**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL**

**JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

**CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA**

**SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2020**

***(Fondo, Reparaciones y Costas)***

1. Con el reiterado respeto por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también “la Corte” o “el Tribunal”), me permito formular el presente voto parcialmente disidente. El voto se centra en el análisis de fondo que realizó la Corte acerca de la responsabilidad internacional del Estado (en adelante “el Estado”, “República de Argentina” o “Argentina”) por la violación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana”, “Convención” o “CADH”). Por un lado, considero oportuno reafirmar y profundizar las inconsistencias lógicas y jurídicas de las que adolece la teoría de la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante “DESCA”) a través del artículo 26 de la Convención Americana, que ha sido asumida por la mayoría de los jueces del Tribunal desde el caso *Lagos del Campo Vs. Perú.* Por otro lado encuentro pertinente reflexionar en torno a las medidas de reparación, su grado de especificidad y pormenorización, así como los retos y complejidades a la hora a la hora de supervisar el cumplimento de medidas otorgadas bajo la novedosa lógica de la autonomía del artículo 26.
2. En particular, explicaré mi discrepancia respecto de los puntos resolutivos 3[[1]](#footnote-1), 15[[2]](#footnote-2) y 17[[3]](#footnote-3). Mi análisis se realizará en el siguiente orden: A) algunas consideraciones generales en torno a la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana y los DESCA; B)la necesidad de ponderación y equilibrio entre los derechos de los pueblos indígenas y tribales y los derechos de terceros; C) los problemas en la sustracción del contenido y alcance del derecho a la propiedad comunal contenido en el artículo 21 de la Convención Americana para proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales; D) la eficacia jurídica directa de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sin necesidad de legislación que la regule, y E) los inconvenientes en la supervisión de cumplimiento relativos a la periodicidad y pormenorización de la medida de reparación sobre la restitución de las tierras.

**A) Consideraciones generales en torno a la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana y los DESCA**

1. En el presente voto, no pienso extenderme en mi posición sobre la compleja dinámica judicial relativa al artículo 26, que inauguró el *caso Lagos del Campo Vs. Perú* y sobre la cual he tenido oportunidad de pronunciarme en votos parcialmente disidentes a los casos *Lagos del Campo Vs. Perú*[[4]](#footnote-4), *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*[[5]](#footnote-5), *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*[[6]](#footnote-6)*, Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala[[7]](#footnote-7), Muelle Flores Vs. Perú[[8]](#footnote-8),* ***Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú[[9]](#footnote-9)* y *Hernández Vs. Argentina****[[10]](#footnote-10)***,así** como de mis votos concurrentes a los casos *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*[[11]](#footnote-11)*, Poblete Vilches y otros Vs. Chile*[[12]](#footnote-12)*,* y *Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala[[13]](#footnote-13),* al igual que mi voto concurrente en la *Opinión Consultiva Oc\_23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos*[[14]](#footnote-14).
2. El objetivo de mi mención al artículo 26 en este caso en concreto, es demostrar cómo después de transcurridos tres años desde la primera Sentencia que inauguró la nueva interpretación, lo que vaticine en su momento, se ha convertido en una realidad. Efectivamente, en mi voto concurrente del caso *Lagos del Campo Vs. Perú* exprese:

espero que el presente Voto contribuya como reflexión para entender la dimensión de la decisión que la mayoría de la Corte IDH adoptó en este caso, y se visibilicen las principales problemáticas que se generan a partir de la misma. **Solo la crítica sincera y el debate abierto y público puede ayudar a mitigar, hasta cierto punto, los riesgos de legitimidad y de inseguridad jurídica que se puedan desprender de esta Sentencia**.

1. **La decisión que ha emitido la Corte IDH en el presente caso, demuestra que el temor que en su momento sentí se ha materializado y lo que es peor, pareciera no tener limite. Al respecto, considero necesario reiterar cuatro aspectos puntuales, previos al análisis profundo sobre las problemáticas del cambio jurisprudencial emprendido por el Tribunal en la aproximación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.**
2. **En primer lugar, siguiendo mi posición relativa a los DESCA, la carencia de sustento normativo que supone el hecho que por vía de peticiones individuales se determinen violaciones a estos derechos de manera autónoma, no puede ser obviada. Reitero que el Tribunal no tiene esta competencia de manera expresa, ni por la Convención Americana, ni por el artículo** 19.6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo adelante “Protocolo de San Salvador”), interpretados a la luz de los artículos 30 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
3. En este sentido debo hacer notar que, en los acápites de la sentencia referidos al derecho a un medio ambiente sano y al derecho a la alimentación adecuada, se citan expresamente los artículos 11 y 12 del Protocolo de San Salvador para afirmar que el Estado argentino ha reconocido la existencia de estos derechos. Sin embargo, se continúa omitiendo frontalmente que, tanto Argentina como todos los demás Estados que han ratificado el Protocolo, decidieron en su artículo 19 admitir la presentación de peticiones individuales únicamente respecto de los derechos contenidos en los artículos 8 a) y 13 del mismo instrumento. En este punto, ya no estoy seguro de cuál estrategia argumentativa me parece más problemática, si aquella en la cual se omite por completo la existencia del Protocolo de San Salvador en el marco normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”), o aquella en que se referencian instrumentos internacionales de *soft law* según conveniencia. En todo caso, en esta sentencia, como en otras en las que se determina la responsabilidad estatal por violación directa del artículo 26 no se ha abordado un debate profundo sobre el fundamento de la justiciabilidad de los DESCA y se han transgredido los límites claramente definidos en los tratados que establecen la competencia contenciosa de este Tribunal.
4. En segundo lugar, siguiendo la práctica reciente sobre DESCA, nuevamente la mayoría hace un uso inadecuado del principio *iura novit curiae* para analizar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas, particularmente en lo que respecta al derecho al agua, supuestamente contenido en el artículo 26 de la Convención. Entendíamos ya superado el inadecuado uso de este principio en las sentencias en materia de DESCA, con la decisión del *caso Hernández Vs. Argentina.* En dicho caso, relacionado con la violación a la integridad personal de una persona detenida que contrajo meningitis T.B.C. y que fue privada de la atención médica adecuada, la Corte no aplicó el principio *iura novit curiae*. En dicho caso, cuyo fallo es del 29 de noviembre de 2019, la Corte no analizó las violaciones ocurridas desde una perspectiva del derecho a la salud y el derecho a la alimentación, supuestamente contenidos en el artículo 26, sino que en cambio lo hizo, como venía haciéndolo antes del cambio jurisprudencial de 2017, desde la perspectiva del derecho a la integridad personal. Desde esta óptica parecía que la Corte retornaba al sensato camino hacia la violación de los DESCA en conexidad con otros artículos de la Convención. Sin embargo, **la presente Sentencia vuelve a lógica de violación autónoma de los DESCA y además reitera la utilización del principio** *iura novit curiae* en lo que atañe al derecho al agua sin acudir a criterios de razonabilidad y pertinencia.
5. Aunado al uso inadecuado del principio *iura novit curiae*, el desarrollo del derecho al agua en esta Sentencia presenta dificultades profundas en su fundamentación. En algunas de las sentencias en las que la Corte declara la vulneración de los DESCA, se ha partido de una interpretación equivocada de la remisión que hace el artículo 26 de la CADH a la Carta de la OEA, según la cual se deja al arbitrio de los jueces y juezas de la Corte la creación del catálogo de derechos que fundamenta el análisis de la responsabilidad de los Estados, a partir de las expectativas presentadas por estos en la Carta de la OEA. En efecto, ya he mencionado en varias oportunidades que la Carta no contiene un catálogo de derechos, lo cual implica en la práctica que, el operador judicial termina justificando la justiciabilidad directa del derecho, a partir de una mención vaga que se haga del mismo dentro de este texto. Así, por ejemplo, se busca la expresión “salud” dentro del listado de metas que establece la Carta de la OEA, se le adhieren un número importante referencias a instrumentos que hacen parte del “corpus iuris” internacional y, con base en esa simple mención se declara que el derecho subjetivo es parte del artículo 26 de la Convención y, por tanto, exigible ante la Corte IDH.
6. Sin embargo, en esta Sentencia el Tribunal va mucho más allá, la Carta de la OEA no contiene ninguna referencia al derecho al agua, lo cual no permite realizar la secuencia argumentativa que he venido describiendo. Por tanto, decide que ya no es necesario buscar siquiera la mención dentro de la Carta de la OEA a un derecho que se pretende justiciable, si su existencia se extrae de otros derechos referenciados en esta, así se afirma en el párrafo 222: “El *derecho al agua* se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua”. Con esta interpretación se podría afirmar que, el artículo 26 de la CADH contiene todos los derechos que se quieran hacer justiciables en un caso concreto, y no es necesario que hayan sido alegados por las partes o que aparezcan, aunque sea someramente, estén mencionados en la Carta de la OEA. Bastará con hacer largas citas sobre otras declaraciones, tratados o documentos de soft law, además de hacer referencia a “un vasto corpus iuris” para crear una obligación internacional para los Estados. Es precisamente a esto a lo que me refería en mi voto en el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, cuando hablaba de la inseguridad jurídica que este tipo de interpretaciones genera. Los Estados actualmente no tienen cómo saber, anticipar o incluso defenderse de posibles vulneraciones al artículo 26 de la Convención por las cuales podrían ser condenados ante la Corte IDH.
7. En cuarto lugar, e independientemente de los problemas que expondré sobre los alcances del artículo 21 de la CADH, quisiera hacer notar lo problemática que resulta la definición y análisis sobre la interdependencia de los derechos que se realizó en la presente sentencia. En efecto, se escribe todo un acápite para mostrar como los “nuevos” derechos contenidos en el artículo 26 están tan relacionados entre sí, que no es necesario hacer un análisis concreto de responsabilidad del Estado para cada uno. Por tanto, se hace una mención de los hechos probados del caso y se dan por vulnerados de forma conjunta los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación, al agua y “a participar en la vida cultural”. Al respecto, solo quiero recalcar que el hecho de que los derechos humanos esten interrelacionados e incluso se consideren inescindibles, no implica que no sean diferenciables entre sí y que, en consecuencia, cada uno tenga su propio alcance. Al realizar un análisis conjunto, sin diferenciar los derechos, no quedan claras cuáles son las obligaciones que cada uno de estos conlleva y las acciones concretas que puede emprender el Estado para evitar su vulneración. Incluso una visión tan abierta de la interdependencia de los derechos podría generar un absurdo como entender que al estar todos de una u otra forma relacionados, cualquier tipo de vulneración conllevaría la violación de todos los derechos contenidos en la Convención. Dotar de contenido y establecer los alcances de los derechos es de suma importancia para que las personas los entiendan y los Estados los acaten, pero es aun más relevante en estos casos en los que, como ya mencione, se están generando nuevos derechos en el marco del artículo 26 de la CADH.

**B) Necesidad de ponderación y equilibrio entre los derechos de los pueblos indígenas y tribales y terceros**

1. En el presente caso no existe una discusión sobre el derecho de los pueblos indígenas al territorio reclamado, la controversia versa sobre el accionar del Estado para asegurar dicho derecho y, particularmente, en que se haga efectivo el acuerdo entre el Estado, los colonos y las comunidades indígenas. Se trata entonces de una condena *sui generis* en tanto el conflicto no reside en el territorio reclamado sino en las acciones tomadas por el Estado para hacer efectivo este territorio; un conjunto de políticas públicas y actuaciones estatales, cuya realización supondría crear las condiciones para que los colonos puedan ser trasladados a lotes en los que se les otorgará la propiedad privada.
2. En la Sentencia, además del incumplimiento por parte del Estado de lo que había acordado previamente con los involucrados, se deciden una serie de violaciones a los derechos humanos de las comunidades indígenas. Sin embargo, considero importante no perder de vista que, en este caso, el incumplimiento del Estado argentino afecta también los derechos de las de personas campesinas que viven en similares condiciones de pobreza y precariedad en este territorio. Durante la diligencia *in situ* practicada en el marco de la tramitación de este caso tuve la oportunidad de evidenciar de primera mano estas condiciones, pero por las limitaciones de competencia de la Corte en casos contenciosos, se impide la participación de estos grupos de personas, pues no son alegadas víctimas en el proceso.
3. Si bien la Corte ha recibido y valorado todos los elementos probatorios que se han presentado en el proceso y ha tenido muy presente la situación de vulnerabilidad de los campesinos, es necesario repensar la dinámica de los procesos sobre derechos de la población indígena y tribal. Particularmente, cuando se deciden situaciones derivadas del artículo 21 de la Convención que afectan o involucran a grupos de colonos, campesinos o criollos, que como terceros no tienen participación directa en el proceso. Especialmente teniendo en consideración que estas problemáticas, usualmente van acompañadas de actos de violencia, acoso, muertes, o desplazamiento. Estas decisiones deben estar siempre ponderadas, y buscar un equilibrio con los derechos de terceros, en un contexto de diálogo, conciliación y exclusión de factores que puedan contribuir a generar o profundizar situaciones de violencia.

**C) Problemas en la sustracción del contenido y alcance del derecho a la propiedad comunal (artículo 21 de la Convención Americana) para proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales**

1. Posiblemente uno de los mayores y más innovadores desarrollos jurisprudenciales de la Corte ha sido su jurisprudencia respecto de pueblos indígenas y tribales. Con pronunciamientos sin precedentes de parte de un tribunal internacional, la Corte ha delimitado las obligaciones estatales en torno al derecho a la propiedad comunal, a la consulta previa, a los derechos políticos, al principio de no discriminación, entre otros, derechos esenciales de los miembros de estas comunidades. Es por ello que, con mucha sorpresa y desavenencia observo cómo el propósito de extender la jurisprudencia sobre justiciabilidad de los DESCA ha resultado, de manera desfavorable para los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Hasta antes de la emisión de esta decisión, la postura constante y reiterada del Tribunal fue la protección de dichos derechos en conexidad con el artículo 21 Convención. En esta ocasión, la mayoría de la Corte ha optado por extender la dinámica jurisprudencial de los DESCA, de manera tal que los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a su identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua se encuentran establecidos en el artículo 26 de manera autónoma. Esta nueva interpretación del artículo 26 de la Convención como fuente de derechos justiciables y autónomos implica un cambio trascendental en la fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.
2. De ninguna manera, mi posición debe entenderse como contraria al reconocimiento de los derechos a la vida cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada o al agua de los pueblos indígenas. Todo lo contrario, considero que en este caso en particular su violación se dio en conexidad con el derecho a la propiedad comunal, consagrado en el artículo 21) de la Convención, y no de manera independiente como una violación al artículo 26. Soy de la opinión que este desafortunado cambio jurisprudencial, no sólo incide de manera indirecta en una mayor desprotección de los derechos de los pueblos indígenas, sino que además supone un profundo grado de desconocimiento de las características esenciales de sus derechos de los pueblos indígenas por las siguientes razones.
3. En primer lugar, bajo la excusa de una supuesta protección directa a estos derechos desde la perspectiva del artículo 26 de la CADH, se está obviando el actual desarrollo y protección que este Tribunal ha realizado a los pueblos indígenas y tribales a lo largo de su jurisprudencia. Tal como había señalado, en el presente caso la controversia no reside en el derecho de las comunidades indígenas sobre los territorios reclamados, sino sobre el acccionar del Estado para hacer efectivo lo acordado. Tal vez, es por ello que parece no tenerse en cuenta la importancia que le ha dado la Corte en su jurisprudencia a la propiedad comunal, su contenido y alcance. Dicho derecho, contenido en el artículo 21 de la Convención, tal como lo había entendido la Corte hasta esta Sentencia, no sólo incluye la “certeza geográfica”, además de la demarcación, delimitación, titulación[[15]](#footnote-15) y reconocimiento en la práctica de un territorio[[16]](#footnote-16), sino también un cúmulo más grande de otros derechos, tales como, el derecho a la identidad cultural, el derecho a la consulta previa o,al medio ambiente sano.
4. Desde su primera Sentencia relativa al derecho a la propiedad comunal, emitida en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua,* la Corte mediante una interpretación evolutiva entendió que el derecho a la propiedad privada, comprendía la vinculación entre la propiedad indígena y la identidad cultural. Puntualmente, determinó que “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”[[17]](#footnote-17). A partir de entonces, la Corte ha venido ahondando en el alcance y contenido de este derecho a la identidad cultural y al medio ambiente sano siempre vinculado al derecho a la propiedad comunal, en tanto que dicha concepción de propiedad incluye “los recursos naturales ligados a su cultura […], así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos”[[18]](#footnote-18). En este sentido, el derecho a la identidad cultural y los derechos medioambientales siempre se había considerado como elementos inherentes e indisolubles del derecho a la propiedad comunal; constituyendo dos caras de una misma moneda. El axioma tierra, cultura y recursos para asegurar la supervivencia, tanto material como espiritual de los pueblos indígenas y tribales, se había constituido entonces como una cuestión esencial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana[[19]](#footnote-19). Así, una concepción distanciada del artículo 21 de la Convención, como la que se propone en esta sentencia no sólo es jurídicamente incorrecta, sino que se aparta de fundamentos antropológicos y sociológicos esenciales que describen y fundamentan la particularidad de las poblaciones indígenas y tribales. Estos quedaron evidenciados incluso en el caso en particular, a través de los peritajes y la prueba por ejemplo, la perita Yáñez Fuenzalida concluyó que “si no se reconoce la propiedad comunal indígena se podría vulnerar otros derechos conexos como son [, entre otros,] el derecho a la identidad cultural, a la supervivencia organizada como pueblo [y] a la alimentación”[[20]](#footnote-20).
5. En segundo lugar, al quitarle el sustento del artículo 21 de la Convención al derecho a la identidad cultural y al medio ambiente sano, se corre el peligro de debilitar la singularidad de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Bajo la excusa de una protección directa y autónoma de los DESCA desde una óptica del artículo 26 de la CADH, se sujeta a dichos pueblos a las mismas condiciones de la población general, desconociendo sus características singulares, propias y diferenciadas. Sobre el particular la jurisprudencia de la Corte ha sido clara en señalar que el derecho de los pueblos indígenas a su territorio no se trata de un privilegio para usar la tierra, sino de un derecho de cuya satisfacción depende su existencia[[21]](#footnote-21). Sin duda, lo que correspondía en este caso, si se buscaba profundizar en una protección multinivel, era no generar una disociación tan amplia entre la pertenencia territorial y los derechos medioambientales y culturales, sino determinar la violación al artículo 21 en relación con el artículo 26 de la Convención.
6. En tercer lugar, este cambio del sustento jurídico del artículo 21 al 26 de la Convención no sólo constituye un inadecuado entendimiento de las particularidades de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sino que también abre una peligrosa puerta a incorrecta aproximación de la efectividad de las obligaciones estatales en torno a ellos. No queda duda que, si se hubiera declarado una violación al artículo 21 de la CADH en conexidad con los derechos a vida cultural, en lo atinente a su identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, existiría una obligación inmediata y efectiva de cumplimiento por parte del Estado. No obstante, la letra fiel del artículo 26 de la Convención establece específicamente que las obligaciones contenidas en él son de naturaleza “progresiva”. Es decir, son exigibles en función de la suficiencia de las políticas públicas y de la capacidad del Estado para materializarlas. Los DESCA por naturaleza son derechos que dependen en su satisfacción de la existencia de condiciones materiales. Igualmente, no se trata de derechos “homogéneos”, ya que tienen un alcance diverso según las capacidades económicas y las características propias del Estado y su aparato burocrático. En esta medida no existiría un estándar uniforme de cumplimiento de estas obligaciones, sino que su contenido podría depender de las acciones determinadas que cada Estado esté en posibilidades de realizar. El error de desligar el fundamento de los derechos indígenas del artículo 21 de la Convención esta en la mengua de su perentoriedad. Somos del entendimiento, como lo había sido la Corte hasta este momento, que los derechos humanos de las personas miembros de comunidades indígenas y tribales no pueden estar sujetos a condicionamientos relativos a la progresividad de derechos, sino que son derechos de inmediato y efectivo cumplimiento.
7. En cuarto lugar, otro factor a destacar es la precariedad de la mayoría que tomó la decisión, avalada por el voto de calidad de la Presidenta. No obstante, la validez y suficiencia de mayoría para tomar la decisión conforme las normas estatuarias y reglamentarias del Tribunal, esta particularidad en alcanzar la mayoría pone en manifiesto que se trata de un tema que merece consenso, y una mayor consistencia en su construcción. En la medida en que se oriente más a una protección eficaz de los derechos y menos a una elaboración jurisprudencial aparentemente innovadora, que en todo caso dista mucho de ser consolidada.
8. En quinto lugar, tal como he sostenido en mis votos concurrentes y disidentes en materia de DESCA, el análisis por conexidad de las violaciones puede llegar a generar el mismo resultado práctico que el propuesto análisis “autónomo” que ha propuesto la mayoría en sentencias recientes. Por supuesto, la ventaja del análisis por conexidad es que protege derechos sin generar el desgaste institucional y la debilidad argumentativa y probatoria que suscita el análisis contrario.

**D) Los derechos de pueblos indígenas y tribales tienen eficacia jurídica directa y no es “necesaria” legislación interna que los desarrolle para que se hagan efectivos.**

1. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en materia de titulación, demarcación y delimitación, como en general los demás derecho de la población indígena son derechos de eficacia jurídica directa e inmediata. Es decir, éstos no requieren de leyes para su efectiva realización. De esta manera, la responsabilidad internacional se genera cuando se infringen y, por este motivo, la condena internacional no puede estar supeditada al desarrollo legislativo. En este sentido, la decisión de la mayoría puede generar múltiples dificultades. En la propia Sentencia se establece, de acuerdo con los párrafos 54 y 160, que “no puede dudarse de que el Estado reconoce el derecho de propiedad comunitaria indígena” y que el mismo “debe entenderse operativo, en cuanto el Estado tiene el deber inmediato e incondicionado de observarlo”. Se añade, incluso, la consecuencia lógica de esa premisa que es que “la eventual falta de disposiciones normativas internas no excusa al Estado”. No obstante, contradictoriamente se dispone que “las regulaciones normativas existentes no son suficientes para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos adecuados para tal fin”[[22]](#footnote-22).
2. La Corte ha señalado que el artículo 2 de la Convención “obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención”[[23]](#footnote-23). No obstante en el presente caso, tal como habíamos mencionado, la controversia residía en las acciones estatales adoptadas a nivel interno, es decir, se refería a la falta de debida diligencia de las autoridades que generó la inefectividad de las mismas y no necesariamente en las dificultades que presentaba el diseño de la normativa.
3. Sobre el particular, resulta ilustrativo el criterio de la Corte en circunstancias similares. En el *caso de los* *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá* los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana también alegaron la falta de un procedimiento adecuado y efectivo para la protección de los territorios indígenas frente a terceros[[24]](#footnote-24). La Corte constató que efectivamente en Panamá no existía un procedimiento específico para el lanzamiento de terceros ocupantes de territorios colectivos de las comunidades indígenas. Sin embargo, consideró que no era esencial ni necesario con base en el artículo 2 de la Convención, que se crearan instancias o acciones jurídicas y normativas específicas para asegurar los derechos de las poblaciones indígenas. En el presente caso se debió seguir el criterio anterior, pues considerar que la seguridad jurídica de la propiedad comunitaria indígena está supeditada a la existencia de regulación legislativa termina generando un efecto de desprotección y falta de eficacia jurídica directa de este derecho.
4. Debo señalar con preocupación, que, desde la perspectiva del precedente jurisprudencial, parece abrirse una excepción o por lo menos un motivo de dilación frente a las obligaciones estatales en relación con a los comunidades indígenas y tribales de nuestros países. Por supuesto, un tema aparte es la conveniencia de la adopción de leyes para la protección. Sin duda, es deseable y oportuno que haya desarrollos normativos de protección de derecho, pero de ninguna manera se puede esperar a que exista esta estructura o arquitectura jurídica para que los derechos humanos sean efectivos a nivel interno.

**E) Inconvenientes en la supervisión de cumplimiento relativos a la periodicidad y pormenorización de la medida de reparación sobre la restitución de las tierras**

1. Finalmente, pero no menos importante, quisiera referirme a los inconvenientes que genera el Punto Resolutivo 17 que impone al Estado la obligación de presentar informes semestrales sobre el cumplimiento de la medida de reparación relativa a la restitución de tierras. Es decir, sobre el deber estatal de “adoptar y concluir las acciones necesarias, sean estas legislativas, administrativas, judiciales, registrales, notariales o de cualquier otro tipo, a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título colectivo que reconozca la propiedad de todas las comunidades indígenas víctimas sobre su territorio”[[25]](#footnote-25).
2. En primera línea debo señalar que no soy contrario a la adopción de dicha medida de reparación, ya que considero que en el caso existió una violación al artículo 21 de la Convención. No obstante, creo que los criterios con base en los cuales se pretende adelantar su supervisión son desproporcionados, en términos generales mi oposición se sustenta en la forma en que recientemente el Tribunal está realizando la supervisión de cumplimiento de sus Sentencias, mediante actividades que en virtud del principio de complementariedad, no le corresponden. En el presente caso la Corte determinó que “fiscalizará” de manera pormenorizada y en periodos extremadamente cortos, cada seis meses, el cumplimiento de esta medida de reparación. Considero que con estos propósitos la Corte se perderá entre planes de acción, actividades concretas y objetivos a corto, mediano y largo plazo. Todas sí, actividades absolutamente necesarias para garantizar la efectividad de los derechos, pero que no requieren la supraviligencia directa de un tribunal, menos aún uno internacional. En definitiva, con esta medida se está tejiendo una hebra más que podría hacer inoperable los buenos propositos que persigue la sentencia.
3. Adicionalmente debo señalar, que no queda claro el grado de responabilidad, ni de especificidad que tendrá la Corte a la hora de supervisar esta medida. Es decir, ¿será la Corte quién apruebe los planes específicos? ¿cada seis meses el Tribunal emitirá una nueva Resolución de supervisión de cumplimiento dando luz verde o rechazando las acciones específicas? Más allá de las limitaciones teóricas y jurídicas, que surgen de la propia letra de la Convención que establece las competencias del Tribunal y su naturaleza complementaria, se encuentran las restricciones prácticas de que en este complejo ir y venir entre el actuar estatal e internacional haga que el Tribunal se convierta en una suerte de contraloría de las actividades estatales. En sentido similar, en el *caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia* que tiene que ver con la responsabilidad internacional del Estado por la violación al derecho a la vida y libertad de expresión de un periodista, la Corte ordenó sin límite temporal que el Estado remitiera los informes periódicos que envía a los organismos especializados de la OEA y de las Naciones Unidas, relacionados con las medidas implementadas para la prevención y protección de los periodistas en Colombia.
4. Cabe preguntarse si estas medidas no están siendo ordenadas por un afán de progatonismo institucional que termine por ampliar desmesuradamente las actividades de supervisión de cumplimiento. Lo que además podría implicar una confrontación directa con las funciones de otras instituciones como es la Comisión Interamericana, cuyas tareas de monitoreo, prevención e incidencia son fundamentales en el marco de las respectivas competencias de los órganos del SIDH. Es mi deber advertir que esta tendencia en la búsqueda abordajes estructurales, sin vulneraciones específicas a derechos, tanto en materia de supervisión de cumplimiento como en medidas provisionales, no corresponde a las funciones de este Tribunal y puede terminar minando la eficacia de sus decisiones.

Humberto Antonio Sierra Porto

Juez

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

1. El Estado es responsable por la violación a los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de las 132 comunidades indígenas señaladas en el Anexo V a la presente Sentencia, en los términos de sus párrafos 195 a 289 [↑](#footnote-ref-1)
2. El Estado, en un plazo razonable, adoptará las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, en los términos señalados en los párrafos 354 a 357 de la presente Sentencia. [↑](#footnote-ref-2)
3. El Estado rendirá al Tribunal los informes semestrales ordenados en el párrafo 344 de la presente Sentencia. [↑](#footnote-ref-3)
4. *Cfr.* ***Caso Lagos del Campo Vs. Perú.*** *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. **Voto parcialmente disidente del Juez Antonio Humberto Sierra Porto.**  [↑](#footnote-ref-4)
5. *Cfr. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344. **Voto parcialmente disidente del Juez Antonio Humberto Sierra Porto.** [↑](#footnote-ref-5)
6. *Cfr.* ***Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.** [↑](#footnote-ref-6)
7. *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359**. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.** [↑](#footnote-ref-7)
8. *Cfr.* ***Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.** Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Cfr. Caso* ***Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394.** Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Cfr.* ***Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador.*** *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. **Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.** [↑](#footnote-ref-11)
12. *Cfr.* ***Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra *Porto.*** [↑](#footnote-ref-12)
13. *Cfr. Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387. Voto concurrente **del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.** [↑](#footnote-ref-13)
14. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23. [↑](#footnote-ref-14)
15. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 153. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, párr. 133. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párrs. 148, 149 y 151. También, en sentido equivalente: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párrs. 131 y 132; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 173, párr. 90. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 137. En el mismo sentido, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones.* Sentencia de 27 de junio de 2012. **Serie C No. 245**, párr. 145; *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de octubre de 2014. **Serie C No. 284**, párr. 111 y 112; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* *S*entencia de 8 de octubre de 2015. **Serie C No. 304**, párr. 165; *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 8 de octubre de 2015. **Serie C No. 324**, párr. 100; *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2015. **Serie C No. 309**, párr. 129*, y* Caso Pueblo Indígena Xucuru, párr. 115. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Cfr. Derechos humanos y cuestiones indígenas Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión.* 4 de febrero de 2002. Doc. E/CN.4/2002/97, párr. 57. [↑](#footnote-ref-19)
20. En igual sentido, el escrito de *amicus curiae* de DPLF y otras organizaciones destacó el vínculo entre la alimentación y la titulación adecuada de la tierra. Expresó que si bien la violación del derecho a acceder a alimentos culturalmente adecuados se encuentra estrechamente vinculado a la violación del aspecto territorial, y pueden derivar del mismo acto detonante de responsabilidad estatal (como la omisión de expedir un título de propiedad a favor de la comunidad), es importante mantener una distinción conceptual de ambos aspectos para “percibir de forma holística la gravedad” de la lesión a los derechos. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, párr. 211, y *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 117.

    [↑](#footnote-ref-21)
22. Párrafo 353. [↑](#footnote-ref-22)
23. *Cfr. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 51, y Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 140. [↑](#footnote-ref-23)
24. ***Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párrs. 188 a 198** [↑](#footnote-ref-24)
25. Párrafo 327. [↑](#footnote-ref-25)