabajo implica un ejercicio que podría concentrarse en distintos derechos específicos, tales como derecho de acceso a la justicia, derecho a la libertad de expresión, derecho a la integridad física y psíquica, etcétera. Sin embargo, en este estudio se ha preferido optar por concentrarse en un grupo específico de derechos, dada su especial peculiaridad. Éstos son los derechos humanos de los pueblos indígenas. Pero, insistimos, el examen que aquí se hace de los derechos de los pueblos indígenas es un ejercicio que se podría hacer respecto de otros derechos. Así, este trabajo aborda el análisis del reconocimiento de derechos etnoespecíficos de los pueblos indígenas, particularmente de los derechos colectivos, de la jurisprudencia de la Corte IDH que forma parte del bloque constitucional y de la jurisprudencia constitucional latinoamericana.

Tal como se ha mencionado precedentemente, el análisis del desarrollo de un derecho constitucional común en América Latina, a partir del surgimiento de un *ius commune* de los derechos indígenas, constituye sólo un ejercicio práctico destinado a ilustrar la potencialidad de la noción de *ius constitutionale commune*. Este mismo ejercicio se puede efectuar con una serie de otros derechos humanos. La razón por la cual se seleccionó el ámbito de los derechos indígenas es porque los derechos humanos de los pueblos indígenas constituyen, además, un rasgo distintivo del sistema interamericano de derechos humanos y, más precisamente, del derecho americano de los derechos humanos.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> En el ámbito del continente africano se ha comenzado lentamente —aunque no con el mismo vigor que en el continente americano— a integrar la protección de los derechos de los pueblos indígenas en la actividad del sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. *Cfr.* International Labour Organization and the African Commission on Human and Peoples' Rights, *Overview report of the research project by the International Labour Organization and the African Commission on Human and Peoples' Rights on the constitutional and legislative protection of the rights of indigenous peoples in 24 African countries*, Geneva, ILO, 2009; Report of the African Com-

III. VIDA DIGNA, SUBSISTENCIA FÍSICA Y CULTURAL, Y RELACIÓN  
DEL HOMBRE CON LA TIERRA COMO EJES CONSTITUCIONALES  
EN LA LABOR DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
RESPECTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

A primera vista, el trabajo efectuado por la Corte IDH puede representar algún tipo de paradoja inicial por dos motivos. En primer lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos (también llamado Pacto de San José) no contempla, en su letra, derechos colectivos, sin embargo, ello no ha sido óbice para que la Corte haya reconocido derechos colectivos a los pueblos indígenas. Ello es una muestra, además, del dinamismo de la Corte Interamericana. Este tratamiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas por la Corte IDH es una especificidad substancial con la labor de otras jurisdicciones internacionales, y marca una diferencia innovadora relevante. Es por ello que en este estudio, nos concentraremos en los derechos colectivos de los pueblos indígenas y no en sus derechos individuales. En segundo lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos no contiene una referencia explícita a los pueblos —entre ellos a los pueblos indígenas y tribales— como sujetos de derechos y titulares de los mismos, ni un reconocimiento expreso de los derechos de los pueblos indígenas.

Esta paradoja inicial tiende a desaparecer cuando se observan diversos factores sustanciales, que derriban esta paradoja, y que sirven para explicar la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH. En primer lugar, la situación de los pueblos indígenas en el continente no es sino una realidad de discriminación, marginación, exclusión y desigualdad persistentes. En términos generales, la situación de exclusión y marginación no sólo afecta a los pueblos indígenas, sino también a todos los grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, tales como mujeres, niños, ancianos, discapacitados, migrantes, etcétera. Aun cuando es cierto que el flagelo de la marginación y de la discriminación, tanto histórica como actual, se hace especialmente presente en el caso de los pueblos indígenas y tribales.<sup>21</sup> En segundo lugar, en forma progresiva, se ha

mission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities, adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 28th ordinary session, 2005.

<sup>21</sup> “A través de estos 50 años de trabajo, la CIDH ha constatado que la desigualdad y discriminación son graves problemas estructurales en el hemisferio, que constituyen im-

ido produciendo un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos etnoespecíficos, en las Constituciones de los países latinoamericanos y se ha ido desarrollando una jurisprudencia constitucional específica sobre estos derechos. En tercer lugar, la potente labor, desde hace varias décadas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, protegiendo los derechos de los pueblos indígenas. Por último, un motivo adicional que permite derribar esta paradoja es la organización social —ya no tanto a nivel nacional sino también a nivel regional e internacional— y la presión política ejercida por las comunidades y organizaciones indígenas, quienes asumieron conciencia de su propia identidad y empezaron ellos mismos a reivindicar sus propios derechos.

En este contexto, la Corte IDH ha examinado casos en donde ha habido grupos indígenas involucrados, pero donde se ha tratado de violaciones de derechos civiles o políticos clásicos.<sup>22</sup> También, esta misma Corte ha analizado casos de violaciones a derechos indígenas colectivos que han afectado a pueblos indígenas, considerados como un grupo específico.<sup>23</sup> Los primeros casos son más antiguos mientras que los últimos son

portantes obstáculos para el respeto de los derechos humanos de todos los habitantes. La discriminación contra los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las mujeres, los pobres, los inmigrantes y diversos grupos sobre la base de su orientación sexual, entre otros, es un problema grave en todos los países de la región. La Comisión insta a los Estados a adoptar medidas urgentes a fin de avanzar en forma decidida en la prevención y el combate de todas las formas de discriminación, así como en la eliminación de la pobreza, en especial la pobreza extrema”. Comunicado de Prensa núm. 78/09. CIDH culmina su 137o. periodo de sesiones. Washington, D. C., 13 de noviembre de 2009.

<sup>22</sup> Por ejemplo, véase CIDH: caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 15; CIDH: caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70; CIDH: caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124; CIDH: caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127.

<sup>23</sup> CIDH: caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79; CIDH: caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; CIDH: caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146; CIDH: caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172.

más recientes. Nuestro examen se enfocará a aquellos casos propiamente de violaciones de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La revisión de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de los derechos humanos de los pueblos indígenas permite extraer una serie de principios y estándares de valor constitucional. Nosotros denominamos estos principios de valor constitucional porque fijan un marco de orden público y de jerarquía superior, en el ámbito de los derechos humanos, que irradia a todas las normas y principios del ordenamiento. Estos principios constitucionales han penetrado con fuerza el orden interno de los Estados, generando, de esta manera, una base constitucional común. El eje constitucional de la labor de la Corte IDH respecto de los derechos de los pueblos indígenas se ha centrado en el derecho a la vida digna, en la subsistencia física y cultural de estos pueblos, y en la especial relación del hombre y de estas comunidades con sus tierras, territorios y recursos naturales. A continuación analizaremos algunos de estos derechos, a la sazón, derechos colectivos, y examinaremos el contenido normativo de estos derechos y de las obligaciones estatales correspondientes.

### 1. *Derechos colectivos protegidos*

Dentro de las principales innovaciones que se han introducido gracias a la actividad de la Corte IDH es el reconocimiento y la consagración jurisprudencial de derechos colectivos. Esto último marca una diferencia cualitativa con otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos, particularmente con la Corte Europea de Derechos Humanos. En este sentido, como lo desarrollamos a continuación, la Corte IDH se ha pronunciado respecto del derecho a las tierras y territorios, el derecho a los recursos naturales y el derecho a ser consultado y obtener su consentimiento previo, el derecho a la diversidad cultural, y el derecho al derecho consuetudinario indígena y jurisdicción consuetudinaria.<sup>24</sup>

#### A. *Derecho a las tierras y territorios*

En el caso *Awas Tingni* de fecha 31 de agosto de 2001, la Corte IDH examina la violación de los artículos 1o. (obligación de respetar los dere-

<sup>24</sup> García Ramírez, Sergio, “Los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio (coord.), *Migración: pueblos indígenas y afroamericanos, XV Jornadas Lascasianas Internacionales*, 2007, pp. 31-44.



chos), 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la Convención, en razón de que Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la comunidad sin su consentimiento, y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad. En este caso, el Estado de Nicaragua había violado el derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras de los Awas Tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad Awas Tingni.

El caso Awas Tingni es relevante, a mi modo de ver, por cuatro aspectos fundamentales. En primer lugar, éste es el primer caso relativo a derechos de los pueblos o comunidades indígenas, como tal, que fue presentado ante la Corte IDH y resuelto por ella.

En segundo lugar, éste es el primer caso donde los pueblos o comunidades indígenas actúan como partes en el proceso ante la Corte IDH. Esto último podría permitir desarrollar la tesis de que el derecho internacional de los derechos humanos no solamente ha permitido el surgimiento del individuo como sujeto de derecho internacional —cuestión indubitable en la época actual— sino también de las comunidades o pueblos indígenas. Esta afirmación se vería potenciada gracias a su participación como parte en los casos ante la Corte. Expresiones utilizadas por la Corte IDH tales como “la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad”<sup>25</sup> y “la Corte estima que los miembros de la Comunidad Awas Tigni tienen derecho a que el Estado, [...] delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad”<sup>26</sup> no hacen sino confirmar a las comunidades o pueblos indígenas y tribales como sujetos de Derecho Internacio-

<sup>25</sup> CIDH: caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párrafo 151.

<sup>26</sup> CIDH: caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párrafo 153.

nal. Esta apreciación se vería confirmada en el caso de la Comunidad Moiwana donde los jueces interamericanos indicaron que “[l]os peticionarios son los titulares de los derechos consagrados en la Convención; por lo tanto, privarlos de la oportunidad de someter sus propios alegatos de derecho constituiría una restricción indebida de su derecho de acceso a la justicia, que emana de su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.<sup>27</sup>

Además, en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, de 2005, la Corte reconoce a la comunidad indígena como un sujeto pleno de derechos colectivos preexistentes a cualquier reconocimiento que se realice en el orden interno. En efecto, la Corte:

considera que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.<sup>28</sup>

En el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH ha hecho la distinción entre pueblos indígenas y pueblos tribales, diciendo que el:

pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam. Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como te-

<sup>27</sup> CIDH: caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párrafo 91, p. 45.

<sup>28</sup> “La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia”. CIDH: caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrafos 82 y 83, p. 65.

ner 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.<sup>29</sup>

Más adelante, la misma Corte agrega que:

considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones.<sup>30</sup>

Pero, sin duda, lo más relevante del caso del Pueblo Saramaka, de 2007, es que la Corte IDH efectúa una declaración relacionada con la subjetividad jurídica internacional de los pueblos indígenas y tribales, cuando reconoce que “que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural”.<sup>31</sup> En este caso, es relevante recordar que el “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”.<sup>32</sup> En consecuencia, reconocer al pueblo indígena como sujeto de derecho implica reconocerle la posibilidad de ser titular y gozar de derechos y obligaciones. En el caso de los pueblos indígenas, se trata fundamentalmente de derechos colectivos cuyo titular es el grupo, comunidad o pueblo. Por eso, la Corte IDH afirma, prácticamente, que el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los pueblos indígenas es evidente ya que “[é]sta es la consecuencia natural del reco-

<sup>29</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 79, p. 24.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párrafo 84, p. 26.

<sup>31</sup> *Ibidem*, párrafo 96, p. 30.

<sup>32</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrafo 188.

nocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria”.<sup>33</sup>

Además, la Corte IDH reconoce que el no reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como colectivo sujeto de derechos es una violación del artículo 3o. de la CADH. Así, la Corte señala que “el pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos”. Además, agrega que “considera que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones”. Finalmente, señala que “[e]l reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho”.<sup>34</sup>

Adicionalmente, un aspecto clave, a nuestro entender, para considerar que la Corte IDH, en el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, reconoce, sin ambages, que la subjetividad jurídica internacional de los pueblos indígenas, se encuentra en la determinación de las reparaciones. No es nuevo el hecho de que la Corte IDH fije reparaciones sociales o colectivas, o, como menciona la propia Corte “formas colectivas de reparaciones”. Ya se ha visto que en casos anteriores relativos a comunidades indígenas, la Corte también lo ha hecho. Lo novedoso del caso del Pueblo Saramaka reside en que esta vez la Corte IDH no establece una lista de individuos lesionados, sino que considera que la parte lesionada es toda la comunidad constitutiva del pueblo Saramaka. En efecto, la Corte IDH afirma que “dado el tamaño y la diversidad geográfica del pueblo Saramaka y, en especial, la naturaleza colectiva de las reparaciones que se ordenarán en el presente caso, la Corte entiende que no es necesario nombrar indi-

<sup>33</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 172, p. 53.

<sup>34</sup> *Ibidem*, párrafos 171 y 172, 174.

vidualmente, en este caso, a los miembros del pueblo Saramaka a fin de reconocerlos como parte lesionada”.<sup>35</sup>

En tercer lugar, este caso se pronunció sobre el derecho a las tierras y territorios indígenas, y a sus recursos naturales, cuestión que se encuentra en el corazón de las reivindicaciones indígenas. Y, en cuarto lugar, el caso *Awas Tigni* abre la puerta para el reconocimiento de la diversidad cultural y de los derechos económicos, sociales y culturales que le son asociados.

En el caso de la Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa*, de 2006, la Corte IDH fija su posición, además, respecto de una eventual pérdida de los derechos indígenas a la tierra por el transcurso del tiempo. En este sentido, la Corte considera que debe tomarse en cuenta que:

la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.<sup>36</sup>

En cuanto al derecho de propiedad, como se verá a continuación, la Corte IDH admite la propiedad comunal o colectiva de las tierras y territorios indígenas, admite el título indígena determinado conforme a sus usos y costumbres ancestrales, y admite que la demarcación y delimitación de las tierras y territorios indígenas debe efectuarse acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta y previa consulta de los pueblos indígenas concernidos.

<sup>35</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 188, p. 58.

<sup>36</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa* vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrafo 131, p. 72.

### a. Propiedad colectiva

En el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de 2001, desarrolló el derecho colectivo a la diversidad cultural, en el contexto de lo territorios y tierras indignas, bajo la forma del derecho a la especial relación del hombre con la tierra. En este sentido, el juez García Ramírez ha señalado que:

la creación de condiciones para una vida digna, que significan desarrollo de las potencialidades individuales y búsqueda del propio destino, debe ocurrir conforme a las decisiones de la propia persona, las convicciones que ésta tiene, la cultura que comparte. De ahí la vinculación estrecha entre el derecho a la vida digna, por una parte, y el derecho a la relación del hombre con la tierra.<sup>37</sup>

Así, en este caso, la Corte IDH afirmó que:

[e]ntre 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>38</sup>

Luego, en esta misma sentencia, los jueces interamericanos agregaron que:

[m]ediante una interpretación evolutiva [...] esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sen-

<sup>37</sup> García Ramírez, Sergio, “Los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio (coord.), *Migración: pueblos indígenas y afroamericanos, XV Jornadas Lascasianas Internacionales*, 2007, p. 41.

<sup>38</sup> CIDH: caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párrafo 149, p. 78.

tido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.<sup>39</sup>

La Corte considera que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado.<sup>40</sup>

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, de 2005, la Corte IDH también recurre a la Constitución, de Paraguay esta vez, para ratificar el derecho de propiedad colectiva indígena y el derecho a su identidad cultural. Así, la Corte señala que “[l]a Constitución paraguaya reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas y la liga al respectivo hábitat de cada uno de ellos, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención”.<sup>41</sup>

Aquí, lo que resulta interesante destacar es la manera cómo la Corte IDH se erige en guardián y ejecutor de una norma de derecho interno, como es la Constitución de Nicaragua (o de Paraguay), en circunstancias que, en términos generales, para un tribunal internacional las normas de derechos interno sólo constituyen hechos, no derecho. Sin embargo, en este caso, la Corte IDH parece interpretar y aplicar las normas constitucionales nicaragüenses. Pero la Corte IDH no se detiene aquí, sino que le recuerda al Estado de Nicaragua el respeto de una regla propiamente constitucional, esto es, el principio general de “que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.<sup>42</sup> Este principio

<sup>39</sup> CIDH: 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, párrafo 148, p. 78.

<sup>40</sup> *Ibidem*, párrafo 153, p. 79.

<sup>41</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrafo 138, p. 80.

<sup>42</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrafo 153, p. 83.

constitucional elemental de organización de los poderes del Estado ha sido reiterado por la Corte IDH desde el comienzo de su actividad jurisdiccional. En efecto, en el caso Velásquez Rodríguez, de 1988, la Corte señaló que “no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”.<sup>43</sup>

Nuevamente, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya, de 2006, la Corte IDH recurre a la Constitución de Paraguay para determinar el contenido del artículo 21 de la CADH. En efecto, la Corte señala que:

La Constitución paraguaya reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, así como la identidad cultural de estos pueblos, la relación que tienen con su respectivo hábitat y las características comunales de su dominio sobre sus tierras, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención.<sup>44</sup>

En el caso de la Comunidad Moiwana, la Corte IDH reconoce expresamente ha desarrollado a través de su jurisprudencia “un concepto amplio de propiedad”.<sup>45</sup> ¿En qué consiste este concepto amplio de propiedad? Así como lo había establecido en el caso Awas Tingni, la Corte establece que:

en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias —pero que carecen de un título formal de propiedad— la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra

<sup>43</sup> CIDH: caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrafo 154, p. 32.

<sup>44</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrafo 122, p. 70.

<sup>45</sup> CIDH: caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párrafo 129, p. 56.



debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexa comunal con el territorio ancestral 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>46</sup>

Desde el punto de vista del concepto de propiedad contenido en el artículo 21 de la CADH, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, de 2006, la Corte IDH reconoce expresamente el hecho de que la propiedad y posesión colectiva de las tierras y territorios se encuentra amparada por el artículo 21 de la CADH. En efecto, la Corte señaló que “los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”.<sup>47</sup>

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, de 2005, la Corte IDH fue más allá aun estableciendo el vínculo directo entre la conservación de la especial relación que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras y territorios y la preservación de su cultura y su transmisión a las generaciones futuras. Así, se dijo que “este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> CIDH: caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párrafo 131, p. 57.

<sup>47</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrafo 120, p. 70.

<sup>48</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrafo 131, p. 79.

Un caso muy similar al caso Yakye Axa es el relativo al Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, de 2006. En este caso, se señala que el Estado no habría garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraría en tramitación su solicitud de reivindicación territorial, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. Esto habría significado la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras, y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su supervivencia e integridad.

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, de 2006, la Corte IDH resume sus enseñanzas anteriores en materia de derecho de propiedad de los pueblos indígenas, señalando lo siguiente:

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) 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 4) 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. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.<sup>49</sup>

El reconocimiento que ha efectuado la Corte IDH de derechos humanos colectivos, entre ellos el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, es algo que constituye una innovación relevante por varias razones. En primer lugar, la propiedad colectiva no es reconocida expresamente por la CADH, de modo que esta protección corresponde a un desarrollo pretoriano del derecho. En segundo lugar, el reconocimiento del derecho de propiedad colectiva corresponde a un desarrollo relevante en la teoría de los derechos humanos en el sentido de que ello im-

<sup>49</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrafo 128, p. 71.

plica reconocer por un tribunal internacional que los derechos humanos son tanto individuales como colectivos. Y, en tercer lugar, el reconocimiento de un derecho humano colectivo marca una diferencia sustancial con la actitud de la Corte Europea de Derechos Humanos y, sobre todo, con la filosofía de los derechos humanos que se encuentra a la base del sistema europeo de derechos humanos. Así, en el caso del Pueblo Saramaka, la Corte IDH reconoció que la CADH protege también la propiedad colectiva, al señalar que “la Convención Americana reconoce el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de su propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal”.<sup>50</sup> Resulta interesante destacar en este caso que la Corte IDH se apoya para este efecto, en los órganos de supervigilancia de los tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas. Además, ello muestra la interacción dinámica, efectiva y, sobre todo, armoniosa que existe entre los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. En efecto, la Corte IDH afirmó que:

[...] la Corte observa que ésta conclusión se encuentra también respaldada por una serie de organismos y organizaciones internacionales que han tratado esta cuestión en otras oportunidades. El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Comisión de Naciones Unidas de Derechos Humanos, y el Relator Especial de la Comisión de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas todos han observado que Surinam no reconoce legalmente los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales respecto de sus tierras, recursos y territorios comunales.<sup>51</sup>

En el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH ha desarrollado nuevamente el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Este caso se presentó contra el Estado de Surinam por no haber adoptado medidas efectivas para reconocer el derecho al uso y goce del territorio que el pueblo Saramaka ha ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha presuntamente violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a

<sup>50</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 97, p. 30.

<sup>51</sup> *Ibidem*, párrafo 98, p. 30.

la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.

En nuestra opinión, en el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte ha proporcionado la definición más completa del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, amparado por la CADH, consistente en el derecho:

a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal.<sup>52</sup>

#### *b. Título indígena*

El título indígena —como equivalente al título de derecho civil— reviste una relevancia trascendental para el reconocimiento, en el orden interno, de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.<sup>53</sup> En el caso *Awas Tingni*, de 2001, la Corte IDH afirmó que:

[e]l derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> *Ibidem*, párrafo 194, p. 60.

<sup>53</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, “El título indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 1, 2005, pp. 269-295.

<sup>54</sup> CIDH: caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párrafo 151, p. 79.

En el caso de la Comunidad Moiwana, la Corte IDH reconoce expresamente el título de propiedad indígena o tribal como un “título colectivo a las tierras tradicionales”, y ordena la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales “con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes, y de los miembros de las demás aldeas Cottica N’djuka y las comunidades indígenas vecinas”.<sup>55</sup>

### c. Demarcación y delimitación

En el caso *Awas Tingni*,

esta Corte considera que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas. Asimismo, como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte dispone que el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad *Awas Tingni*, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, Nicaragua se debe abstener de realizar actos que puedan 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 *Awas Tingni*.<sup>56</sup>

## B. *Recursos naturales*

Los recursos naturales constituyen la piedra angular de todo el sistema de propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales, entendiendo

<sup>55</sup> CIDH: caso de la Comunidad Moiwana *vs.* Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párrafos 209 y 210, p. 86.

<sup>56</sup> CIDH: caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs.* Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párrafo 164, p. 84.

que tierras, territorios y recursos naturales constituyen la trilogía armónica del sistema de propiedad colectiva de dichos pueblos, el cual se podría traducir como su hábitat natural. Los pueblos indígenas tendrían derecho y deberían tener acceso a este hábitat natural, tal como lo han hecho tradicionalmente, y en las condiciones necesarias para su supervivencia física y cultural. La sobrevivencia de esos pueblos está ahí en juego.

En el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH ha reconocido que el derecho de propiedad colectiva indígena, amparado por el artículo 21 de la CADH, incluye el derecho sobre los recursos naturales que se encuentren en el suelo y subsuelo de dicho territorio. Así, la Corte ha dicho que:

debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio.<sup>57</sup>

En el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH, innovadoramente, se pronuncia sobre el derecho colectivo de los pueblos indígenas a los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo de las tierras indígenas. En este caso, los jueces interamericanos han efectuado la vinculación entre derecho de propiedad a las tierras y territorios, derecho de propiedad sobre los recursos naturales (del suelo y subsuelo) y supervivencia económica, social y cultural de estos pueblos. Así, en su sentencia, la Corte IDH señaló que “la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio «que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí», y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales”.<sup>58</sup> Lo cual, más adelante, fue complementado por la Corte cuando aseveró que:

<sup>57</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 122, p. 38.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párrafo 120, p. 38.

los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.<sup>59</sup>

Ahora bien, la Corte IDH establece una importante limitación a este derecho colectivo indígena a los recursos naturales que se encuentren en el suelo y subsuelo de sus tierras y territorios. En efecto, los jueces interamericanos reconocen que la protección que otorga la CADH dice relación con “aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”, o bien, “que son necesarios para la supervivencia de su modo de vida”.<sup>60</sup> De este modo, queda bien establecido que la protección que otorga el derecho americano de los derechos humanos dice relación con recursos naturales necesarios tanto para su subsistencia y supervivencia física como cultural.

En este sentido, utilizando una pedagogía de derechos humanos muy esclarecedora, la Corte IDH afirma a título ejemplar, que:

<sup>59</sup> *Ibidem*, párrafo 121, p. 38.

<sup>60</sup> “[...] el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”. *Ibidem*, párrafos 122 y 123, p. 39.

[e]l agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros. De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir. En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los sarakas.<sup>61</sup>

Al mismo tiempo, la Corte IDH ha reconocido que el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, ya sea de las tierras y territorios así como de los recursos naturales que en ellos se encuentren no puede ser absoluto, sino que, por el contrario, puede estar sujeto a limitaciones. En efecto, en el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH ha afirmado que:

de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.<sup>62</sup>

Sin embargo, estas condiciones necesarias para imponer limitaciones al derecho, que pueden ser suficientes tratándose de restricciones al derecho de propiedad de un no indígena, en el caso de los pueblos indígenas, son necesarias pero no suficientes, y esto tiende a subrayar la especificidad cultural indígena desde la perspectiva de los derechos humanos. En efecto, tratándose de pueblos indígenas, para imponer restricciones al de-

<sup>61</sup> *Ibidem*, párrafo 126, p. 40.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párrafo 127, p. 40.



recho colectivo de propiedad, además de cumplir con los requisitos mencionados precedentemente, la Corte señala que se debe cumplir un requisito adicional.

En este sentido, la Corte afirma que en estos casos, “un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes” y, luego, asevera, que:

conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.<sup>63</sup>

Esta afirmación de los jueces interamericanos pone en evidencia, entre otras cosas, la relevancia del derecho a la vida, a la subsistencia física y cultural, a la integridad personal –de los miembros y del grupo— y a la existencia misma de este grupo, étnica y culturalmente, diferenciado. Por otro lado, esta situación demuestra, y pone en primer plano, la extraordinariamente íntima y estrecha relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Una manifestación adicional de esta estrecha vinculación se encuentra en la afirmación de la Corte de que incluso de los derechos civiles y políticos emanan obligaciones positivas. Así, refiriéndose al derecho a la protección judicial efectiva [artículo 25 de la CADH], la Corte IDH ha señalado:

que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son “verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”. De este modo, la Corte ha declarado que “la inexistencia de un recurso efectivo contra la violación de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la Convención por el Estado Parte en el cual ocurre esta situación.”<sup>64</sup>

<sup>63</sup> *Ibidem*, párrafo 128, p. 40.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párrafo 177, p. 55.

Por otra parte, otra manifestación de esta indivisibilidad entre los derechos humanos se encuentra en la reiteración, por parte de la Corte IDH, de una idea ya expresada por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los derechos tienen componentes civiles, y económico, sociales y culturales. Así, la Corte IDH en el caso del Instituto de Reeducción del Menor, de 2004, señaló que:

[e]n el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños.<sup>65</sup>

Desde el punto de vista de la supervivencia física y cultural como pueblo indígena o tribal, la necesidad de cumplimiento del requisito adicional para los efectos de imponer restricciones al derecho de propiedad de los pueblos indígenas es una manifestación destacada de la influencia de la diversidad cultural en los derechos humanos. Implica, de hecho, un enfoque de los derechos humanos desde la diversidad cultural, que permite reflexionar no tan sólo sobre derechos específicos para los grupos culturalmente diferenciados, sino también sobre especiales condicionamientos para la admisibilidad de restricciones a los derechos humanos. En este contexto, la Corte IDH ha precisado respecto del derecho a la protección judicial efectiva de los pueblos indígenas, por ejemplo, que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> CIDH: caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párrafo 149, p. 94.

<sup>66</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 178, p. 55.

Este enfoque proporciona un carácter especial al derecho que emana de la Corte IDH, lo hace enriquecedoramente diverso y lo perfila como un derecho con rasgos específicos y diferenciados. Este enfoque específico de los derechos humanos desde perspectiva de la diversidad cultural marca una de las diferencias trascendentes de la actividad de la Corte IDH con el enfoque de la Corte Europea de Derechos Humanos y, particularmente, del derecho americano de los derechos humanos respecto del derecho europeo de los derechos humanos.

Desde la perspectiva de las concesiones madereras y mineras de exploración y explotación (extracción) de recursos naturales, resulta interesante resaltar como la Corte IDH se pronuncia sobre las condiciones que debe reunir el procedimiento administrativo de concesiones, desarrollando, aun cuando de manera incipiente, principios y estándares de un verdadero derecho internacional administrativo.

En efecto, la Corte IDH profundiza en el ámbito de los recursos naturales existentes en el suelo y subsuelo de los territorios indígenas, desarrollando —en nuestra opinión— una especie de derecho internacional administrativo, ya que proporciona y desarrolla, en materia de concesiones que puede efectuar el Estado, una serie de principios y reglas vinculadas a los recursos naturales, de tal manera que podrían perfectamente constituir la base de un reglamento internacional sobre concesiones, o bien, si se quiere, de un código internacional administrativo. Resulta interesante destacar, y nosotros debemos retener este punto, que los principios y reglas que proporciona y elabora la Corte IDH podrían ser aplicables, *mutatis mutandis*, a cualquier tipo de concesión.

En consecuencia, regla básica o fundamental,

el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los pueblos indígenas o tribales (*sic*) respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo.

Entonces, ¿cuándo el otorgamiento de concesiones madereras, de aguas y mineras —de exploración y de extracción— no implican una denegación de su subsistencia como pueblo indígena o tribal?

En el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la respuesta de la Corte IDH señala que no implica denegación de su subsistencia cuando una concesión cumpla los siguientes tres requisitos:

primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.<sup>67</sup>

En resumen, no se deniega su subsistencia como pueblo indígena o tribal siempre que el proyecto de desarrollo o inversión involucre y comprenda *a)* la participación efectiva de las comunidades afectadas en el proceso de toma de decisiones; *b)* la participación razonable en los beneficios que se obtengan, y *c)* uno o más estudios o evaluaciones previas de impacto social y ambiental realizadas o supervisadas por el Estado. La Corte agrega además, posteriormente, que *d)* el Estado debería implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades de explotación o extractivas no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales y a sus recursos naturales.

Pero, en concreto, ¿cuál es el alcance real del derecho a ser consultado y a participar en las decisiones?

*a. Derecho a ser consultado u obligación de obtener el consentimiento*

El Convenio 169 de 1989 de la OIT establece la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, y que estas consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstan-

<sup>67</sup> *Ibidem*, párrafo 129, p. 41.

cias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.<sup>68</sup> Una norma muy similar, pero más avanzada en materia de consentimiento, se encuentra contenida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007, que señala que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. Estas dos normas internacionales parecen indicar que el Estado se encuentra en la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando se trate de adoptar medidas legislativas, administrativas o políticas públicas en temas que les afecten. Esta idea es reforzada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Observación General núm. 21 ha reiterado la obligación del Estado de crear y promover un entorno donde los individuos o comunidades puedan participar en la cultura de su elección, lo que incluye la obligación central con efecto inmediato de permitir la participación de personas pertenecientes a minorías, pueblos indígenas u otras comunidades en el diseño e implementación de las leyes y políticas que les afecten. En particular, los Estados deberían obtener su libre, previo e informado consentimiento cuando la preservación de sus recursos culturales, especialmente aquellos asociados con su forma de vida y expresiones culturales, estén en riesgo.<sup>69</sup>

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, de 2006, la Corte IDH reconoció expresamente el derecho a la consulta previa, cuando señaló que para la aplicación concreta de las medidas determinadas por la Corte como reparaciones inmateriales, “el Estado deberá contar con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes y líderes”.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> Véanse artículo 60. del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo; artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007.

<sup>69</sup> CDESC: “Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)”. General Comment, núm. 21, 21 de diciembre de 2009, párrafo 55, p. 14.

<sup>70</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrafo 233, p. 101.

La Corte ha establecido que la participación efectiva del pueblo indígena o tribal pasa por la obligación del Estado de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Desarrollando este deber de consulta, los jueces interamericanos señalaron que:

[e]ste deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.<sup>71</sup>

Sin embargo, la Corte IDH determinó, en este mismo caso del Pueblo Saramaka, de 2007, 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 sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”.<sup>72</sup> En otras palabras, la Corte IDH reguló por vía pretoriana la obligación de obtener el consentimiento a la que hace mención la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En este sentido, más adelante, en el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte concluye que:

adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salva-

<sup>71</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 133, p. 42.

<sup>72</sup> *Ibidem*, párrafo 134, p. 43.

guarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.<sup>73</sup>

En esta materia, curiosamente, la Corte IDH hace una distinción entre proyectos que pueden tener un gran impacto en los derechos de propiedad sobre tierras o territorios y otros proyectos de inversión o desarrollo. Esta interpretación de la Corte IDH divergiría, en cierta medida, del derecho internacional convencional sobre la materia y de la propia interpretación que ha efectuado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la obligación estatal de obtener el consentimiento libre, previo e informado. En efecto, en el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH hace referencia a expresiones tales como “planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales”, “grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [indígena]”, “grandes proyectos de desarrollo” o “proyectos a gran escala”. La consecuencia de esta distinción es que para los proyectos de gran impacto la Corte IDH requiere del Estado la obligación de obtener el consentimiento respecto de dicho proyecto, mientras que en el caso de los otros proyectos, bastaría simplemente satisfacer la obligación de consulta. Nos cuesta trabajo comprender la razón de esta distinción ya que todo proyecto de inversión, grande, mediano o pequeño, realizado sin el consentimiento de los pueblos indígenas, afecta o puede afectar sus tierras y territorios y, de hecho, implica una vulneración de sus derechos ancestrales de propiedad. Por lo demás, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 32, no efectúa esa distinción. Razón por la cual esta interpretación implicaría un eventual retroceso respecto de lo dispuesto por la declaración, ya que, luego de años de negociaciones y búsqueda de consensos, la declaración finalmente consagró como un principio estructural de los derechos humanos de los pueblos indígenas el “principio del consentimiento previo, libre e informado”.

<sup>73</sup> *Ibidem*, párrafo 137, p. 44.

Con todo, esta obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, de acuerdo con sus usos y costumbres y los métodos que tradicionalmente ellos utilizan, constituyen un progreso relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que repercute, sin duda, al menos, en el ámbito del derecho constitucional y del derecho administrativo de los Estados. En efecto, por regla general, los Estados latinoamericanos tienen reservado constitucionalmente el dominio exclusivo de todos los recursos energéticos e hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del Estado. En otras palabras, por mandato constitucional, el Estado es el dueño exclusivo de los hidrocarburos que se encuentren en el suelo y subsuelo del territorio del Estado. Consecuentemente, esta obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para llevar adelante proyectos de inversión y desarrollo de gran escala en sus territorios ancestrales podría, eventualmente, entrar en conflicto con la normativa constitucional. Además, desde la perspectiva de la política pública —tradicionalmente en manos exclusivas del gobierno— en materia de inversión y desarrollo económico de un país, esta obligación de consentimiento puede, en teoría, ser vista por algunos como una intromisión o, al menos, una complicación para que el gobierno pudiera dar cumplimiento a su programa de gobierno o a su política pública en la materia de inversión y desarrollo del país.

Frente al argumento que se acaba de señalar, es necesario precisar —como lo ha hecho en reiteradas ocasiones la Corte IDH— que todo el Estado en su integridad se encuentra vinculado por sus obligaciones internacionales, incluyendo, por supuesto, el Poder Ejecutivo. Consecuentemente, toda la actividad del Poder Ejecutivo —incluso, en el diseño y la ejecución de su política pública y, por supuesto, también en materia de inversión y desarrollo— debe estar destinada, como deber primario, a respetar y dar cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos.<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Uno de los párrafos de la Corte IDH donde, en nuestra opinión, más claro ha dejado cuál es la posición del Estado frente a los derechos humanos y las obligaciones generales y particulares que de ellos emanan, es el siguiente: “[L]a Corte ha establecido que la obligación general de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurí-



En este sentido, cabe poner las cosas en su correcto orden. Los derechos humanos limitan los poderes del Estado, su actuación y sus políticas públicas, no las políticas públicas a los derechos humanos.<sup>75</sup> Sostener esto último iría en contra de la propia Constitución y en contra del derecho internacional de los derechos humanos. Esto último es una manifestación del principio del *efecto corrector* de los derechos humanos, ya que este *corpus iuris* de derechos humanos tiende a corregir las desigualdades o los desequilibrios del sistema jurídico. Y también es una manifestación del *efecto revolucionario* de los derechos humanos, por supuesto, no en el sentido revolucionario político de la teoría marxista. Lo aclaro para no desviar la reflexión del lector. Sino más bien revolucionario en el sentido que enerva las concepciones tradicionales del derecho que entran en colisión con ese mismo *corpus iuris* de los derechos humanos.

dicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. CIDH: caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 202, párrafo 62, p. 22. En una de sus sentencias más recientes, la Corte IDH ha reiterado que “conforme al deber de garantía el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”. CIDH: caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párrafo 288, p. 75.

<sup>75</sup> Desde su primera sentencia, la Corte IDH ha dejado establecido un principio general del derecho, en el sentido de que los derechos humanos limitan el poder del Estado, y que este poder debe ejercerse conforme a los derechos humanos. Así, “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”. CIDH: caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrafo 154, p. 32.

### b. Concesiones madereras

En el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH afirma que el Estado no dio cumplimiento a los requisitos básicos, exigidos como estándares mínimos, para otorgar concesiones madereras. En efecto, los jueces interamericanos señalaron que:

las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbre, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio.<sup>76</sup>

### c. Concesiones mineras auríferas

De acuerdo con la Corte, la primera observación que se puede realizar es que “los integrantes del pueblo Saramaka no han utilizado el oro tradicionalmente como parte de su identidad cultural o sistema económico”.<sup>77</sup>

Ya hemos señalado que la protección que otorga la CADH dice relación con “aquellos recursos naturales que los pueblos indígenas o tribales han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”. En consecuencia, el oro, en el caso del Pueblo Saramaka, quedaría fuera de dicha protección. Hipotéticamente, este mismo razonamiento podría aplicarse a recursos energéticos tales como el gas o el petróleo.

<sup>76</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 154, p. 49.

<sup>77</sup> *Ibidem*, párrafo 155, p. 49.

Sin embargo, la Corte introduce una distinción fundamental al observar que “cuando se otorga una concesión maderera, se ven afectados también una gran variedad de productos forestales no derivados de la madera, que son utilizados por los miembros del pueblo Saramaka para subsistir y comercializar”<sup>78</sup> y que “los integrantes del pueblo Saramaka han estado utilizando extensamente las áreas otorgadas a empresas madereras para cazar y pescar, así como para obtener una gran variedad de productos forestales”.<sup>79</sup> La Corte IDH ha agregado que “el mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio Saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida”, y para preservar su subsistencia física y cultural.

### *C. Derecho a la diversidad cultural*

En el caso Masacre Plan de Sánchez, de 2004, la Corte IDH reconoce con toda claridad el poder, la envergadura, la extensión y la influencia decisiva del derecho a la diversidad cultural en la determinación de una violación a los derechos humanos y la fijación de sus reparaciones. En este sentido, los jueces interamericanos señalaron que:

las víctimas del presente caso pertenecientes al pueblo indígena maya, de la comunidad lingüística achí, poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Para los miembros de estas comunidades la armonía con el ambiente se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza. Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> *Ibidem*, párrafo 148, p. 47.

<sup>79</sup> *Ibidem*, párrafo 149, p. 47.

<sup>80</sup> CIDH: caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de noviembre 2004. Serie C, núm. 116, párrafo 85, p. 85.

La Corte IDH ha recurrido al principio de interpretación extensiva de los derechos humanos, de tal manera que ello le ha permitido proporcionar una protección integral a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales. En este contexto, resulta interesante observar cómo la Corte IDH, por la vía del artículo 5o. (derecho a la integridad personal) de la CADH, ha otorgado una protección de la identidad cultural indígena y de la diversidad cultural. En el caso de la Comunidad Moiwana, de 2005, los jueces interamericanos señalaron en este caso que la actitud del Estado de Surinam impidió a los miembros de la comunidad Moiwana honrar adecuadamente a sus seres queridos fallecidos, e implicó la separación forzosa de éstos de sus tierras tradicionales, lo cual provocó un sufrimiento emocional, psicológico, espiritual y económico a la referida comunidad, de tal manera que ello configura la violación del artículo 5o. de la CADH.

En el caso de la Comunidad Moiwana, la Corte entendió que “[l]os N’djuka tienen rituales específicos que se deben seguir con precisión ante la muerte de un miembro de la comunidad”, y que “es extremadamente importante tener la posesión de los restos mortales del fallecido, ya que el cadáver debe ser tratado de una forma específica durante los rituales mortuorios N’djuka y debe ser colocado en el sitio de sepultura del grupo familiar apropiado”. Luego, la Corte observa que:

[s]i no se efectúan los diferentes rituales mortuorios de acuerdo con la tradición N’djuka, esto es considerado una transgresión moral, la cual no sólo provoca el enojo del espíritu de quien falleció, sino también puede ofender a otros ancestros fallecidos de la comunidad. Lo anterior tiene como consecuencia una serie de “enfermedades de origen espiritual”, las cuales se manifiestan como enfermedades físicas reales y pueden, potencialmente, afectar el linaje completo. Los N’djuka consideran que dichas enfermedades no se curan espontáneamente, sino que se deben resolver a través de medios culturales y ceremoniales; si no fuera así, las consecuencias negativas persistirían por generaciones.<sup>81</sup>

<sup>81</sup> CIDH: caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párrafo 86.9, p. 31.

Por último, la Corte afirmo, en este caso, que:

[L]a justicia y la responsabilidad colectiva son principios centrales dentro de la sociedad N'djuka. Si se causa un daño a un miembro de la comunidad, los familiares —que serían todos los miembros de su linaje materno— están obligados a vengar la ofensa cometida. Si alguien mata a un familiar, los N'djuka creen que su espíritu será incapaz de descansar hasta que se haga justicia. Mientras la ofensa esté sin castigo, los espíritus enfurecidos de los fallecidos pueden atormentar a sus familiares vivos.<sup>82</sup> Todos estos usos, costumbres, ritos sagrados, creencias y tradiciones se encuentran reconocidos en los derechos culturales que expresa la identidad indígena o tribal y de la diversidad cultural. En el caso Moiwana, la Corte consideró que la violación de estos derechos implicaba un sufrimiento emocional y espiritual que violaba el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la CADH.<sup>83</sup>

Un caso relevante en esta materia es el relativo a la Comunidad Yakye Axa, de 2005. Este caso se presenta contra el Estado de Paraguay debido a que no se ha garantizado

el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraría en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. [...] lo anterior ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

En este la Corte IDH expresó el principio de base que se debe tener en consideración al abordar una violación de los derechos de los pueblos indígenas, para los efectos de valorar el alcance y el contenido de los artículos de la CADH, esto es, se deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultu-

<sup>82</sup> *Ibidem*, párrafo 86.10, p. 31.

<sup>83</sup> *Ibidem*, párrafo 103, p. 49.

ral.<sup>84</sup> Este mismo principio rige tanto para el Estado y sus tribunales —incluyendo tribunales constitucionales— como para la Corte IDH, razón por la cual este principio se transforma en un principio elemental de justicia constitucional. En consecuencia, el respeto y protección de la identidad cultural hoy en día en América Latina se convierte en un principio ineludible en la adjudicación judicial. Así, para resolver eventuales conflictos entre los derechos de propiedad colectiva de las comunidades indígenas y los derechos de los particulares, el Estado debe:

tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.<sup>85</sup>

Así, en términos concretos, en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, la Corte ha señalado que “[a]l desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> “Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”. CIDH: caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrafo 51, p. 55.

<sup>85</sup> *Ibidem*, párrafo 146, p. 82.

<sup>86</sup> *Ibidem*, párrafo 147, p. 42.

En este caso la Corte IDH efectúa una extraordinaria vinculación y entrelazamiento entre el derecho de propiedad indígena y la protección de su identidad cultural. Y expresó que:

[l]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.<sup>87</sup>

Pero, quizá el pasaje de la sentencia *Yakye Axa* que mejor demuestra esta vinculación entre el derecho de propiedad colectiva indígena y el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es aquel que señala que:

[l]a garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.<sup>88</sup>

Resulta fascinante observar de qué manera la Corte efectúa una protección real y concreta, no teórica o ilusoria, de un amplio abanico de derechos culturales a través del derecho de propiedad reconocido en el artículo 21 de la CADH. Las consecuencias nefastas que el no respeto del derecho de propiedad colectivo produciría en la identidad cultural indígena son resaltados por la Corte cuando señala que “La posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étni-

<sup>87</sup> *Ibidem*, párrafo 135, p. 79.

<sup>88</sup> *Ibidem*, párrafo 154, p. 83.

ca y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía”.<sup>89</sup>

Del mismo modo, la Corte IDH, en este caso parece esbozar en qué consiste esta diversidad cultural, que contiene un patrimonio cultural material e inmaterial, y que debe ser protegido por el derecho. Así, los jueces interamericanos señalan que la identidad cultural de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida diferente, constitutiva de sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra.<sup>90</sup> Pero, además, la Corte agrega que existe un *corpus juris* internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, considerado como un grupo en situación de especial vulnerabilidad. En este contexto, surgen dos obligaciones básicas para el Estado: generar las obligaciones mínimas de vida digna y no producir situaciones que la impidan u obstaculicen.

Esta idea es complementada en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, de 2006, donde la Corte IDH afirmó claramente que:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.<sup>91</sup>

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, de 2006, la Corte IDH reiteró vinculación entre el derecho de propiedad colectiva indígena y el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, cuando señaló que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> *Ibidem*, párrafo 216, p. 103.

<sup>90</sup> *Ibidem*, párrafo 163, p. 88.

<sup>91</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrafo 118, p. 69.

<sup>92</sup> *Ibidem*, párrafo 121, p. 70.



En el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH ha reconocido además que la diversidad cultural de un grupo o pueblo da lugar a la adopción de medidas especiales, sobre todo cuando se trata de un grupo en situación de especial vulnerabilidad. Así, los jueces interamericanos afirmaron que “[e]n el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ya ha expresado que es necesario la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres”.<sup>93</sup>

#### *D. Situación de especial vulnerabilidad y protección de DESC*

Uno de los aspectos más destacados del caso Yakye Axa es la amplia protección que la Corte IDH otorga a los DESC a través del artículo 4 (derecho a la vida) de la CADH. En efecto, respecto del concepto de derecho a la vida, la Corte IDH ha dicho que “en esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”. Aquí vemos cómo dentro del concepto de derecho a la vida se incluye el concepto holístico de vida digna que considera los aspectos, económicos, sociales, culturales, ambientales, educacionales, alimentarios, sanitarios, etcétera. El derecho a una vida digna implica el derecho a tener condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona, y esto incluye, por supuesto, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.

En el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH ha reconocido la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y la necesidad de adoptar medidas especiales que apunten a alcanzar su supervivencia física y cultural. Así, la Corte ha dicho que “los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural”.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 103, p. 33.

<sup>94</sup> *Ibidem*, párrafo 84, p. 26.

### E. Derecho indígena consuetudinario y jurisdicción comunitaria

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, de 2005, la Corte IDH ha reconocido expresamente el derecho consuetudinario indígena, cuando ha señalado que “[e]n lo que respecta a 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>95</sup>

### 2. Instrumentos internacionales invocados

Como es bien sabido, para la interpretación de los derechos humanos, la Corte IDH recurre a otros instrumentos internacionales de derechos humanos, además de la propia CADH, encontrándose expresamente facultado para ello por este último instrumento. Un auxilio importante en este sentido lo constituye la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La Corte IDH no sólo recurre a instrumentos internacionales convencionales sino también a una amplia gama de instrumentos internacionales no convencionales así como a la jurisprudencia y la interpretación auténtica de los órganos de tratados, tales como el Comité de Derechos Humanos, o bien, órganos de agencias especializadas tales como el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Esto último afirma la idea de que existe un único y monolítico *corpus iuris* de derechos humanos, por lo que resulta lógico recurrir a las diversas fuentes que construyen este edificio coherente de normas, estándares y principios. Al interior de este cuerpo progresivo y evolutivo de principios y estándares coexisten, a su vez, interactuando y enriqueciéndose mutuamente, *corpus iuris* específicos de derechos humanos, tales como el *corpus iuris* de los derechos del niño, de los derechos de la mujer, de los derechos de los pueblos indígenas, etcétera. De este modo, en los casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas, la Corte IDH ha invocado y utilizado en su argumentación diversos instrumentos internacionales.

<sup>95</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrafo 63, p. 61.

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, de, la Corte IDH ha reconocido expresamente la posibilidad de recurrir a otros instrumentos internacionales como herramienta interpretativa, en este caso, del concepto de derecho de propiedad comprendido en la CADH y en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas. Así,

al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>96</sup> [en virtud del principio del derecho viviente].

Además, para la determinación de la satisfacción del derecho a la vida en su comprensión del derecho a una vida digna, la Corte IDH ha recurrido, en este caso, al Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio núm. 169 de la OIT.<sup>97</sup> Respecto de este último instrumento cabe hacer notar que la propia Organización Internacional del Trabajo ha destacado el Convenio 169 como una relevante herramienta interpretativa para los órganos jurisdiccionales internos y, evidentemente, internacionales.<sup>98</sup>

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya, la Corte IDH recurrió a la Convención núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En efecto, la Corte señaló que:

Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades in-

<sup>96</sup> “El Convenio núm. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana”. CIDH: caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrafos 127 y 130, p. 78.

<sup>97</sup> *Ibidem*, párrafo 163, p. 88.

<sup>98</sup> International labour Office, *Application of Convention No.169 by Domestic and International Courts in Latin America: A Casebook*, 2009, p. 8, [http://www.ilo.org/wcms/p5/groups/public/—ed\\_norm/—normes/documents/publication/wcms\\_117232.pdf](http://www.ilo.org/wcms/p5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_117232.pdf).

dígenas, la Corte ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>99</sup>

En el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, la Corte IDH no pudo recurrir a al ordenamiento para determinar el alcance del derecho de propiedad regulado en el artículo 21 de la CADH, porque la Constitución de Surinam no reconoce el derecho de propiedad comunal. Tampoco pudo la Corte recurrir a la Convención núm. 169 de la OIT, ya que Surinam no era parte. En consecuencia, la Corte siguió la estrategia de revisar otras obligaciones internacionales del Estado de Surinam que le permitieran darle contenido y alcance al artículo 21 de la Convención, en el contexto de pueblos indígenas y tribales. Así, la Corte IDH señaló que:

la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia.”<sup>100</sup>

### 3. *Medidas reparatorias*

Uno de los aspectos que cabe destacar en las enseñanzas de la Corte IDH respecto de los derechos humanos de los pueblos indígenas es que

<sup>99</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrafo 117, p. 69.

<sup>100</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 93, p. 29.

los jueces interamericanos han utilizado, de una manera especialmente intensiva y extensiva, la determinación de medidas reparatorias como una forma indirecta de protección de los DESC.<sup>101</sup> No ha sido explicitado de esta manera, pero es claro que estas medidas reparatorias tienden a proteger el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la alimentación, y otros DESC. Nosotros asumimos que esta utilización intensiva de las reparaciones con el referido fin no es casual, sino deliberada. Tampoco es la primera vez que la Corte lo ha hecho. Sin embargo, la jurisprudencia interamericana en los casos relativos a los pueblos indígenas ha encontrado un terreno fértil para desarrollar esta protección indirecta de los DESC. ¿Por qué? Porque las violaciones a los derechos humanos de los miembros de los pueblos indígenas generan consecuencias perjudiciales para la comunidad en su conjunto. Esto es especialmente cierto cuando las violaciones son de derechos colectivos de los pueblos indígenas en cuanto tal, porque, en ese caso, se ataca y daña el corazón de la colectividad.

Uno de los primeros casos donde la Corte IDH conoció de hechos con indígenas involucrados es el caso Aloeboetoe, de 1991. Aun cuando, en lo sustancial, se trata de la violación del derecho a la vida, la Corte IDH tuvo que entrar a considerar aspectos propios de la diversidad cultural indígena o tribal en la parte relativa a las reparaciones. Este caso trata del asesinato por parte del Ejército de Surinam de un grupo de cimarrones (*bushnegroes*), los cuales habían sido previamente detenidos y golpeados con las culatas de las armas de fuego de los soldados, bajo la sospecha de que eran miembros del Comando de la Selva.

En la parte de determinación de las reparaciones existía disparidad de criterios entre la comisión, quien reclamaba la aplicación de las costumbres de la tribu Saramaca y el Estado de Suriname, quien solicitaba la aplicación de su derecho civil.<sup>102</sup> La Corte IDH estableció que los principios generales en materia de sucesión se referían a “hijos”, “cónyuge” y

<sup>101</sup> “Artículo 63: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, en 1969.

<sup>102</sup> CIDH: caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C, núm. 15, párrafo 55, p. 14.

“ascendientes”, y que estos términos debían ser interpretados según el derecho local. La Corte afirmó que, en el *caso Aloeboetoe*, el derecho local corresponde a la costumbre saramaca. Ésta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los “ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca.<sup>103</sup> En consecuencia, podemos observar aquí que la Corte toma en consideración la identidad étnica y diversidad cultural de los cimarrones, ya que determina los causahabientes conforme a los usos y costumbres tribales.

Pero, además, e incluso muy relevante por la época en la que fue pronunciada esta sentencia, en el caso *Aloeboetoe*, la Corte toma en consideración la diversidad cultural de los cimarrones (maroon) para los efectos de ordenar reparaciones que benefician ya no tan sólo a las víctimas o sus herederos, sino también al pueblo o comunidad indígena o tribal en su globalidad. El principio que regiría en este caso es que “en la sociedad maroon tradicional, una persona no sólo es miembro de su grupo familiar sino, también, de su comunidad aldeana y del grupo tribal. Los aldeanos constituyen una familia en el sentido amplio, razón por la cual el perjuicio causado a uno de sus miembros constituiría también un daño a la comunidad”.

Así, la Corte IDH dispuso que:

[e]n la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que es preciso también que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica. En el momento actual, ello no ocurre en varias aldeas saramacas. Los hijos de las víctimas viven, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario están cerrados. La Corte considera que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año.<sup>104</sup>

<sup>103</sup> *Ibidem*, párrafo 62, p. 16.

<sup>104</sup> *Ibidem*, párrafo 96, p. 25.

En otras palabras, con el fin de lograr el objetivo de acceso a la educación de los hijos de las víctimas, la Corte ordena reabrir una escuela y dotarla de personal capacitado y, además, en materia de acceso a la salud, los jueces interamericanos ordenan reabrir el dispensario de la aldea para que funcione eficientemente. Ésta es una demostración efectiva de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, los DESC) ya que por una vía indirecta —de las reparaciones— la Corte logra que se satisfaga el derecho de acceso a la educación y el derecho de gozar del nivel más alto posible de salud.

En el caso de la Comunidad Awas Tingni, de 2001, la Corte aplicó lo que se podría denominar “reparación social”, atendida la naturaleza de la víctima, esto es, una comunidad indígena. En efecto, la Corte fijó una indemnización pecuniaria a título de reparación del daño inmaterial causado por la no delimitación de las tierras, suma que el Estado debía invertir en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni.<sup>105</sup> Esta forma de reparación resulta interesante porque la Corte adecua la reparación por la violación del derecho de propiedad a la naturaleza del sujeto de derecho afectado, a la sazón, un pueblo indígena, donde lo colectivo ocupa un lugar preponderante en la comunidad. Por lo demás, esta forma de reparación constituye, a nuestro modo de ver, una ratificación del carácter de sujeto de derecho de los pueblos o comunidades indígenas.

A propósito del caso de la Comunidad Moiwana, de 2005, la Corte volvió a fijar una reparación social que cedía en beneficio de la comunidad en su totalidad, ordenando la creación de un fondo de desarrollo para

<sup>105</sup> “La Corte considera que debido a la situación en la cual se encuentran los miembros de la Comunidad Awas Tingni por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debe además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. En las circunstancias del caso es preciso recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa.<sup>65</sup> Por lo expuesto y tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US \$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana”. CIDH: caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párrafo 167, p. 85.

esta comunidad, destinado a financiar programas de salud (derecho a la salud), vivienda (derecho a la vivienda) y educación (derecho a la vivienda adecuada).<sup>106</sup> De esta manera, la Corte recoge el concepto de pueblo o comunidad y lo vierte en la parte de las reparaciones, bajo la forma de reparaciones sociales o colectivas. Pero además, e incluso más trascendente aun en nuestra opinión, en esta sentencia la Corte IDH realiza una protección real y concreta de los DESC a través de las reparaciones, desvaneciendo de nuevo el fantasma de la no justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Una reparación social o colectiva similar fue ordenada por la Corte IDH en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, de 2005. La que dispuso que:

[e]l Estado deberá crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serán implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad [...]. El programa comunitario consistirá en el suministro de agua potable [derecho al agua] e infraestructura sanitaria [derecho a la salud]. Además del referido programa, el Estado deberá destinar la cantidad de US \$950.000,00 (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), para un fondo de desarrollo comunitario, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales [derecho a la educación], habitacionales [derecho a la vivienda], agrícolas [derecho al trabajo y derecho a la alimentación] y de salud [derecho a la salud] en beneficio de los miembros de la Comunidad”.<sup>107</sup>

Junto con lo anterior, la Corte dispuso que el Estado de Paraguay debía adoptar una serie de medidas destinadas a satisfacer los DESC. Así, la Corte ordenó que:

<sup>106</sup> “En ese sentido, esta Corte estima que Suriname deberá crear un fondo de desarrollo por el monto US \$1,200,000.00 (un millón doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América), que será destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos programas deberán ser determinados por un comité de implementación, que se describe a continuación, y deberán ser completados en un plazo de cinco años, a contar de la notificación de la presente Sentencia”. CIDH: caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párrafo 214, p. 87.

<sup>107</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrafo 205, p. 99.



mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubremente los desechos biológicos de la Comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos.<sup>108</sup>

De esta manera, por la vía de las reparaciones, la Corte IDH, en el caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa, de 2005, otorgó protección a los DESC a través de los derechos civiles y políticos. Este caso es muy relevante por este y por otros aspectos. En este caso, la Corte IDH de una manera rotunda reconoció y protegió un extenso catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, todos amparados bajo el gran paraguas de la identidad cultural.

La Corte IDH protegió estos DESC, particularmente, a través del derecho a la vida —en la concepción ampliada de los jueces interamericanos, incluyendo el derecho a una vida digna—<sup>109</sup> y del derecho a la propiedad. En este sentido, resulta interesante resaltar el enorme potencial que este tipo de protección indirecta —por la vía de los derechos civiles y políticos— posee, para los efectos de alcanzar la plena efectividad y justicia de los DESC. En cierta medida, la Corte IDH le muestra el

<sup>108</sup> *Ibidem*, párrafo 221, p.104.

<sup>109</sup> Desde el punto de vista de lo que comprende el derecho a la vida, la Corte IDH ha afirmado “el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”. *Ibidem*, párrafo 161, p. 88.

camino a seguir a las jurisdicciones internas para vencer los obstáculos que el derecho estatal pueda plantear y proporcionar, de esta manera, una protección efectiva a los DESC. Un pasaje donde queda bien reseñada esta interrelación, interconexión, interdependencia e indivisibilidad de los derechos es el siguiente:

[...] este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.<sup>110</sup>

Junto con lo anterior, la Corte IDH señaló que:

[L]as afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.<sup>111</sup>

Además, en este caso, la Corte IDH deja en claro que de los derechos civiles y políticos emanan obligaciones positivas, no sólo de abstención, como tradicionalmente se sostiene. En efecto, la Corte IDH ha dicho que:

[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> *Ibidem*, párrafo 168, p. 90.

<sup>111</sup> *Ibidem*, párrafo 167, p. 90.

<sup>112</sup> *Ibidem*, párrafo 162, p. 88.

Así, en este caso, de manera rotunda, la Corte IDH se erige como un órgano jurisdiccional de protección integral de los derechos humanos. Ésta es una demostración patente de que ya no es posible hablar de los DESC como compartimientos estanco, sino que todos los derechos se encuentran íntimamente interrelacionados y de que todos los derechos, incluso los des, son justiciables, labor que le corresponde a todos los jueces, y particularmente a los jueces de derechos humanos, como una obligación de justicia constitucional.

Los hechos en los que se funda el caso Comunidad Indígena Yakye Axa, de acuerdo con la comisión, consisten en que:

el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraría en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, lo anterior ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

En este caso, la Corte IDH otorgó protección a un amplio catálogo de DESC, empezando por el derecho a la identidad cultural, el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, el derecho a la salud y el derecho al agua.

La Corte IDH muestra claramente, en su sentencia, el método —el camino seguido— para determinar la existencia de una violación de DESC, lo cual conduce, en definitiva, a determinar, que los DESC son justiciables. En efecto, la Corte afirmó que debe:

establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus*

*juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT.<sup>113</sup>

Este método otorga tremendas posibilidades a los jueces que supervisan el orden constitucional de los derechos humanos para lograr la protección integral de los mismos.

En consecuencia, la Corte IDH estableció que:

los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras [*derecho a una vida digna*]. Este Tribunal observa que [...] los miembros de la Comunidad Yakye Axa hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección [*derecho a la alimentación*]. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, [*derecho a la vivienda*] así como a agua limpia y servicios sanitarios [*derecho al agua*].<sup>114</sup>

<sup>113</sup> *Ibidem*, párrafo 163, p. 88.

<sup>114</sup> *Ibidem*, párrafo 164, p. 89.

Luego, la Corte IDH continuó para afirmar que:

[e]stas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento. A ello se suma, tal como ha sido probado en el presente caso, las especiales deficiencias en la educación que reciben los niños [*derecho a la educación*] y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud en la que se encuentran los miembros de la Comunidad [*derecho a la salud*].<sup>115</sup>

Finalmente, la Corte IDH declara la violación de todos estos DESC, pero por la vía del derecho a la vida. En efecto, los jueces interamericanos señalaron que:

[e]n consecuencia con lo dicho anteriormente, la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna.<sup>116</sup>

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya, de 2006, la Corte IDH reiteró —al igual que en casos anteriores— la determinación de reparaciones inmateriales de carácter colectivo, precisamente por el carácter colectivo de los daños ocasionados.<sup>117</sup> Así, la Corte ordenó la creación de:

un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, de conformidad con el párrafo 207 de esta Sentencia. El Estado deberá destinar la cantidad de US \$1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América), para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales [*derecho a la educación*], habitacionales [*derecho a una vivienda adecuada*], agrícolas [*derecho al trabajo y a la alimentación*] y de salud [*derecho a la salud*], así como de suministro de agua potable [*derecho al agua*] y la construcción de infraestructura sanitaria [*derecho a la salud*], en beneficio de los miembros de la Comunidad.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> *Ibidem*, párrafo 165, p. 89.

<sup>116</sup> *Ibidem*, párrafo 176, p. 92.

<sup>117</sup> CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrafo 228, p. 100.

<sup>118</sup> *Ibidem*, párrafo 224, p. 99.

Además, en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, la Corte IDH dispuso que:

mientras los miembros de la Comunidad se encuentren sin tierras, el Estado deberá adoptar de manera inmediata, regular y permanente, las siguientes medidas: a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad [derecho al agua potable]; b) revisión y atención médica de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres, acompañado de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación, que respeten sus usos y costumbres [derecho a la salud en combinación con derecho a la identidad cultural]; c) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes [derecho a la alimentación]; d) creación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en los asentamientos de la Comunidad, y e) dotar a la escuela del asentamiento “Santa Elisa” de los materiales y recursos humanos necesarios, y crear una escuela temporal con los materiales y recursos humanos necesarios para los niños y niñas del asentamiento “Km. 16” [derecho a la educación]. En la medida de lo posible la educación impartida considerará la cultura de la Comunidad y del Paraguay y será bilingüe, en idioma exent y, a elección de los miembros de la Comunidad, español o guaraní [derecho a la educación y derechos culturales].<sup>119</sup>

Esto muestra, una vez más, cómo la Corte IDH otorga, por la vía de las reparaciones, en términos reales y concretos una protección específica a los DESC, para los efectos de alcanzar la plena efectividad y justiciabilidad de éstos, desvaneciendo el argumento irreal de la no justiciabilidad de los mismos.

La determinación de “formas colectivas de reparaciones” en el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, emana, principalmente, de las especiales características de diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y tribales, lo cual tiende a enriquecer, de manera diversificada, la protección de un derecho americano de los derechos humanos. Este desarrollo especial del tema de las reparaciones en lo concerniente a violaciones a los derechos humanos se debe particularmente a este componente de diversidad cultural en el seno de un grupo, a partir del cual emanan derechos humanos colectivos. La violación de derechos de los miembros de la co-

<sup>119</sup> *Ibidem*, párrafo 230, p. 100.

munidad indígena [afrodescendiente] o tribal, o bien, la violación de derechos colectivos, implica reparaciones de carácter colectivo que le otorgan un perfil especial al derecho americano de los derechos humanos, diferenciado del derecho europeo de los derechos humanos.

Resulta interesante, al mismo tiempo, percibir cómo la Corte IDH, en el caso del Pueblo Saramaka, de 2007, no condena al Estado por violaciones de DESC, pero toma en consideración la afectación de estos derechos y valores para los efectos de determinar las reparaciones. Así, por ejemplo, los jueces interamericanos consideran “el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos de los pueblos indígenas” y “la denigración de sus valores culturales y espirituales”, y el daño que estos hechos “causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo indígena o tribal”. Ésta es la razón que justifica la extensión de las medidas de reparación que alcanzan aspectos económicos, sociales y culturales, tales como educación, salud, vivienda y alimentación. De esta manera, la Corte ordena:

que el Estado asigne la suma de US\$ 600,000.00 (seiscientos mil dólares estadounidenses) a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su territorio tradicional. Dicho fondo tendrá como objetivo financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka.<sup>120</sup>

Al mismo tiempo, resulta interesante observar ciertos aspectos directivos en la sentencia de la Corte, ya que ella no sólo dispone la creación de un Fondo de Desarrollo Comunitario, sino que además dice cómo debe usarse.

Este enfoque específico de los derechos humanos desde la perspectiva de la diversidad cultural y su impacto en el terreno de las reparaciones, marca una de las diferencias trascendentes de la actividad de la Corte IDH con el enfoque de la Corte Europea de Derechos Humanos y, particularmente, del Derecho Americano de los Derechos Humanos respecto del Derecho Europeo de los Derechos Humanos.

<sup>120</sup> CIDH: caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrafo 201, p. 62.

#### 4. *Seguimiento y cumplimiento de las sentencias*

Aun cuando el estado de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH presenta un resultado preocupante, existen motivos para manifestar un cierto grado de optimismo. Cabe resaltar la relevancia fundamental de esta temática para cualquier sistema de protección de derechos humanos. En el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte IDH está en juego la eficacia, legitimidad y credibilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, además del respeto, por parte del Estado, del principio inderogable de derechos humanos del acceso a la justicia. En efecto, en la ejecución efectiva de la sentencia está en juego el respeto del principio de derecho internacional consuetudinario de buena fe y el respeto de la obligación convencional, emanada de la CADH, de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH, pero además, del mismo modo que en la ejecución de una sentencia de cualquier tribunal estatal, está en juego el principio inderogable de derechos humanos de acceso a la justicia.

Como siempre, el análisis del grado de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH requiere matices. Es poco probable que el Estado rechace cumplir con una sentencia en su totalidad, pero, sin embargo, puede presentar reparos para una parte específica de la sentencia. Un problema que es evidente es el plazo extremadamente largo que toma la ejecución de la sentencia de la Corte IDH por parte del Estado, lo cual, a su vez, podría configurar una nueva violación de la CADH por parte de dicho Estado. A continuación, nosotros examinaremos brevemente algunas sentencias vinculadas a pueblos indígenas, que se han cumplido íntegramente y otras que se encuentran en proceso de ser cumplidas.

##### A. *Cumplimiento íntegro de la sentencia*

###### a. *Caso Aloeboetoe*

Durante 1997, el Estado de Surinam dio cumplimiento íntegro a la sentencia de la Corte IDH, del 10 de septiembre de 1993, en el caso Aloeboetoe. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que “el Gobierno de Suriname ha pagado la suma US\$ 453.102, para ser entregada por la Fundación a los familiares de las víctimas, de conformidad con los puntos resolutivos 1, 2 y 3 de la sentencia de la Corte del 10 de septiembre



de 1993”. Además, “el Gobierno ha entregado los fondos estipulados en el punto resolutivo 4 de la sentencia de la Corte del 10 de septiembre de 1993 para el funcionamiento de la Fundación”. Finalmente, “el Gobierno reparó y reabrió la escuela situada en Gujaba y además la dotó de personal docente y puso en operación el dispensario existente en Gujaba, conforme al punto resolutivo 5 de la sentencia de la Corte del 10 de septiembre de 1993”.

En consecuencia, la Corte IDH “considera que el Gobierno de Suriname ha cumplido con lo establecido en la sentencia de 10 de septiembre de 1993 en el caso Aloeboetoe y otros”.<sup>121</sup>

#### *b. Caso de la Comunidad indígena Awás Tingni*

En el caso Awás Tingni, la Corte declaró que “el Estado ha cumplido con la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni (punto resolutivo cuarto de la Sentencia de 31 de agosto de 2001)”. Además, que:

el Estado ha cumplido con la obligación de abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe aquella delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan 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 Mayagna (Sumo) Awás Tingni (punto resolutivo cuarto de la Sentencia de 31 de agosto de 2001).

En consecuencia, la Corte declaró que:

el Estado ha dado pleno cumplimiento a la Sentencia de 31 de agosto de 2001 en el caso de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impone a los Estados Partes en la Convención la obligación de cumplir con las sentencias dictadas por la Corte.<sup>122</sup>

<sup>121</sup> CIDH: Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 5 de febrero de 1997. Caso Aloeboetoe y otros, considerando 5.

<sup>122</sup> CIDH: caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de abril de 2009, punto declarativo 3.

En este sentido, la Corte IDH señaló, sin ambages, la relevancia del cumplimiento de la sentencia en este caso, y que:

valora positivamente que el Estado ha dado cumplimiento integral a las medidas de reparación ordenadas por este Tribunal en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2001, en lo que representa un importante precedente legal para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ser éste un caso paradigmático en el reconocimiento al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, así como de sus valores, usos y costumbres ancestrales.<sup>123</sup>

## B. *Cumplimiento parcial de la sentencia*

### a. Caso de la Comunidad Moiwana

En el caso de la Comunidad Moiwana, la Corte ha declarado que el Estado de Surinam ha dado cumplimiento íntegro a los siguientes puntos: obligación de realizar un acto público de reconocimiento y disculpa; orden de realizar el pago de la compensación a los miembros de la comunidad Moiwana por los daños morales y materiales sufridos, y la orden de realizar el pago de costas al Forest Peoples Programme y Association Moiwana. Al mismo tiempo, la Corte ha decidido mantener abierta la etapa de supervisión de la sentencia, particularmente en lo relativo a la obligación de investigar y en la obligación de establecer un fondo de desarrollo comunitario.<sup>124</sup>

### b. Caso Masacre Plan de Sánchez

En el caso de la Masacre de Plan de Sánchez, la Corte IDH ha declarado el cumplimiento integral de los siguientes dos puntos resolutive de la sentencia: “a) publicación de la Sentencia, en el Diario Oficial, y en otro diario de circulación nacional, en español y en maya achí (punto resolutive quinto); y b) pago de la suma fijada, para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas ejecutadas en la Masacre de Plan de Sánchez (punto resolu-

<sup>123</sup> *Ibidem*, párrafo 15.

<sup>124</sup> *Ibidem*, del 21 de noviembre de 2007, puntos declarativos 1, 2, 3 y 4.

tivo sexto)”.<sup>125</sup> Respecto del resto de los puntos resolutivos de la sentencia de reparaciones, la Corte IDH ha mantenido abierto el procedimiento de supervisión de la sentencia.

### c. Caso Bámaca Velásquez

El caso Bámaca Velásquez, de 2000, es un caso de violación del derecho a la vida de un miembro de la comunidad indígena maya Mam.<sup>126</sup> En su sentencia de reparaciones la Corte IDH hizo referencia a la influencia del reconocimiento de la diversidad cultural en la determinación de las reparaciones. Así, la Corte señaló que “considera que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana. Asimismo, este Tribunal ha señalado que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos”. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez. Ya la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua). Como se ha reiterado en la audiencia pública sobre reparaciones en este caso, para la cultura maya, etnia mam las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo “rendir respeto a Efraín, para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados”, así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena”.<sup>127</sup>

Luego, entre sus reparaciones, la Corte determinó que:

<sup>125</sup> CIDH: caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de noviembre 2004. Serie C, núm. 116, p. 13.

<sup>126</sup> CIDH: caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70.

<sup>127</sup> CIDH: caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serie C, núm. 91, párrafo 81, p. 35.

el Estado debe realizar las exhumaciones, en presencia de los familiares, para localizar los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez y entregar a ellos dichos restos. Asimismo, este Tribunal considera que Guatemala debe brindar las condiciones necesarias no sólo para determinar el paradero de los restos mortales de la víctima, sino además de trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos.<sup>128</sup>

En este contexto, en cuanto a la ejecución de la sentencia, en su resolución del 13 de diciembre de 2007, la Corte IDH señaló que:

el Estado ha[bía] dado cumplimiento total a lo señalado en el punto resolutivo tercero de la Sentencia de reparaciones [relativo a la publicación en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, del capítulo que se refiere a hechos probados y la parte resolutive de la Sentencia sobre el fondo dictada el 25 de noviembre de 2000, y la realización de un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos del caso y de desagravio a las víctimas].<sup>129</sup>

Posteriormente, en su resolución del 27 de enero de 2009, la Corte IDH indicó que:

el Estado ha cumplido parcialmente con su obligación de adoptar medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico guatemalteco a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario y para darle plena efectividad a dichas normas en el ámbito interno (punto resolutive cuarto de la Sentencia de reparaciones), por lo que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión hasta el cumplimiento total de este punto.

Luego, agregó que “se encuentran pendientes de cumplimiento las siguientes obligaciones: *a*) localizar los restos mortales del señor Bámaca Velásquez, su exhumación en presencia de su viuda y familiares, así como su entrega a éstos (punto resolutive primero de la Sentencia de reparaciones), y *b*) investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana y de la CIPST, identificar y, en su ca-

<sup>128</sup> *Ibidem*, párrafo 82, p. 36.

<sup>129</sup> CIDH: caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 13 de diciembre de 2007, párrafo 6.

so, sancionar a los responsables, así como divulgar públicamente los resultados de la respectiva investigación (punto resolutivo octavo de la Sentencia de fondo y punto resolutivo segundo de la Sentencia de reparaciones). Que mantendrá abierto el presente procedimiento de supervisión hasta el cumplimiento total de las obligaciones señaladas en el punto declarativo anterior.<sup>130</sup>

#### *d. Caso Yatama*

En el caso Yatama, de 2005, el Estado de Nicaragua violó los derechos políticos y el derecho a la protección judicial de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena “YATAMA”. Además, el Estado no adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos, especialmente no previó “normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan”.

En dicha sentencia, la Corte IDH determinó que una forma de reparaciones es que:

el Estado debe reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral No. 331 de 2000 declarados violatorios de la Convención y adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática. Los requisitos que se establezcan deben permitir y fomentar que los miembros de esas comunidades cuenten con una representación adecuada que les permita intervenir en los procesos de decisión sobre las cuestiones nacionales, que conciernen a la sociedad en su conjunto, y los asuntos particula-

<sup>130</sup> CIDH: caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de enero de 2009, puntos declarativos 1, 2 y 3, p. 18.

res que atañen a dichas comunidades, por lo que dichos requisitos no deberán constituir obstáculos a dicha participación política.<sup>131</sup>

En este caso, el Estado no ha dado cumplimiento íntegro a la sentencia, quedando pendiente, particularmente, la obligación de:

reformular la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral No. 331 de 2000 declarados violatorios de la Convención Americana y adoptar las medidas necesarias para que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres (punto resolutivo undécimo de la Sentencia de 23 de junio de 2005).<sup>132</sup>

#### IV. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

En términos generales, se puede apreciar con optimismo un grado creciente de aplicación y seguimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH, por los tribunales tanto constitucionales como ordinarios de los Estados latinoamericanos. Esta apreciación puede surgir de la citación expresa de los fallos de la Corte IDH en las decisiones judiciales de los órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada, porque la no citación de los fallos de la Corte IDH no necesariamente implica un desconocimiento o incluso una clara discrepancia frente a las enseñanzas de la Corte IDH. Puede ser que un órgano jurisdiccional nacional siga fielmente la jurisprudencia de la Corte IDH, pero no se refiera directamente a ello, porque en su tradición jurídica no existe esta citación de decisiones jurisdiccionales extraestatales. En general, habría que atender, más bien, a la interacción material entre la jurisdicción interamericana y las diversas jurisdicciones constitucionales de los Estados de América. Ello podría arrojar un resultado más profundo del impacto, no sólo explícito sino también implícito, de las enseñanzas de la Corte IDH. En este apartado, sólo nos limitaremos a revisar, primero, la realidad normativa constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, y luego, la

<sup>131</sup> CIDH: caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127, párrafo 259, p. 106.

<sup>132</sup> CIDH: caso *Yatama vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 4 de agosto de 2008, p. 9.

abundante jurisprudencia de los tribunales nacionales, no sólo constitucionales, respecto de los derechos de los pueblos indígenas. En este ejercicio se constatará una convergencia relevante de las jurisdicciones nacionales con los jueces interamericanos, de tal manera que se podrían palpablemente encontrar aquí los fundamentos para una justicia constitucional común latinoamericana.

### 1. *Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos*

En las últimas décadas, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas es uno de los temas relevantes, pero igualmente controvertidos de la agenda político-constitucional latinoamericana. La razón que explica por qué se ha producido es fenómeno en las últimas décadas, la proporciona Magnarella, cuando señala que “[e]n términos generales, la gran mayoría de los Estados latinoamericanos han reconocido, de una y otra manera, a los pueblos indígenas y sus derechos. En las últimas décadas ha habido una evolución vertiginosa en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas”.<sup>133</sup> Este fenómeno se ha materializado en el ámbito jurídico mediante la aprobación de normas jurídicas que regulan de manera diferente la relación entre los Estados y los pueblos indígenas, consagrando nuevos derechos y garantías en favor de quienes detentan la calidad de indígenas. En este sentido, se puede apreciar que no existe un único modelo uniforme de reconocimiento constitucional, sino más bien, una gran diversidad normativa a este respecto.<sup>134</sup>

<sup>133</sup> Magnarella, Paul J., “Protecting Indigenous Peoples”, *Human Rights & Human Welfare*, vol. 5, 2005, pp. 125-135; “Las poblaciones indígenas fueron también ignoradas en la primera etapa del constitucionalismo latinoamericano. Pese a su enorme importancia demográfica en muchas y extensas zonas de México, de América Central y de América del Sur, nada relativo a ellas aparece en los primeros textos constitucionales contemporáneos o inmediatamente posteriores a la Independencia”. Gros Espiell, Héctor, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, p. 159.

<sup>134</sup> Aguilar, Caballo *et al.*, “Modelos de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina”, *Serie Estudios, Ministerio Secretaría General de la Presidencia*, Santiago de Chile, vol. III, Participación y Nuevos Desafíos Políticos-Institucionales, 2009, pp. 151-205.

Al comparar los reconocimientos constitucionales de los pueblos indígenas en América Latina con las experiencias constitucionales de otros países se puede observar que el desarrollo normativo latinoamericano es notablemente más extenso y sofisticado. Razones históricas y jurídicas, incluyendo el valor asignado a la norma fundamental en los ordenamientos internos, podrían explicar estas diferencias.

Observamos que la mayoría de las Constituciones latinoamericanas reconocen la existencia de pueblos indígenas y/o de sus derechos específicos. Esta tendencia se debe en gran parte al surgimiento de los pueblos indígenas y sus organizaciones como verdaderos actores políticos dentro de un contexto de mayor democratización en la región.<sup>135</sup> No obstante, según Gilda Waldman, a pesar de este avance democrático, “las instituciones políticas no han logrado cabalmente crear ámbitos de participación real y adecuados para que los grupos indígenas puedan tener una representación efectiva en el seno del Estado como un interlocutor válido a fin de formular y aprobar las leyes relativas a su vida colectiva”.<sup>136</sup>

En este sentido, aparece la eterna paradoja del constitucionalismo latinoamericano, la cual viene determinada por la relación dialéctica entre realismo y normativismo, entre obligaciones que emanan de las normas y ejecución de las mismas. Una de las lamentables lecciones que se pueden extraer de esta realidad es el magro estado de cumplimiento de estos auspiciosos avances constitucionales. El problema fue y sigue siendo el respeto y la implementación de las normas constitucionales.

Dentro de este contexto, es de destacar las nuevas experiencias constituyentes que se están llevando a cabo en Bolivia y Ecuador en estos últimos años. Tras un periodo marcado por una fuerte inestabilidad sociopolítica, a raíz de la crisis del modelo “neoliberal” de desarrollo, y de una crisis de la democracia representativa, ambos países impulsaron nuevos mecanismos políticos de participación en el intento de generar nuevos pactos sociales, fomentando el pleno ejercicio de la ciudadanía.<sup>137</sup>

<sup>135</sup> Barié, Cletus Gregor, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, 2a. ed., La Paz, Instituto Indigenista Interamericano, 2003, p. 548; Waldman M., Gilda, “Los claroscuros de la situación indígena en la paradójica democracia latinoamericana actual”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio (coord.), *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho. XII Jornadas Lascaisanas*, p. 185.

<sup>136</sup> Waldman M., Gilda, *ibidem*, p. 180.

<sup>137</sup> Rolland, Setillo, “Nuevas formas de participación política en América Latina”, *Ficha de análisis, Instituto de Investigación y debate sobre la Gobernanza*, febrero 2008.



Sin embargo, ciertos países —Belice, Chile, Uruguay y Surinam— aún ignoran rotundamente la temática indígena en sus cartas fundamentales, a pesar de la presencia de estos grupos étnicos en sus territorios.<sup>138</sup>

Dentro de los países que reconocen a los pueblos indígenas en sus Constituciones, constatamos una gran heterogeneidad normativa en cuanto al alcance, contenido y formulación de las normas constitucionales, lo cual hace difícil identificar un modelo único y replicable en materia de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Esta diversidad se puede explicar por una multitud de factores específicos a cada realidad nacional, de naturaleza histórica, política, jurídica, socioeconómica y cultural, así como por el grado de receptividad del ordenamiento interno al derecho internacional y al derecho comparado. El peso demográfico y político de los pueblos indígenas y/o de sus organizaciones en el escenario público y su efectiva participación en las asambleas constituyentes también constituyen una herramienta clave para interpretar el panorama heterogéneo del reconocimiento constitucional en América Latina.

Además, los instrumentos internacionales que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas no contienen ninguna obligación explícita de reconocimiento constitucional de éstos por parte de los Estados. Por consiguiente, no existe un consenso internacional sobre el significado, el alcance y las características de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

A pesar de esta falta de consenso es posible construir un conjunto de estándares mínimos de los derechos de los pueblos indígenas a partir de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluyendo el Convenio núm. 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Estos estándares mínimos deberían servir de base para el reconocimiento de los pueblos indígenas y la consagración de sus derechos en las normas constitucionales. Los derechos a la no discriminación, a la autodeterminación, a la integridad cultural, de propiedad, uso, control y acceso a las tierras, territorios y recursos, al desarrollo y bienestar social y de participación, constituyen los elementos esenciales del estándar internacional de los derechos de los pueblos indígenas.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> *Idem.*

<sup>139</sup> Anaya, S. James: “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Instituto de Derechos Huma-

La cantidad de normas en la Constitución es un elemento de extrema relevancia, pero no es un factor clave para lograr una protección de los pueblos indígenas y sus derechos. Interesa, sobre todo, que la globalidad del orden jurídico estatal muestre una decidida disposición hacia esta protección, y que este orden jurídico determine la planificación, el diseño, la ejecución y el control de las políticas públicas.

Aun cuando es necesario, no es suficiente un reconocimiento constitucional puro y simple. Existe una brecha entre el reconocimiento constitucional en la letra y el cumplimiento efectivo de dichas disposiciones en términos reales.<sup>140</sup> Además de un reconocimiento en la Constitución, se requiere un *sustratum* fundamental manifestado en la opción definitiva por un firme Estado de Derecho y el compromiso decidido de todos los actores —estatales y privados— por la protección de los derechos humanos de todos, sin distinción alguna.

## 2. *Visión comparativa de la jurisprudencia constitucional latinoamericana*

La evolución hacia un reconocimiento creciente de los derechos de los pueblos indígenas en el constitucionalismo latinoamericano ha estimulado, al mismo tiempo, un reconocimiento progresivo de los derechos indígenas por la jurisprudencia constitucional.

De este modo, los avances que se han registrado en la jurisprudencia interamericana en cuanto a la fijación de parámetros y principios de valor constitucional, respecto de los derechos de los pueblos indígenas, presentan una extraordinaria similitud con la jurisprudencia constitucional lati-

nos-Universidad de Deusto, 2006, pp. 53-60; Cepal, *Panorama social de América Latina 2006*, Santiago, 2007, pp. 148-156; Bengoa, José, “Relaciones y arreglos políticos y jurídicos entre los estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década”, *Serie Políticas Sociales*, núm. 69, Santiago, Cepal, agosto de 2003.

<sup>140</sup> “El camino hacia la consideración constitucional de las poblaciones indígenas, para su reconocimiento jurídico, para la garantía de sus derechos, para evitar los despojos y las explotaciones inicuas para asegurar el mantenimiento de sus tradiciones, religiones y lenguas, en suma, de la riqueza de sus culturas, y para impedir la marginalización, la discriminación y la exclusión política, social y económica, pero al mismo tiempo para asegurar su integración y el progreso, fue largo, complejo y aún hoy está inconcluso”. Gros Espiell, Héctor, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, p. 159.

noamericana. Esto último podría entenderse como una tendencia hacia la fijación de estándares y principios comunes que serían la base de un *ius constitutionale commune*. En algunos casos la interacción entre la Corte IDH y las cortes constitucionales de los Estados latinoamericanos es evidente debido a la citación expresa de la jurisprudencia de la Corte IDH que hacen los jueces constitucionales. Así, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que:

[s]imultaneously, the countries participating in the regional human rights system have learned to take into account internally the decisions and interpretative criteria applied by the Court and the Commission. This process is slow and complex, and far from complete. However, it has led to increased openness of many domestic courts to consider the inter-American jurisprudence – especially the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. This may explain the gradual move towards invoking international human rights standards by domestic courts.<sup>141</sup>

Sin embargo, la no citación expresa no puede entenderse como un absoluta falta de interacción y de seguimiento de los parámetros interamericanos, ya que esto puede deberse a múltiples factores, empezando por la técnica judicial de redacción de sentencias utilizada por dicho tribunal constitucional, y pasando por la propia cultura jurídica del orden jurídico en que se inserta el órgano jurisdiccional constitucional, cultura que no contempla la referencia a decisiones de otras jurisdicciones. Por lo demás, la interacción es mutua, de modo que podemos encontrar casos en que la Corte IDH cita y se apoya en decisiones adoptadas por los tribunales constitucionales. Con todo, en forma evidente, existe una dificultad clara para identificar las fuentes materiales de influencia en las sentencias, particularmente de los tribunales constitucionales latinoamericanos, no existiendo siempre una referencia explícita. Existen, eso sí, indicios relevantes que nos pueden orientar en nuestro análisis, tales como la fecha de las sentencias, cuáles son las primeras y cuáles son las siguientes, cuáles son anteriores y cuáles son posteriores, la amplitud y variedad del espectro de derechos abarcado por las sentencias, etcétera. Así, por ejem-

<sup>141</sup> International Labour Office, *Application of Convention No. 169 by Domestic and International Courts in Latin America: A Casebook*, 2009, p. 6, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed\\_norm/—normes/documents/publication/wcms\\_117232.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—normes/documents/publication/wcms_117232.pdf).

plo, en materia indígena, la jurisprudencia colombiana y costarricense es más abundante que la de la Corte IDH.<sup>142</sup>

En el fondo, la interacción entre la Corte IDH y los tribunales constitucionales se puede caracterizar como un ir y venir substancial, como un enriquecimiento recíproco de las interpretaciones, y de esa interacción surge un derecho americano de los derechos humanos de los pueblos indígenas, no se trata sólo de una interacción e influencia unidireccional.

En nuestra opinión, más relevante aún que examinar si la Corte IDH es citada en las sentencias de los tribunales constitucionales es analizar si los estándares, principios y valores que aplican la Corte IDH y los tribunales nacionales apuntan hacia un mismo punto de convergencia. En caso de ser esto efectivo estaríamos *ad portas*, desde un punto de vista material, del desarrollo de una justicia constitucional común.

Así, por ejemplo, en el caso de la Corte Constitucional de Colombia, a través de una acción de tutela, estos jueces constitucionales han sostenido que:

[e]l reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida.<sup>143</sup>

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se ha pronunciado respecto del derecho a la consulta previa, libre e informada, a propósito de un recurso de amparo. En efecto, conociendo de un recurso de amparo contra la adjudicación de una concesión de exploración y explotación de hidrocarburos a una empresa privada por parte del Poder Ejecutivo, en particular por la falta de consulta a las comunidades indígenas a cuyos territorios afecta la concesión, considera que las autoridades incumplieron con el requisito de la consulta previa a las comunidades in-

<sup>142</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: una recopilación de casos*, 2009.

<sup>143</sup> Corte Constitucional de Colombia, T-523-97, 15 de octubre 1997 (párrafo 2.1).

dígenas, tal cual es establecido por el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT. La Sala Constitucional tiene por probado que el ministerio respectivo omitió la convocatoria a consulta, que resultaba obligatoria, y que el acto no quedó saneado por la publicidad del proceso de licitación en la prensa. En consecuencia, hace lugar al amparo y declara anulado el acto de adjudicación.<sup>144</sup>

La Corte Constitucional de Ecuador, por su parte, también se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada, a propósito de un recurso de tutela. En efecto, se trata de un recurso de tutela interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la concesión minera a una empresa privada en el territorio del Río Cayapas en la Provincia de Esmeraldas, afectando a los derechos de los chachis y comunidades afrodescendientes. Según del Defensor del Pueblo, el inicio de actividades mineras causará daños irreparables a los recursos naturales y a la salud y vida de familias de comunidades. Además, alegó la falta de respeto de la obligación de consulta previa. En este caso, la Corte ordenó la suspensión de la concesión minera.<sup>145</sup>

La Corte Constitucional de Bolivia, en 2003, conoció de un recurso de amparo a propósito de un conflicto entre derechos constitucionales y ejercicio de la justicia comunitaria indígena. En efecto, el recurso de amparo fue interpuesto por un matrimonio de miembros de una comunidad indígena al que la comunidad había impuesto —aunque no ejecutado— la sanción de expulsión y la amenaza de corte del suministro de energía y de agua. Los impugnantes alegaron que la medida vulnera “sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo”. El tribunal señaló que la Constitución boliviana reconoce el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a mantener sus normas consuetudinarias y a ejercer la justicia comunitaria en caso de incumplimiento de esas normas. El tribunal recordó, de todos modos, que la aplicación de normas y sanciones comunitarias tiene como límite la Constitución, citando al respecto también el Convenio 169 de la OIT. En el caso, acoge el amparo, ordenando a la comunidad que permita la permanencia

<sup>144</sup> Costa Rica: Sala Constitucional de la Corte Suprema, Voto 2000-08019, Expediente 00-000543-0007-CO, 8 de septiembre de 2000.

<sup>145</sup> Ecuador: Corte Constitucional, núm. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos vs. Regional Directorate of Mining of Pichincha: Regional Director, 13 de agosto de 2002.

de los impugnantes en la comunidad, bajo la condición de que éstos se ajusten a las normas comunitarias.<sup>146</sup>

Además, el Tribunal Constitucional de Perú, en el recurso de agravio constitucional interpuesto por Jaime Hans Bustamante Johnson, sentencia del 19 de febrero de 2009, reconoció expresamente el principio de protección medioambiental, el principio de prevención, el principio de desarrollo sostenible y protección de las generaciones futuras, y, vinculado con esto, la protección de las comunidades indígenas y su derecho a la identidad étnica y cultural. En este sentido, el Tribunal Constitucional de Perú señaló que:

la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.

Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. En dicha sentencia, además, se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio.<sup>147</sup>

Quizá, uno de los casos más demostrativos de la influencia que ha ido adquiriendo, en general, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y, en particular, la Corte IDH es el caso de la Comunidad Indígena Maya del Distrito de Toledo *vs. Belice*. Este es un caso sin-

<sup>146</sup> Bolivia: Corte Constitucional, Sentencia 0295/2003-R, Expediente 2002 -04940-10-RAC, 11 de marzo de 2003. Recurso de amparo constitucional.

<sup>147</sup> Tribunal Constitucional de Perú: *Recurso de agravio constitucional interpuesto por Jaime Hans Bustamante Johnson*. Expediente 03343-2007-PA/TC. Sentencia del 19 de febrero de 2009, párrafos 35 y 36.

tomático y que insufla esperanzas en el Continente. En primer lugar, Belice es un Estado de América Central cuyo sistema jurídico corresponde al *common law*, aun cuando su ubicación geográfica, su composición demográfica, su cultura y su historia responden a los patrones tradicionales de las comunidades latinoamericanas. Y, en segundo lugar, es un Estado parte en la Organización de Estados Americanos pero que no ha aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH.

No obstante ello, la Corte Suprema de Belice, en 2007, pronunció una sentencia sobre el caso de la comunidad indígena maya del Distrito de Toledo en donde para adoptar su decisión de fondo —protectora de los derechos colectivos de propiedad a la tierra y a los recursos naturales fundándose en su título tradicional de posesión ancestral de sus territorios— se funda en las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, fundamentalmente, en la jurisprudencia de la Corte IDH, ambas consideradas por el referido máximo tribunal como vinculantes para el Estado. En nuestra opinión, esta sentencia representa el triunfo de la razón jurídica de que el derecho existe para la protección de los más vulnerables y proporciona una luz que ilumina el camino de todos los otros Estados del continente, *a fortiori*, de aquellos que sí han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH.

En efecto, la Corte Suprema de Belice, en el caso de la Comunidad Indígena Maya del Distrito de Toledo, en 2007, reconoció el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la propiedad de sus tierras tradicionales y de sus recursos naturales en conexión vital con su derecho colectivo a la identidad cultural y a la supervivencia física y cultural.<sup>148</sup> Belice es un Estado de América central que si bien jurídicamente pertenece al ámbito del *common law*, es interesante mencionarlo ya que geográficamente, demográficamente, culturalmente y religiosamente se encuentra muy

<sup>148</sup> “I am inclined to agree with the claimants in this respect because, without the legal protection of their rights to and interests in their customary land, the enjoyment of their right to life and their very lifestyle and well-being would be seriously compromised and be in jeopardy. This, I find, will not be in conformity with the Constitution’s guarantees”. Supreme Court of Belize: *Aurelio Cal et al. vs. Attorney General of Belize*, (Claim 121/2007) (18 de octubre de 2007) (Mayan land rights), párrafo 117, p. 58; Campbell, Maia S. y Anaya, S. James, “The Case of the Maya Villages of Belize: Reversing the Trend of Government Neglect to Secure Indigenous Land Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 2, 2008, pp. 377-399.

cercano a la esfera latinoamericana. En consecuencia, en este caso, la Corte Suprema de este país señaló que:

[i]n contemporary international law, the right to property is regarded as including the rights of indigenous peoples to their traditional lands and natural resources. Belize is a party to several international treaties such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) 999 U.N.T.S. 171; the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), 660 UNTS 195; and The Charter of the Organization of American States (OAS) 119 UNTS 3; all of which have been interpreted as requiring states to respect the rights of indigenous peoples over their land and resources.

Luego, la Corte Suprema continuó diciendo:

[f]or example, in the case of *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua* 79 Inter-Am. Ct.H.R. (Ser C) (2001) that Court held that: “Among indigenous peoples there is a communitarian tradition regarding a communal form of collective property of the land, in the sense that ownership of the land is not centered on an individual but rather on the group and its community. Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to love freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations”.<sup>149</sup>

Como se ha dicho, resulta aún más interesante este fallo si se considera que Belice es parte de la OEA pero no de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, no ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aun así recurre a la jurisprudencia y a las enseñanzas de esta Corte, lo que demuestra que su influencia en los ordenamientos internos de los Estados del continente (interacción vertical) va más allá de únicamente aquellos Estados que son formalmente parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>149</sup> Supreme Court of Belize: *Aurelio Cal et al. vs. Attorney General of Belize*, (Claim 121/2007) (18 de octubre de 2007) (Mayan land rights), párrafos 120 y 121, p. 59.



## V. CONCLUSIÓN

Si consideramos que el corazón de la justicia constitucional del tercer milenio reside en la justicia de los individuos y pueblos, entendiendo por tal aquella justicia que apunta a otorgar una protección efectiva a la dignidad humana y a los derechos humanos —el corazón de una Constitución real, substancial, material—, en este caso, la actividad de la Corte IDH, intérprete supremo y último de los derechos humanos en el Continente americano, podría ser comprendida como un acto de justicia constitucional.

En este sentido, las enseñanzas de la Corte IDH apuntarían a construir una justicia constitucional regional, al menos, latinoamericana, que fijaría principios y estándares de valor constitucional, con vocación regional. Estos principios y estándares interamericanos que portan un valor constitucional contribuyen a crear un espacio constitucional latinoamericano, con aspiración americana, que los Estados de la región deberían compartir o, al menos, deberían tender a confluir. De esta manera, se podría apreciar, en ciernes, la generación de un orden constitucional americano. En esta línea, podemos encontrar principios y estándares constitucionales referidos a diferentes derechos tales como libertad de expresión, acceso a la justicia, derechos del niño, derechos políticos, y, por supuesto, también, en el orden de los derechos indígenas.

De una manera más amplia, los derechos humanos pueden ser abordados como un orden constitucional del derecho internacional público, como una superestructura que irradia a todas las otras normas y que determina su validez. De este modo, se puede observar a las jurisdicciones internacionales y regionales de derechos humanos como substanciales jurisdicciones constitucionales. La labor que realizan los órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales de derechos humanos se asemejaría a la actividad de las cortes constitucionales, cuya labor esencial, hoy en día, la constituye la protección de los derechos fundamentales, función propiamente constitucional. Esta interpretación corresponde a una visión de la función primordial de la justicia constitucional centrada en el individuo y su dignidad. De tal forma, el fin constitucionalmente amparable es el ser humano y ya no, como en la visión de Kelsen, la protección de la Constitución, como norma fundamental.

La consideración de los instrumentos internacionales de derechos humanos principales como reales instrumentos constitucionales y estructura-

les de un orden público contribuye, asimismo, a reforzar esta idea, en este caso concretizada en el Continente americano. En este contexto, el proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas podría ser considerado, en el futuro, como la carta fundamental de los derechos humanos de los pueblos indígenas del continente. La experiencia que se ha tenido con la Carta Democrática Interamericana —que ha determinado los estándares mínimos en materia de democracia para el continente— permite respaldar esta idea.

Se señaló al comienzo de este trabajo que la elección de los derechos humanos de los pueblos indígenas para la realización de este ejercicio práctico obedecía a la riqueza que ofrecían estos derechos para ejemplarizar el surgimiento de un *ius constitutionale comune*. Además, la presencia de la diversidad cultural indígena constituye un rasgo distintivo de la región, y su reconocimiento jurídico refleja un singularismo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Con todo, cabe agregar que el reconocimiento de derechos humanos etnoespecíficos y colectivos de los pueblos indígenas no pone en duda, de ningún modo, el universalismo de los derechos humanos.

Una breve revisión de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de los derechos humanos de los pueblos indígenas, permite extraer una serie de principios y estándares de valor constitucional. Estos principios constitucionales han penetrado con fuerza el orden interno de los Estados, generando, de esta manera, una base constitucional común. Las reformas constitucionales que en la casi totalidad de los Estados latinoamericanos han reconocido, en mayor o menor medida, los pueblos indígenas y sus derechos humanos colectivos han contribuido a este orden constitucional común. Del mismo modo lo ha hecho la relevante actividad jurisdiccional constitucional de los diversos Estados de la región.

El eje constitucional de la labor de la Corte IDH respecto de los derechos de los pueblos indígenas se ha centrado en el derecho a la vida digna, en la subsistencia física y cultural de estos pueblos, y en la especial relación del hombre y de estas comunidades con sus tierras, territorios y recursos naturales. Incluso, en el caso del derecho de los pueblos indígenas a la tierra, territorios y recursos naturales se puede apreciar una incursión de la Corte IDH en la fijación de parámetros administrativos a partir de los estándares y principios constitucionales comunes establecidos en los instrumentos de derechos humanos de carácter constitucional, y desarrollados por la jurisprudencia de la propia Corte IDH.