

LOS **DERECHOS** DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS
UNA VISIÓN DESDE EL
SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Karla **Quintana**
Rogelio **Flores**
(Coordinadores)

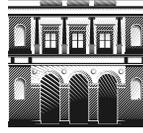


**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO



CENTENARIO
DE LA **CONSTITUCIÓN**
Política de los Estados Unidos Mexicanos
~ QUERÉTARO ~

Colección
Constitución y Derechos



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Los derechos de los pueblos indígenas

Una visión desde el sistema interamericano
de protección de los derechos humanos

Karla Quintana
Rogelio Flores
(coordinadores)



Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
México, 2017

Primera edición: diciembre de 2017

*Los derechos de los pueblos indígenas
Una visión desde el sistema interamericano
de protección de los derechos humanos*

© Karla Quintana
Rogelio Flores

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-37-0

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
Mariana Miranda López
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Antonio Rangel
Diseño de portada

Contenido

I. Algunas reflexiones sobre la evolución en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el Sistema Interamericano.....	13
1. Introducción.....	13
2. Propiedad comunal.....	15
3. Consulta previa.....	24
4. Vida digna.....	33
5. Discriminación.....	34
6. Libertad de conciencia y religión.....	38
7. Participación política.....	40
8. Mujeres indígenas.....	41
9. Desplazamiento forzado.....	43
10. Otros temas sustantivos.....	44
11. Medidas de protección.....	45
12. A manera de conclusión.....	46
Bibliografía.....	48
Jurisprudencia.....	49
II. Por un fundamento ético-jurídico de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales.....	51
1. Introducción.....	51
2. La evolución del derecho de los pueblos indígenas en el constitucionalismo latinoamericano.....	53

2.1. La era del constitucionalismo liberal	53
2.2 La era del constitucionalismo social y de los modelos constitucionales multiculturales	57
3. El reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas	60
3.1 De la ausencia de reconocimiento indígena hacia el modelo integracionista	60
3.2 La consolidación de la autodeterminación y participación directa de los pueblos indígenas a través de la consulta previa, libre e informada	64
4. Fundamento jurídico de la consulta previa, libre e informada	68
5. Por un fundamento ético del ejercicio diferenciado de derechos fundamentales por parte de los pueblos indígenas	71
6. Consideraciones finales	75
Bibliografía	76
III. Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales vinculados con la propiedad territorial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	79
1. Exordio	79
2. El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las excepciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de pueblos indígenas y tribales.	82
2.1. Propiedad colectiva o comunal	87
2.2. Sujetos de derechos colectivos.	89
3. Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales vinculados con la propiedad	93
3.1. El medioambiente sano	94

3.2. Medicina tradicional	102
3.3. Alimentación tradicional	105
3.4. Derecho a la vida cultural	109
4. Algunos “problemas” de justiciabilidad a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	115
4.1. El alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	116
4.2. Establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un Protocolo Adicional a la Convención Americana	119
4.3. La incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	121
4.4. Los métodos de interpretación vs. interpretación evolutiva	122
4.5. La imposibilidad de la aplicación del principio pro persona	124
4.6. La imposibilidad de utilizar el derecho comparado	125
5. Hacia una justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales en el Sistema Interamericano	127
6. Conclusión	134
Bibliografía	135
Documentos internacionales	138
Jurisprudencia	138
 IV. Más allá del derecho a la consulta previa: Derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano frente a proyectos de inversión, desarrollo y extracción	 143
1. Introducción	143
2. Tras quince años de <i>Awás Tingni</i> : breve mirada a la jurisprudencia interamericana en materia del derecho a la propiedad colectiva	147

3. Algunas reflexiones críticas en torno al derecho a la consulta	157
4. Derechos de los pueblos indígenas y tribales frente a proyectos de extracción, desarrollo o inversión: pensando fuera de la caja del derecho a la consulta	165
4.1. Deber de prevención de vulneraciones de derechos humanos y supervisión de la actividad empresarial durante el desarrollo del proyecto	171
4.2. El acceso a la justicia y la reparación integral de los derechos de los pueblos indígenas y tribales afectados por proyectos de extracción, desarrollo e inversión	176
4.3. Implementación de un marco normativo adecuado para la protección de los derechos de los pueblos indígenas frente a proyectos de extracción, desarrollo o inversión	181
Bibliografía	185
Jurisprudencia	186

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

Karla I. Quintana Osuna*

1. INTRODUCCIÓN¹

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

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

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

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

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

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

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

El reconocimiento en derechos de los pueblos indígenas y tribales no se ha limitado, sin embargo, al derecho de consulta, sino que se ha extendido a otros conflictos de territorio y a diversas violaciones a sus derechos como pueblo y como individuos. El presente trabajo está dividido en diferentes subtemas que resultan ser, a criterio de la autora, los más destacados para tener una visión general y descriptiva del desarrollo del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas por parte de los órganos del Sistema Interamericano.⁶

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

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

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

⁵ Un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”. Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1, inciso 1, literal *a* del Convenio 169 de la OIT. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párr. 79. Sin embargo, la Corte ha aplicado los estándares sobre protección de tierras ancestrales sin distinción alguna entre pueblos indígenas y tribales.

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

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

2. PROPIEDAD COMUNAL

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

temas abordados por el sistema. Tampoco pretende entrar en discusiones que, si bien son necesarias en el diálogo interjurisprudencial, así como en el relativo a las políticas y prácticas en la materia, se quedarán en el tintero para posteriores escritos. Véase MacKay, F., "From «sacred commitment» to justiciable norms. Indigenous peoples' rights and the Inter-American human rights system", en Salomon, M., Tostensen, A. y Vandenhole, W. (eds.), *Casting the Net Wider-Human Rights and Development in the 21st Century*, Amberes, Intersentia Press, 2007, pp. 371-394; Citroni, Gabriela y Quintana Osuna, Karla, "Reparations for Indigenous Peoples in the Inter-American Court", en *Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 317 y ss.

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

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

La Comisión Interamericana ha manifestado que “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica, sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”.⁹ La Corte Interamericana ha agregado que “la protección de la relación del territorio con los recursos naturales tradicionalmente usados, bajo el derecho a la propiedad comunitaria permitirá asegurar su subsistencia, respetando e integrando su propia «cosmovisión e identidad cultural y espiritual»”.¹⁰

En ese sentido, el primer caso ante la Corte Interamericana en relación con la propiedad comunitaria indígena es el de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*,¹¹ en el cual determinó que el derecho a disfrutar del derecho a la propiedad, protegido en el artículo 21 de la Convención Americana, incluye el derecho de los pueblos indígenas para la protección de su propiedad comunal. En ese sentido, la Corte destacó que:

[...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en

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

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

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

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

el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.¹²

En dicho caso, el Estado había faltado a su deber de delimitar y demarcar el territorio de la comunidad Awas Tingni, respecto del cual otras comunidades y el propio Estado consideraban que existían traslapes e, incluso, Nicaragua había otorgado concesiones de manejo forestal y tala a terceras personas. Dicha situación había creado “un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad [...] en cuanto no [sabían] con certeza hasta dónde se [extendía] geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, [desconocían] hasta dónde [podían] usar y gozar libremente de los respectivos bienes”.¹³ La Corte, en su sentencia, determinó que el modo de subsistencia, así como el uso y goce de la tierra habitada por la comunidad eran “llevadas a cabo dentro de un espacio territorial de acuerdo con un esquema de organización colectiva tradicional”.¹⁴

Por tanto, ordenó a Nicaragua delimitar, demarcar y titular el territorio de la comunidad y, además, abstenerse de realizar “hasta tanto no se [realizara] esa delimitación, demarcación y titulación, actos que [pudieran] llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”.¹⁵ En 2009, la Corte Interameri-

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

¹³ *Ibidem*, párr. 153.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 103, lit. e.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 153, inc. 2.

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

Después de la sentencia de *Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, existen tres sentencias importantes de la Corte Interamericana —a las que deben agregarse dos casos más conocidos exclusivamente por la CIDH— en cuanto al reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales. Nos referiremos a estos casos como “los casos paraguayos”.¹⁷

En las sentencias de los casos de las comunidades indígenas de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, ambos contra Paraguay, la Corte Interamericana hizo un análisis histórico llegando a la conclusión de que dichas comunidades habían habitado ancestralmente ciertos territorios del Chaco paraguayo, por lo que el Estado estaba obligado a devolvérselos, pese a que los mismos estuvieran a nombre de propietarios particulares, y aun cuando estuviesen siendo explotados. En ese sentido, la Corte especificó claramente que el hecho de que las tierras ancestrales de las comunidades estuvieran siendo productivas por los actuales propietarios no era razón justificada para no devolverlas. No obstante, el Tribunal previó en sus sentencias la posibilidad de que, en el caso de que no fuera posible reintegrarlas “por razones justificadas”, el Estado podía devolver tierras alternativas, siguiendo las propias for-

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

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

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

Tres años después de la sentencia de la *Comunidad Indígena de Sawhoyamaxa*,¹⁹ la Corte volvió a conocer de un caso similar, el de la *Comunidad Indígena de Xákmok Kásek*,²⁰ en cuya sentencia reiteró los estándares previamente establecidos, con un importante cambio. En una decisión sin precedentes jurisprudenciales en la Corte Interamericana, esta ordenó nuevamente a Paraguay reconocer, devolver y titular los territorios ancestrales, pero determinó que de no cumplirse la orden en el tiempo previsto —tres años—, el Estado tendría que pagar diez mil dólares por cada mes de retraso.²¹ Dicha decisión solo puede leerse, estimo, a la luz del incumplimiento total por parte del Estado paraguayo, hasta ese momento, de las sentencias en los casos de las comunidades *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa* en cuanto a la devolución de su territorio.

Es importante destacar que, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, Paraguay tituló, a principios de 2012,

¹⁸ “Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad”. Véase Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 115 y 117.

¹⁹ Es importante destacar, el cambio conceptual de la Corte en el *Caso de la Comunidad de Sawhoyamaxa* comparado con *Yakye Axa* en el acápite de reparaciones. En el caso de *Yakye Axa* la Corte ordenó la devolución del territorio dentro del concepto de “otras formas de reparación” y, en el caso de *Sawhoyamaxa* lo hace al inicio del capítulo de reparaciones en el entendido que sería una forma cercana a la *restitutio in integrum*.

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

²¹ *Ibidem*, párr. 288.

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

Si bien las acciones anteriores comparten un importante paso en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas, queda sin respuesta la orden de la Corte de que el Estado diera “razones justificadas” para no otorgar a las comunidades sus territorios ancestrales. Tal como se resaltó por la delegación paraguaya en audiencia pública sobre la supervisión del cumplimiento de este punto ante la Corte Interamericana,²⁴ luego de diversos intentos del poder ejecutivo por expropiar las tierras, las propuestas fueron frenadas por el poder legislativo con el argumento de que las tierras estarían siendo productivas —argumento inválido desde lo destacado en las propias sentencias de la Corte—. Ante el poco éxito, el poder ejecutivo, a través del INDI, intentó en varias ocasiones comprar las tierras, teniendo como respuesta, en algunos casos, el aumento exorbitante de precios por parte de los dueños actuales, por lo que se optó por la entrega de tierras alternativas, con el acuerdo de la comunidad.

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

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

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

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

cabo para adquirir las tierras que aquella reivindica, sin que existan avances concretos.²⁵ Además, no se sabe a ciencia cierta si el gobierno está pagando la cantidad ordenada por la Corte Interamericana en caso de que no restituyera las tierras a la comunidad en el plazo de tres años luego de la emisión de la sentencia, plazo que ya ha vencido.

Ahora bien, es importante destacar que meses antes de que Paraguay devolviera las tierras a la comunidad indígena de Yakye Axa, hizo lo propio con un cuarto caso, el de la comunidad de Kelyemagategma, en trámite ante la Comisión Interamericana y respecto del cual existe un informe de admisibilidad.²⁶ Asimismo, más de diez años antes, Paraguay había llegado a un acuerdo de solución amistosa en el que se concertó, entre otros, la devolución de las tierras a las comunidades indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapoyet —Riachito—. ²⁷

En 2013, la Comisión Interamericana presentó ante la Corte Interamericana el caso de los pueblos indígenas *Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, en el que se alegaba la violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de dichos pueblos, como consecuencia del incumplimiento por parte de Panamá, del pago de indemnizaciones económicas derivadas del despojo e inundación de sus territorios ancestrales desde el año 1969. En el caso se planteó también la falta de reconocimiento, titulación y demarcación durante mucho tiempo, de las tierras otorgadas al pueblo indígena Kuna de Madungandí, y la falta de reconocimiento, demarcación y titulación de las tierras otorgadas al pueblo indígena Emberá de Bayano. Además, la Comisión Interamericana planteó la falta de protección efectiva del territorio y los recursos naturales, y destacó que el Estado incumplió con sus obligaciones de prevención frente a la invasión

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

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

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

de colonos no indígenas y la tala ilegal de árboles. Finalmente, la Comisión alegó el incumplimiento estatal para brindar, de manera pronta y efectiva, acceso a los pueblos indígenas a la propiedad de sus territorios.²⁸

La sentencia de la Corte Interamericana resultó poco afortunada, tanto para el caso en concreto como por los criterios que omitió desarrollar para los pueblos indígenas y tribales de la región interamericana. En efecto, el desarrollo jurisprudencial de la Corte poco respondió a los alegatos planteados sobre la violación al derecho a la propiedad.

Sobre este caso, inicialmente, al menos es cuestionable la posición de la Corte Interamericana en la excepción preliminar en razón de tiempo —*ratione temporis*— para dejar fuera de la litis del caso la violación continuada por la falta del pago de la indemnización pactada.²⁹ La Corte IDH decidió —en el fondo— la violación del artículo 21 de la Convención Americana por la ausencia de delimitación, demarcación y titulación de las tierras de las comunidades afectadas. No obstante, dejó fuera de su análisis —en excepciones preliminares— la indemnización que el Estado se había comprometido a otorgar. La Corte justificó dicha diferencia en que la obligación de delimitación, demarcación y titulación de las tierras es a partir de la aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal por parte del Estado y no antes, como habría sucedido con el tema de la falta del pago de la indemnización. No obstante, la crítica se dirige hacia la omisión, por parte de la Corte Interamericana, de brindar mayor fundamentación y motivación a su razonamiento en cuanto a que la falta de indemnización —la cual tiene una afectación colateral a otros derechos y a lo largo del tiempo— no implicara, en el caso concreto, una violación continuada.

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

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

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

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

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

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

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

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

IDH reiteró la obligación del Estado de garantizar el uso y goce efectivo del derecho a la propiedad indígena o tribal, para lo cual debían adoptarse diversas medidas, entre ellas de saneamiento de la tierra, el cual “consiste en un proceso que deriva en la obligación del Estado de remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión”,³¹ incluidos los terceros sin título de dominio.

3. CONSULTA PREVIA

Dentro del análisis del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, la Comisión Interamericana ha realizado una interpretación evolutiva dando especial importancia al derecho de consulta que tienen los pueblos indígenas y tribales a través de pronunciamientos en casos específicos,³² así como en informes de país³³ e informes temáticos.³⁴ En virtud de las características del presente escrito, nos enfocaremos únicamente en los casos.

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

³¹ *Ibidem*, párr. 181.

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

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

³⁴ *Cfr.* CIDH, *Informe sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Informe sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales), 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.

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

En relación con este último caso, la Comisión analizó la actividad aurífera llevada a cabo con la anuencia estatal en el territorio ancestral del pueblo Western Shoshone, sin la consulta a dicho pueblo. En el caso, la CIDH consideró que respecto de dicha actividad, los miembros deberían, “como mínimo [estar] plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.³⁶

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

[...] el Estado, al otorgar concesiones [...] a terceros para utilizar los bienes y recursos que podrían estar comprendidos por las tierras que deben ser delimitadas, demarcadas y tituladas o aclaradas y protegidas [...], sin consulta efectiva y sin el consentimiento informado del pueblo maya, y que dieron lugar a un perjuicio contra el medio ambiente, también viola el derecho de propiedad [...] en perjuicio del pueblo maya. [En ese sentido, resaltó que] uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales [...].³⁷

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

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

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

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

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

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

La Corte destacó que los Estados deben garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, conforme a sus costumbres y tradiciones, y previo consentimiento libre e informado en relación con “todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro de [su] territorio”.⁴⁰ Así, consideró que si el Estado quería restringir “legítimamente, los derechos a la propiedad comunal [debía] consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmen-

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

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

⁴⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, párrs. 127-128. El pueblo Saramaka, como parte de los distintos pueblos afrodescendientes “maroon” de Surinam, fue considerado como pueblo “tribal” por la Corte, puesto que no eran indígenas de Surinam, no obstante, mantenían una relación con sus tierras y estructuras culturales y políticas diferenciadas de manera similar a los pueblos indígenas.

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

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

[...] lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, [...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo (indígena o tribal), el Estado tiene la obligación, no solo de consultar(los), sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.⁴²

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

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

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

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

⁴⁴ *Idem*.

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

Respecto del primer punto, la Corte concluyó que “está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas”⁴⁶ y que la obligación de consultar es un “principio general de derecho internacional”.⁴⁷ Para llegar a dicha conclusión se refirió a la Convención Americana “en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes”, a su propia jurisprudencia en el caso *Saramaka* y realizó un recuento del reconocimiento que algunas legislaciones nacionales de las Américas hacen respecto del derecho a la consulta.

No obstante ello, la Corte mantuvo una postura distinta a la de *Saramaka* en cuanto al nacimiento de la obligación de consultar. Recordemos que en dicha sentencia la Corte había considerado que no era necesaria la ratificación del Convenio 169 de la OIT. En el caso *Sarayaku*, sin embargo, la Corte asume una postura intermedia destacando que si bien antes de la ratificación de dicho convenio “existía la obligación de garantizar al pueblo Sarayaku el derecho al goce efectivo de su propiedad conforme su tradición comunitaria, teniendo en cuenta las particularidades propias de su identidad indígena en su relación con el territorio [...], al menos” desde que Ecuador ratificó el citado Convenio se tendría la obligación internacional en relación con el derecho de consulta y desde que se consagraron los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos, en la Constitución Política del Ecuador de 1998.⁴⁸ Queda abierta la pregunta, entonces, de cómo se lee este razonamiento de la Corte a la luz de sus propias afirmaciones respecto a que “se encuentra claramente establecida el derecho de consulta” y que la obligación de consultar es “un principio general de derecho internacional”.⁴⁹

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 160.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 164.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 172.

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

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

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

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

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

7. El Estado debe supervisar los estudios de impacto ambiental, a la luz de su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.⁵¹
8. Los pueblos deben tener conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.
9. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas.
10. Es deber del Estado —y no de los pueblos indígenas— demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.

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

Así, cuando la Corte recuerda que “la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones”,⁵² hace referencia al párrafo de *Saramaka* que textualmente destaca que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos,

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

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

según sus costumbres y tradiciones”.⁵³ Aunado a ello, en la sentencia de *Sarayaku*, la Corte constantemente hace referencia a la necesidad de buscar y llegar a acuerdos, mantener el diálogo y llegar a consensos.

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

En el caso del *Pueblo Kaliña y Lokono*, la Comisión Interamericana alegó diversas violaciones de los derechos de los miembros de ocho comunidades de dichos pueblos indígenas, por la existencia de un marco normativo que les impide, como pueblos indígenas, el reconocimiento de la personalidad jurídica, lo cual a su vez les impide proteger su derecho a la propiedad colectiva. Además, argumentó que Surinam no ha establecido las bases normativas que permitan un reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras, territorios y recursos naturales de dichos pueblos indígenas, lo cual ha sido acompañado de la emisión de títulos de propiedad individuales a favor de personas no indígenas; el otorgamiento de concesiones para la minería y de reservas naturales en parte de sus territorios ancestrales.⁵⁴

Al respecto, la Corte Interamericana consideró que el Estado debía otorgar el reconocimiento legal de los pueblos mediante la personalidad jurídica colectiva. Esto se debe llevar a cabo mediante la creación de un mecanismo de delimitación, demarcación y titulación de los territorios de los pueblos indígenas y tribales en Surinam, así como adecuar los recursos internos para que las comunidades puedan acceder de manera colectiva a la justicia.⁵⁵

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

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

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

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

a los Principios de Ruggie, o Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos y se impone a los Estados el deber de proteger tanto las áreas de reserva natural como los territorios tradicionales para prevenir daños en el territorio indígena, inclusive aquel que proceda de terceros, “a través de mecanismos adecuados de supervisión y fiscalización”.⁵⁶

En el caso de la *Comunidad de Triunfo de la Cruz vs. Honduras*, la Comisión Interamericana alegó que el Estado omitió proteger su territorio ancestral frente a la ocupación y despojo por parte de terceros —tanto entidades privadas como autoridades—, lo cual —además— ha generado violencia y falta de seguridad en la comunidad. Agregó que la comunidad no tiene título de propiedad idóneo y culturalmente adecuado sobre su territorio ancestral y, además, se les ha restringido el acceso a ciertas partes del mismo por la creación de áreas protegidas. Por otro lado, en el caso también se alegó la falta de consulta previa, libre e informada a la comunidad en las decisiones que han afectado su territorio, incluyendo, entre otros, proyectos y megaproyectos turísticos.⁵⁷

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

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 221.

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

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

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 261.

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

4. VIDA DIGNA

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

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

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

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 262.

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

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

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

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

5. DISCRIMINACIÓN

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

[...] para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas —en tanto miembros del pueblo indígena maya— y que la investigación de

⁶³ *Idem.*

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

los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. [...]⁶⁵

Dando un paso más adelante, y ante el planteamiento expreso de la Comisión Interamericana,⁶⁶ la Corte determinó en el caso de la comunidad indígena de Xákmok Kásek, que el Estado había sometido a sus miembros a discriminación *de facto*, los había marginalizado en el goce de sus derechos y, además, no había adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión.⁶⁷

En las sentencias de los casos de *Inés Fernández y Valentina Rosendo vs. México*, dos mujeres indígenas mep'haa violadas sexualmente por militares, que denunciaron los hechos y cuyos casos fueron conocidos hasta hace pocos meses por la jurisdicción militar, la Corte Interamericana recordó que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*” y destacó que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de los pueblos indígenas es “indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.⁶⁸

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

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 100.

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

⁶⁷ *Ibidem*, párr 274.

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

vs. *Chile*, en el que varios indígenas, líderes indígenas y defensores de indígenas fueron juzgados por el delito de terrorismo por haber alegadamente incendiado un predio, la Comisión Interamericana consideró, al analizar el proceso al que fueron sometidas dichas personas, que “si la raza o el origen étnico de una persona es tomado en cuenta como elemento para calificar un hecho normalmente considerado delito común como un delito terrorista, se estaría ante un escenario de aplicación selectiva de la ley penal.⁶⁹

Además, la Comisión Interamericana alegó que dicha aplicación selectiva configuraba una diferencia de trato frente a otras personas, y al incluir el criterio de pertenencia étnica —considerada como categoría sospechosa— era necesario realizar un “escrutinio especialmente estricto”, independientemente que en las decisiones internas se hubieran considerado otros elementos distintos para llegar a las conclusiones respectivas. La Comisión concluyó que calificar los hechos como delitos terroristas tomando en cuenta la pertenencia y/o el vínculo de las víctimas del caso con el pueblo indígena mapuche, sin fundamentación de la relación directa de los hechos investigados y los alegados actos de violencia cometidos por grupos minoritarios del pueblo mapuche, constituyó un acto de discriminación.⁷⁰

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

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

⁷⁰ *Idem*.

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

en la decisión, el Tribunal Interamericano consideró que “la mayor aplicación a miembros del Pueblo Indígena Mapuche de esa ley penal (...) no permite concluir que se ha dado la alegada aplicación selectiva de carácter discriminatorio”.⁷² Como en varios de los últimos casos decididos por la Corte IDH, esta es renuente a reconocer patrones estructurales.

No obstante lo anterior, en el apartado donde se analizaron las decisiones judiciales que condenaron a las víctimas del caso, la Corte Interamericana destacó lo siguiente en cuanto a la discriminación en las mismas:

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

[...] Los estereotipos constituyen preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado [...]. Asimismo, la Corte ha indicado que las condiciones discriminatorias “basadas en estereotipos [...] socialmente dominantes y socialmente persistentes, [...] se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de [las autoridades] [...]”.⁷³

El Tribunal Interamericano analizó las decisiones judiciales del caso concreto tomando en cuenta el contexto en el que se produjeron, y observó cómo se utilizó un lenguaje cargado de estereotipos de lo que —para los juzgadores nacionales— era el pueblo mapuche y el comportamiento que sus miembros ten-

⁷² *Ibidem*, párrs. 217-221.

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

drían. Por tanto, concluyó que los razonamientos de las decisiones denotaron estereotipos y prejuicios que constituyeron una violación al principio de igualdad y no discriminación, y al derecho a la igual protección ante la ley.

6. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN⁷⁴

El derecho a la libertad de conciencia y religión ha sido poco desarrollado en el Sistema Interamericano. No obstante, las escasas referencias existentes se dan, mayoritariamente, en casos relacionados con pueblos indígenas. En ese sentido, cabe destacar la demanda del caso de la *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*,⁷⁵ en la que la Comisión alegó que para los pueblos indígenas, el derecho a la cultura y a su identidad étnica se traducen en general, en la expresión y la preservación, entre otros, de creencias y lugares sagrados. Asimismo, la Comisión Interamericana alegó que existía violación del derecho a la libertad de conciencia y religión, en términos más generales, en virtud de que la comunidad indígena del pueblo maya de Plan de Sánchez se vio impedida, por miedo, a practicar sus creencias antes y después de la masacre. Además, en términos específicos, consideró que el Estado había vulnerado los derechos de los miembros de la comunidad, por la sepultura indigna que se hizo de los restos mortales de la gente masacrada en Plan de Sánchez y por el hecho de que los miembros del pueblo indígena no pudieron sepultarlos conforme a sus costumbres y creencias. En la sentencia de fondo de la *Masacre de Plan de Sánchez*,⁷⁶ en virtud de la aceptación de responsabilidad internacional y del allanamiento de los hechos y al derecho alegado por la Comisión en su demanda, si bien la Corte hizo referencia al artículo 12 de la CADH y lo consideró como violado, no realizó consideraciones jurídicas concretas.

⁷⁴ La información contenida en este subapéndice está contenida en un artículo más extenso en proceso de publicación sobre el derecho a la libertad de conciencia y religión en el Sistema Interamericano.

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

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

Por otro lado, la visión flexible que ha tenido la Corte en relación con el derecho a la integridad personal ha permitido incluir, en el análisis del mismo, cuestiones que podrían caer en el contenido de otros derechos, como es el caso de la libertad de conciencia y religión. Así por ejemplo, en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, la Corte consideró que los familiares tenían derecho a sepultar dignamente los restos mortales de la persona forzosamente desaparecida, debido a su “repercusión en la cultura maya”.⁷⁷ Además, la Corte destacó que el cuidado de los restos mortales “observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya [pues para esta] las horas fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos”.⁷⁸ Finalmente, en el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, la Corte consideró, en un sentido similar, que los sobrevivientes no pudieron honrar a sus seres queridos según su cultura N’ djuka.⁷⁹

En el caso de las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*,⁸⁰ en el que más de 500 personas fueron ejecutadas, la Corte concluyó que el Estado era responsable de la destrucción de su estructura social, la desintegración familiar y la pérdida de las prácticas culturales y tradicionales de los miembros de la comunidad indígena maya achí de Río Negro.⁸¹ Además, recordó que “la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad⁸² y, por ende, de su identidad[...]¹ o integridad cultural, el

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

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 81.

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

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

⁸¹ *Ibidem*, párr. 162.

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

cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática[...].⁸³ Por tanto, concluyó que el Estado era responsable de la violación al derecho a la integridad personal de los miembros de la comunidad de Río Negro en relación con el derecho a la libertad de conciencia y religión, constituyendo este el primer caso en el que hace referencia directa a tal derecho.

7. PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Ya en un informe de 1997, la Comisión Interamericana estableció que la protección de los pueblos indígenas requiere que los Estados tomen “las medidas necesarias para garantizar la participación significativa y efectiva de los representantes indígenas en los procesos de toma de decisiones acerca del desarrollo y otros temas que los afectan a ellos y a su supervivencia cultural”.⁸⁴

El caso más representativo de la participación política de los miembros de pueblos indígenas en el Sistema Interamericano es el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en el cual la Corte reconoció el derecho de los pueblos indígenas para participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos del país, sin necesidad de afiliarse a un partido, y desde sus propias instituciones de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que estos sean compatibles con los derechos humanos reconocidos en la Convención.⁸⁵

En el caso *Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana hizo referencia a la participación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, pero no incluyó expresamente el derecho a la participación política. En su demanda del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Comisión Interamericana consideró que

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

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

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

el derecho de consulta involucraba, además del derecho a propiedad, los derechos a la participación política y al acceso a la información. Específicamente, la Comisión consideró que “el derecho a la consulta previa es una dimensión del ejercicio de los derechos políticos de los pueblos indígenas, como el medio para garantizar la participación significativa y efectiva de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones acerca del desarrollo y de otros temas que los afecten”.⁸⁶

En ese sentido, durante la audiencia pública del caso *Sarayaku* ante la Corte Interamericana, el relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas manifestó, en relación con la participación política de los pueblos indígenas en los procesos de consulta, que estos tienen el derecho de “determinar sus propios destinos al igual que los demás seres humanos”, para lo cual deben respetarse las estructuras de autoridad tradicional, la cultura indígena y el derecho consuetudinario.⁸⁷

En su sentencia, la Corte Interamericana, si bien hace referencia al acceso a la información que deben tener los pueblos indígenas⁸⁸ en los procesos de consulta, no consideró necesario hacer un análisis jurídico del derecho a la participación e información, puesto que consideró que ya habían sido abordados en el análisis del derecho de consulta.

8. MUJERES INDÍGENAS

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

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

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

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

por parte de la Corte Interamericana, de la violación sexual como tortura. Además, tal como quedó referenciado en el acápite de discriminación, la Corte Interamericana determinó que el trato brindado por las autoridades estatales a las víctimas constituyó un trato discriminatorio. Por otro lado, cabe destacar que en audiencia pública ante la Comisión Interamericana en el 144 período de sesiones, un grupo de mujeres indígenas de la región —incluyendo mujeres de Colombia, Argentina y Canadá— destacaron la importancia de los casos de *Inés Fernández* y *Valentina Rosendo* como mujeres y como indígenas, pero manifestaron su preocupación de que el elemento colectivo no se habría visto reflejado en la sentencia. En ese sentido, en una crítica constructiva refirieron la necesidad de que los órganos del Sistema Interamericano aborden casos futuros desde la integralidad de mujer perteneciente a un grupo indígena.⁸⁹

Años antes de las sentencias en los casos de *Inés Fernández* y *Valentina Rosendo*, la Comisión Interamericana emitió un informe en el caso de las hermanas Ana, Beatriz y Celia González Pérez, también contra México.⁹⁰ Las indígenas tzetzales fueron sometidas por un grupo de militares a un interrogatorio ilegal, en medio de abusos físicos que incluyeron la violación sexual en su contra en 1994. El caso no fue conocido por la Corte Interamericana.

Finalmente, es importante destacar que el caso de la *Comunidad Indígena de Xákmok Kásek* fue la primera sentencia en el ámbito internacional en abordar el tema de la mortandad materna debida a la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica, así como en destacar las obligaciones de los Estados para brindar políticas adecuadas de salud a las mujeres.⁹¹

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

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

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

9. DESPLAZAMIENTO FORZADO

En el caso de las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, la Corte dio por probado que los miembros de la comunidad se vieron forzados a huir de sus tierras luego de las masacres cometidas en su contra e impedidos a regresar a las mismas, por el contexto de conflicto armado que se vivía en el país, así como por la construcción de una represa sobre su territorio. Por tanto, concluyó que la persecución sistemática y el desplazamiento tuvo afectaciones en los sobrevivientes de las mismas.⁹² En ese sentido, la Corte destacó que:

[...] el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, los puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “[p]or sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas” [...], por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección [...] considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres [...] para prevenir y revertir los efectos de dicha situación.⁹³

La Corte concluyó que si bien el país había realizado esfuerzos para reasentar a los sobrevivientes de las masacres, no había “establecido las condiciones ni proporcionado los medios indispensables para reparar o mitigar los efectos de su desplazamiento, provocado por el propio Estado”.⁹⁴

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

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

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

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 169.

10. OTROS TEMAS SUSTANTIVOS

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

En ese sentido, se debe destacar el tratamiento que el Sistema Interamericano ha dado a los casos de masacres de comunidades indígenas, principalmente en Guatemala. En ese sentido, destacan las sentencias en los casos de la *Masacre de Plan de Sánchez* y las *Masacres de Río Negro*. En ambos casos es importante destacar la solicitud de la Comisión de que la Corte analizara los casos tomando en consideración el contexto de genocidio en el cual se dieron.

Otro tema de relevancia ha sido la afectación a la integridad cultural sufrida por miembros de comunidades indígenas como consecuencia de las violaciones a sus derechos, tema abordado principalmente en el caso de *Florencio Chitay Nech*, líder indígena desaparecido en Guatemala.⁹⁵ En la sentencia, la Corte Interamericana realizó, al igual que en otros casos de desaparición, un análisis de los efectos y violaciones que causa dicha violación múltiple y continuada, con las implicaciones personales, comunitarias y culturales distintas que dicha desaparición tuvo en su familia, principalmente en sus hijos menores de edad, quienes tuvieron que desplazarse y negar sus orígenes, y en su comunidad, al perder a uno de sus líderes.

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

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

no.⁹⁶ Esta postura se reafirmó en la opinión consultiva 22 sobre los derechos de las personas jurídicas en la que la Corte IDH insistió en que los pueblos indígenas son entes colectivos de derecho internacional y tienen que ser considerados de manera colectiva.⁹⁷

11. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

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

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

⁹⁷ Véase Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), opinión consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22, párrs. 72-84.

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

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

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

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

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

¹⁰³ Véase, por ejemplo, las siguientes medidas cautelares: dirigentes del Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC y sus asesores (Colombia), Aura Lolita Chávez Ixcaquic (Guatemala), lideresas del pueblo indígena wayúu (Colombia), Leonidas Iza (Ecuador), Rosalina Tuyuc (Guatemala), Zenilda María de Araujo y Marcos Luidson de Araujo (Cacique Marquinhos), líderes indígenas del pueblo Xucuru (Brasil), Aldo González Rojas y Melina

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

12. A MANERA DE CONCLUSIÓN

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

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

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

¹⁰⁴ Véase resoluciones de la Corte en relación con el asunto de la comunidad de Colotenango respecto de Guatemala, solicitadas en 1994 y levantadas en 2007; resoluciones respecto del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni respecto Nicaragua, otorgadas en 2002 y levantadas en 2007. Resolución de la Masacre de Plan de Sánchez (Salvador Jerónimo y otros) vs. Guatemala, otorgadas en 2004 y levantadas en 2005; resoluciones del Asunto Pueblo Indígena Kankuamo respecto Colombia, otorgadas en 2004 y levantadas en 2011; resoluciones del Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador, solicitadas en 2004 y vigentes a la fecha. Asunto Serech and Saquic respecto Guatemala, solicitadas en 1996 y levantadas en 1997.

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

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

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

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

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

Pese a lo anterior, no se puede negar que la jurisprudencia que los órganos del Sistema Interamericano han ido desarrollando en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ha permitido dar importantes pasos en la materia, no solo a nivel conceptual, sino en conseguir efectos concretos para los pueblos indígenas.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Cfr. CIDH. *Informe sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 283.

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

Jurisprudencia

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

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

II. Por un fundamento ético-jurídico de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales

*Daniel Cerqueira**

1. INTRODUCCIÓN

Desde la adopción de las primeras constituciones liberales, a comienzos del siglo XIX, los países de América Latina han experimentado diferentes modelos jurídico-políticos en la relación entre Estado y pueblos indígenas.¹ Mientras que en la transición colonial prevaleció la búsqueda de una identidad nacional homogénea, las constituciones sociales de la primera mitad del siglo XX incorporaron un paradigma asimilacionista en el que se vislumbraba la extinción de las culturas indígenas y la necesidad de

* Oficial de Programa Sénior de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF, por sus siglas en inglés).

¹ A los efectos del presente ensayo, la expresión “pueblos indígenas” coincide con la definición derivada de los estándares internacionales vigentes, la cual se basa en criterios de naturaleza objetiva y subjetiva. Bajo la primera, integran pueblos indígenas aquellas personas que descienden de grupos étnicos cuya existencia es anterior a los Estados donde se encuentren, y que conservan al menos parte de sus instituciones sociales, políticas o culturales. Bajo el criterio subjetivo, son integrantes de un pueblo indígena quienes poseen conciencia de una autoidentificación como tal. Véase Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169, art. 1.2, lit. *b* y art. 2, disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

crear garantías mínimas para la incorporación de sus miembros al tejido social mayoritario. En la década de los ochenta, la adopción de constituciones multiculturales en algunos países de la región estuvo acompañada por la consagración del derecho a la consulta previa, libre e informada como una modalidad diferenciada de participación de los pueblos indígenas en las decisiones estatales.

El propósito del presente ensayo es describir el fundamento jurídico y proponer un fundamento ético para el ejercicio diferenciado de derechos por parte de los pueblos indígenas y su colisión con el interés de los Estados en promover decisiones o políticas que benefician a un sector mayoritario de la población desprovisto de dichos mecanismos. La primera sección resume la evolución del derecho constitucional indigenista en América Latina. El apartado 2 narra la forma como las primeras constituciones liberales en América Latina replicaron instituciones europeas, en particular los modelos societarios basados en el reconocimiento de una sola nación por Estado. Posteriormente, explica el surgimiento de marcos constitucionales ajustados a sociedades pluriculturales y culmina con una explicación sobre la consagración de la consulta previa en los procesos constituyentes en América Latina a partir de la década de los ochenta.

El apartado 3 analiza la consolidación de la consulta previa en el ámbito internacional. El apartado 4 aborda el fundamento jurídico de la consulta previa a partir de una descripción sobre la forma como los órganos supranacionales de derechos humanos y altas cortes constitucionales de América Latina han abordado la referida garantía. El apartado 5 examina el fundamento ético de la consulta previa como forma diferenciada de participación en los procesos de toma de decisión estatal, a partir de la posición de diferentes tratadistas de las teorías de la justicia. Dicha sección sostiene que la consulta previa y otras modalidades de ejercicio diferenciado de derechos por parte de los pueblos indígenas se proyectan como una alternativa a la tendencia de la doctrina política liberal, a partir de la Segunda Guerra Mundial, de abordar las diferencias étnico-culturales a partir de un ejercicio de ecualización de derechos.

A modo de conclusión, se define la consulta previa como una herramienta de participación y ejercicio de derechos propia de

aquellos Estados cuyo diseño normativo-constitucional reconoce la autonomía de instituciones culturales y políticas de los pueblos indígenas y tutelan el vínculo especial que poseen con su territorio.

2. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

2.1. La era del constitucionalismo liberal

Como regla general, las constituciones adoptadas tras los procesos de independencia en los países de América Latina ignoraron las instituciones culturales, jurídicas y políticas de los pueblos originarios. Esta experiencia se enmarcó, por un lado, en las políticas colonizadoras de Portugal, España y órdenes religiosas, dirigida a reemplazar las prácticas culturales de los pueblos originarios por la doctrina católica y otras instituciones europeas. Por otro lado, el modelo de Estado-nación que se consolidaba en el viejo continente a lo largo del siglo XIX inspiraría la elite política de las nuevas repúblicas latinoamericanas, las cuales buscaron imponer una sola identidad nacional en sus respectivos territorios. Al igual que en los procesos de formación de los Estados-nación en Europa, las nuevas repúblicas latinoamericanas ignoraron los grupos societarios minoritarios en el trazado de fronteras estatales.

Lo más cercano a la idea de autodeterminación en Europa Occidental, durante el siglo XIX, se vinculó a la noción de soberanía popular, cuyos titulares pasarían a ser los ciudadanos —en reemplazo de los emperadores— y cuyo ejercicio se haría por medio de sus representantes.² Es así que tras las revoluciones liberales del siglo XIX, el elemento emblemático de la autodeterminación no fue tanto el desaforo del poder supremo de los emperadores,³

² Craven, Matthew, “Statehood, self-determination, and recognition”, en Evans, Malcom D., *International Law*, 4ª ed., Reino Unido, Oxford University Press, 2014, p. 226.

³ En efecto, en el primer país en experimentar la transición hacia el modelo representativo —Reino Unido—, el gobierno representativo aún convive

sino la consolidación de una praxis política en la que el individuo-ciudadano era el punto de referencia. Sus calidades étnicas, lingüísticas y culturales fueron irrelevantes, tanto en la construcción de la idea de autodeterminación popular como en la conformación de las naciones europeas. Aunque la plurinacionalidad —en sentido antropológico o en todo caso no-político— era autoevidente en el viejo continente, los arreglos fronterizos de los tratados de paz, procesos de independencia y de unificación se basaron en la acomodación del mayor número posible de grupos étnicos en un número reducido de Estados-naciones.

La ductilidad del concepto de nacionalidad en la Europa del siglo XIX es evidenciada por Hobsbawm al observar que los próceres de la unificación italiana tenían alguna claridad sobre qué era el Estado italiano creado en 1871, pero no eran capaces de explicar quién era el pueblo italiano. En palabras del autor: “la ecuación nación = Estado = pueblo, y particularmente pueblo soberano, sin duda vinculaba nación a territorio, en tanto la estructura y definición del Estado era esencialmente territorial desde entonces. Ello implicó una multiplicidad de Estados-naciones constituidos, y fue de hecho una consecuencia necesaria de la autodeterminación popular”.⁴

Habiéndose mencionado brevemente la trayectoria histórica de la subordinación de la idea de nación a la de Estado, es importante subrayar que el término “constitucionalismo liberal” aquí empleado no se confunde con la teoría política liberal vigente en el siglo XIX. Mientras el paradigma de relación Estados-naciones en las primeras constituciones del viejo continente se basó en la primacía del primer concepto sobre el segundo, en el ámbito de la filosofía política dicha relación parece ser menos atribuible al

con el régimen monárquico, naturalmente subordinado a un Parlamento que actúa en representación de la ciudadanía.

⁴ En el original: The equation nation = state = people, and especially sovereign people, undoubtedly linked nations to territory, since structure and definitions of states were now essentially territorial. It also implied a multiplicity of nation-states so constituted, and this was indeed a necessary consequence of popular self-determination; Hobsbawm, Eric J., *Nations and Nationalism since 1780: programme, myth, reality*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 19.

liberalismo y más a la influencia del paradigma evolucionista o darwinismo social. En la tradición liberal de esta época era usual encontrar la acepción de que minorías nacionales eran tratadas injustamente por los grandes imperios de Habsburgo, otomano y zarista. Según Kymlicka, los pilares fundamentales del liberalismo político —autonomía individual e igualdad— se ajustaban perfectamente a la defensa de los derechos de minorías nacionales en la Europa del siglo XIX.

Tenemos aquí las dos grandes demandas que, pienso yo, son la base de la defensa liberal de los derechos de las minorías: que la libertad individual se vincula de alguna forma a la pertenencia a un grupo nacional; y que los derechos vinculados a grupos específicos pueden promover igualdad entre la minoría y la mayoría [...]. Ambas demandas fueron ampliamente aceptadas por varios liberales del siglo XIX y comienzos del XX.⁵

Varios pensadores liberales sostuvieron la inviabilidad de que minorías nacionales se organizaran jurídica y políticamente en sus propios Estados. A modo de ejemplo, John Stuart Mill defendió, en su *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, los beneficios para los bretones, vascos, navarros u otras minorías que aceptaran la nacionalidad francesa y, con ella, los privilegios de la ciudadanía de una gran nación. La misma observación la hizo Mill con relación a los galeses y escoceses como miembros de la nación británica. Sin embargo, Kymlicka resalta que posturas como las de Mill no son inherentes al liberalismo, sino al etnocentrismo derivado de la lectura evolucionista de la historia. Para dicho autor, la tradición evolucionista se trasladó de igual manera a escuelas del pensamiento del siglo XIX opuestas al liberalismo, tal como el marxismo, cuyos principales exponentes vislumbraron la asimilación de minorías naciona-

⁵ En el original: We have here the two major claim which, I believe, underlie a liberal defense of minority rights: that individual freedom is tied in some important way to membership in one's national group; and that group-specific rights can promote equality between the minority and majority... These two claims were widely accepted by many nineteenth – and early twentieth-century liberals; Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Reino Unido, Oxford University Press, 1995, p. 52.

les como un corolario de la historia.⁶ En efecto, Engels sostuvo en su *Origen de la familia, propiedad privada y el Estado*, la progresión de la cadena familia-tribu-región-nación-Estado como una suerte de trayectoria natural hacia el fin de toda distinción social que sería alcanzado con el comunismo.

Ahora bien, si en el ámbito de la teoría política los pensadores liberales del siglo XIX no estuvieron ajenos al reconocimiento de minorías nacionales, en el ámbito jurídico-político este tipo de abordaje no tuvo mayor acogida. Una dimensión aún embrionaria de los derechos fundamentales contenida en las constituciones liberales del siglo XIX se basaría en la abstención estatal frente a las libertades individuales, sin que alcanzara contornos colectivos. El reconocimiento de derechos exclusivos de individuos-ciudadanos, aunado a la imposición de una única nación a grupos sociales heterogéneos conllevaron así a la primacía de la autodeterminación individual sobre cualquier tipo de autodeterminación colectiva. En la línea de Musgrave, “dado que la tradición de la autodeterminación en Europa occidental no involucraba consideraciones étnicas, los individuos eran capaces de participar como miembros iguales en los procesos políticos estatales, independiente de sus orígenes étnicos, y las minorías coexistían mucho más fácilmente en el interior de la población más general”.⁷

Al importar el modelo de las constituciones liberales europeas, las primeras constituciones republicanas en América Latina se limitaron a consagrar una lista corta de derechos civiles y políticos. Pero a diferencia del viejo continente, donde el sufragio universal masculino se hizo realidad aún en el siglo XIX, en América Latina el ejercicio de los derechos políticos estuvo supeditado, hasta las primeras décadas del siglo XX, a condiciones económicas o de origen social, limitando así el estatus de ciudadano

⁶ Kymlicka, Will, *op. cit.*, pp. 53-56.

⁷ En el original: “as the Western European tradition of self-determination did not involve ethnic considerations, individuals were able to participate as equal members in the political processes of the state whatever their ethnic origins, and minorities coexisted much more easily within the wider population”, véase Musgrave, Thomas D., *Self-determination and national minorities*, Londres, Oxford University Press, 1997, p. 13.

a un grupo reducido de hombres latifundistas descendientes de europeos. Dicha realidad anuló la posibilidad de que los pueblos indígenas, afrodescendientes y otros grupos minoritarios participaran en los procesos de toma de decisión estatal, ya sea como colectividad diferenciada, ya sea como ciudadanos-electores.

2.2 La era del constitucionalismo social y de los modelos constitucionales multiculturales

Con la promulgación de las primeras constituciones sociales en América Latina, a partir de la primera mitad del siglo xx, el paradigma asimilacionista sería reemplazado por uno en que, si bien se reconocía la autodeterminación de los pueblos indígenas, las instituciones y políticas públicas se centraban en la creación de condiciones para que sus miembros se integraran armónicamente al tejido social predominante.⁸ Dicho modelo se basó en dos premisas:

- (i) la cultura de los pueblos indígenas tiende a extinguirse, por su fragilidad e inadecuación a la realidad social y económica contemporáneas, y
- (ii) corresponde al poder público mediar la integración de los miembros de los pueblos indígenas al resto de la sociedad, garantizándoles derechos económicos y sociales mínimos.

Producto de la consagración de dicho paradigma, los pueblos indígenas fueron reconocidos como sujetos colectivos de derecho, pero sería la administración pública la que se encargaría de representarlos ante controversias con agentes privados o entidades del propio Estado. Tal como se verá más adelante, este modelo integracionista estuvo vigente no solo en los nuevos diseños constitucionales latinoamericanos, sino en la posición de foros

⁸ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica”, en Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. (ed.), *Pueblos indígenas: constituciones y reformas políticas en América Latina*, Lima, IIDS, 2010, pp. 18-23.

multilaterales como la OIT, hasta que el denominado debate multicultural⁹ pasaría a influenciar la praxis política de diversos países del continente americano y, a la postre, de los foros intergubernamentales.

Sobre este punto, es importante hacer algunas precisiones sobre la influencia del debate multicultural en la evolución de los diseños constitucionales en la región. No es nuestro propósito profundizar en definiciones conceptuales, sino aclarar cómo el lineamiento jurídico-político de la relación Estado-pueblos indígenas se enmarcó en un proceso más amplio de consolidación de modelos societarios multiculturales. Para ello, destacamos que el término nación es aquí empleado como la comunidad histórica que ocupa un determinado territorio de forma sostenida y que comparte una cultura e idioma propios.¹⁰ Estado multicultural es aquel cuyos miembros pertenecen a diferentes naciones —abarcaadas en un Estado plurinacional— o que han emigrado desde diferentes naciones —hacia un Estado poliétnico—, “siendo uno de estos rasgos un aspecto importante de su identidad y vida política”.¹¹

Aunque el llamado debate multicultural ha sido influenciado particularmente por el reconocimiento de modelos societarios poliétnicos (*v.gr.* Canadá¹² y Estados Unidos), a los fines del presente ensayo nos interesa puntualizar la forma como las democracias liberales han abordado los derechos colectivos de pueblos o naciones que conforman Estados plurinacionales. Tal como será explicado más adelante, desde el fin de la Segunda Guerra Mun-

⁹ Para los fines del presente ensayo, “debate multicultural” guarda relación con la producción intelectual y políticas públicas desarrolladas sobre todo en Estados Unidos y Canadá en las décadas de los sesenta y setenta, basadas en un criterio de reorganización colectiva a la luz del reconocimiento la pluralidad identitaria de los diferentes grupos que componen la sociedad.

¹⁰ Kymlicka, Will, *op. cit.*, p. 19.

¹¹ *Ibidem*, p. 18.

¹² En el caso de Canadá, desde finales del siglo XIX se instauró el modelo poliétnico con miras a armonizar dos naciones, una de origen anglófona y otra francófona. A partir de la promulgación de la Constitución de 1982, se reconocieron una serie de prerrogativas a las naciones indígenas, consolidándose así un modelo societario a la vez que poliétnico y plurinacional.

dial, la mayor parte de las democracias liberales buscaron acomodar diferencias culturales y demandas de grupos nacionales minoritarios a través de derechos de ciudadanía —civiles y políticos—. Uno de los desencadenantes del debate multicultural fue la aceptación, en la teoría y praxis política de países plurinacionales y poliétnicos, de que algunas formas de diferencias culturales solo pueden ser armonizadas por medio del reconocimiento de derechos específicos a los diferentes grupos sociales o nacionales que componen el Estado. Se trata de lo que Young define de “ciudadanía diferenciada” —*differentiated citizenship*—, es decir, la creación de arreglos legales y/o constitucionales basados en diferencias culturales, étnicas o nacionales.¹³ Para Kymlicka, la ciudadanía diferenciada fundamenta usualmente tres formas de garantías de derechos colectivos:

- *Derechos de autogobierno*: se caracterizan por la consagración de la autonomía política o territorial con la finalidad de preservar la cultura y el desarrollo de las naciones de un Estado plurinacional según sus propias tradiciones.¹⁴ El federalismo es la modalidad clásica de autogobierno a favor de grupos nacionales minoritarios dentro del Estado, pero mayoritaria en una determinada unidad territorial (v.gr., Quebec, en Canadá).
- *Derechos poliétnicos*: buscan garantizar a minorías étnicas o religiosas el libre ejercicio de su particularidad cultural sin que sean perjudicadas por las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante.
- *Derechos de representación especial*: cuotas de representación para el acceso a funciones públicas en favor de estratos sociales o grupos étnicos sometidos a una situación de discriminación histórica. Son usualmente empleados en contextos de desventaja sistémica que conlleva a una

¹³ Young, Iris Marion, “Politics and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, en *Ethics*, vol. 99, núm. 2, University of Chicago Press, 1989, p. 258.

¹⁴ Según Kymlicka, las demandas de autogobierno asumen usualmente “la devolución del poder político a una unidad política sustancialmente controlado por los miembros de una minoría nacional y que corresponde sustancialmente a su territorio tradicional o históricamente ocupado”, véase Kymlicka, Will, *op. cit.*, p. 30.

situación de marginalización en los procesos de toma de decisión estatal.¹⁵

En lo que atañe al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, las constituciones de Canadá (1982), Guatemala (1985) y Nicaragua (1987) fueron pioneras en el continente americano, al establecer mecanismos de protección de la identidad cultural de sus pueblos.¹⁶ Posteriormente, las constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991) y Perú (1993) consagrarían una serie de derechos poliétnicos y algunos derechos de autogobierno. Los marcos constitucionales y las políticas públicas indigenistas adoptadas a partir de esta época en Latinoamérica se caracterizaron por la transición de un modelo de tutela estatal hacia uno basado en la participación directa y en mecanismos diferenciados de ejercicio de derechos por parte de los pueblos indígenas. El más significativo de estos derechos es la consulta previa, libre e informada.

3. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

3.1 De la ausencia de reconocimiento indígena hacia el modelo integracionista

Hasta la década de los cuarenta, los foros intergubernamentales no manifestaron mayor apertura al debate sobre la cuestión indígena. Representantes de varios pueblos indígenas buscaron infructuosamente plantear sus demandas de autodeterminación o al menos ser recibidos en el Secretariado de la Liga de las Naciones, en Ginebra, en el periodo entre guerras. Tal fue el caso Deskaheh y de los pueblos maorís de Nueva Zelanda y miski-

¹⁵ Kymlicka resalta que si bien las demandas de representación especial han sido tradicionalmente abordadas como una herramienta temporaria de remoción de barreras de desventajas y opresión a grupos marginados, recientemente se han vinculado igualmente a demandas de autogobierno por parte de minorías nacionales.

¹⁶ Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., *op. cit.*, pp. 31-32.

tos de Nicaragua.¹⁷ La misma tendencia se dio con relación a las minorías nacionales y sus demandas de organización territorial autónoma, ya sea al interior de un Estado —derecho de autogobierno— o como un Estado-nación independiente. Algunas excepciones al reconocimiento del estatus diferenciado de minorías nacionales tuvieron lugar en Europa, con relación al régimen especial de la población germánica en Polonia y Checoslovaquia establecido en el Tratado de Paz de Versalles, en 1919. Tras la invasión nazi a los referidos países, en 1939, justificada por Hitler en la necesidad de proteger a sus connacionales germánicos, la comunidad internacional pasaría a ver el reconocimiento del estatus diferenciado de minorías nacionales como un elemento desestabilizador.

Durante la mayor parte del siglo xx, la práctica dominante en la política internacional sería tomar la cuestión indígena y de las minorías nacionales como internas a los Estados, sin que existiera un tratado, convenio o norma vinculante que les reconociese derechos colectivos. En efecto, los instrumentos fundacionales de la Organización de las Naciones Unidas, en particular la Carta de San Francisco y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no hacen cualquier tipo de mención a la autodeterminación, ya sea de las minorías nacionales o de los pueblos indígenas.¹⁸

¹⁷ Malezer, Les, “Permanent Forum on Indigenous Issues: Welcolme to the Family of the UN”, en Castellino, Joshua y Walsh, Niamh (ed.), *International law and indigenous peoples*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 69-72.

¹⁸ Dicho concepto sería insertado en el derecho internacional de los derechos humanos solamente en 1966, con la adopción del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El artículo 1 de ambos tratados poseen el mismo texto:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados parte en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fi-

Una de las razones fue, según Kymlicka, la guiñada liberal hacia los derechos individuales —civiles y políticos— como solución para los conflictos con raíces en diferencias étnico-nacionales:

La acepción mayoritaria ha sido que los miembros de las minorías nacionales no necesitan y no pueden ser titulares de derechos especiales. La doctrina de los derechos humanos ha sido adoptada como un reemplazo al concepto de los derechos de minorías, con la fuerte implicación de que las minorías, cuyos miembros poseen un trato individual igualitario, no pueden demandar legítimamente facilidades para la preservación de sus particularismos étnicos.¹⁹

A partir de la década de los cuarenta, los nuevos modelos de relación Estado-pueblos indígenas plasmados en las constituciones sociales influenciarían la forma como los respectivos Estados abordarían la cuestión indígena en sus políticas externas. Dicha tendencia influyó en la adopción de dos importantes instrumentos internacionales: la Convención de Pátzcuaro de 1940, en el continente americano,²⁰ y el Convenio 107 de la Organización

deicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁹ Claude, Inis, *National Minorities: An International Problem*, Cambridge, Harvard University Press, 1955, p. 211; *apud* Kymlicka, Will, *op. cit.*, p. 3.

²⁰ Convención de Pátzcuaro, disponible en <http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/pdocs/CONVENCIONPATZCUARO.pdf> Dicho instrumento creó un instituto dedicado a la coordinación regional en los países de América sobre políticas indigenistas y a la investigación sobre el desarrollo indígena. Con sede en México, el Instituto Indigenista Interamericano cuenta actualmente con 16 países miembros, casi todos de América Latina. La adopción de la referida Convención se caracterizó por la revisión, en el ámbito interamericano, de las políticas de asimilación de la cultura indígena. Superada dicha política, la comunidad internacional pasó a refrendar la posición según la cual las culturas indígenas tienden a extinguirse por su propia fragilidad, siendo necesario adoptar medidas de integración social dirigidas a mitigar los efectos de la conversión de los medios tradicionales de supervivencia de los pueblos indígenas. Bajo ese paradigma, se diseñaron marcos constitucionales en los que correspondía al Estado definir una política de desarrollo que pudiese mitigar la condición de marginación económica y social de los pueblos indígenas; véase Marzal, Manuel María, *Historia de la antropología indigenista: México y Perú*, Lima, PUCP, 1986, p. 17. La característica fundamental de dicho modelo fue la búsqueda de

Internacional del Trabajo, de 1957.²¹ Este último reguló una variedad de temas vinculados al uso de la tierra, contratación y condiciones laborales de los pueblos indígenas, formación profesional, artesanía e industrias rurales, seguridad social, salud y educación. En palabras de la OIT, el Convenio 107:

[...] tiene un enfoque integracionista que refleja el discurso sobre el desarrollo del momento de su adopción. Durante la década de 1970, cuando la ONU comenzó a examinar la situación de los pueblos indígenas y tribales con más detalle, y cuando los pueblos indígenas comenzaron a hacerse más visibles a nivel internacional, el enfoque del Convenio núm. 107 fue objeto de cuestionamientos. El Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986 y esta concluyó que el “enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno”. Luego, el Convenio fue revisado durante 1988-1989, y en 1989 se adoptó el Convenio núm. 169. Desde la adopción de este último Convenio, el Convenio núm. 107 ya no quedó abierto para ratificación.²²

Tal como hemos señalado previamente, el paradigma integracionista impregnado en el Convenio 107 de la OIT y en las constituciones sociales de varios países latinoamericanos sería puesto en tela de juicio con la adopción de cartas políticas ajustadas a modelos societarios plurinacionales y/o poliétnicos. Esta evolución a nivel nacional coincidió temporalmente con la revisión de la posición de la comunidad internacional sobre la cuestión indígena, culminando con la derogación del Convenio 107.

políticas de justicia redistributiva que, si bien no dependían de una noción monolítica de identidad nacional, dependía de una homogenización social en la que indígena, campesino y grupo marginado compartirían las mismas aspiraciones frente al Estado; véase Yrigoyen Fajardo, Raquel Z., *op. cit.*, pp. 31-32.

²¹ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_convenio_107.pdf

²² Véase Organización Internacional del Trabajo, Comentarios al Convenio 107, disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm>

3.2 La consolidación de la autodeterminación y participación directa de los pueblos indígenas a través de la consulta previa, libre e informada

El 7 de junio de 1989 la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales²³ en Países Independientes, el cual ha sido ratificado por 20 países, 14 de los cuales se encuentran en América Latina. Este convenio internacionaliza el compromiso de preservación de las culturas de los pueblos indígenas, reconociéndoles la potestad de decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo.²⁴ Uno de los principales cambios en la relación Estado-pueblos indígenas advenidos con el referido Convenio fue el fin de las políticas de tutela de los intereses indígenas y la consagración de la participación directa, por medio de la consulta previa, libre e informada.²⁵ En palabras de la OIT,

el espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 sobre la cual se basan todas sus dis-

²³ La expresión “pueblo tribal”, aquí empleada, sigue la definición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber: “un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”. Véase Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C, 172, párr. 79.

²⁴ El artículo 7 del Convenio 169 establece que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar su propio desarrollo económico, social y cultural”.

²⁵ A la luz del artículo 6 del Convenio 169, la consulta previa debe seguir procedimientos apropiados, ser conducido de buena fe, y a través de las instituciones representativas de las comunidades consultadas; debiéndose garantizar a los pueblos indígenas la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente.

posiciones. El Convenio exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exige que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan. Los principios de consulta y participación en el Convenio núm. 169 no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino con cuestiones más amplias de gobernanza, y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública.²⁶

Pasados casi 30 años de la consagración internacional del derecho a la consulta previa, la comunidad internacional le dio un nuevo impulso al adoptar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,²⁷ el 13 de septiembre de 2007. La Declaración profundiza los derechos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y reitera la prerrogativa de los pueblos indígenas para determinar sus prioridades de desarrollo y de participar en la definición de las políticas estatales, a través de la consulta.

En líneas generales, la consulta previa puede ser definida, en su aspecto procedimental, como un mecanismo de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas, mediante el cual se les informa de forma clara, precisa, de buena fe y según sus tradiciones, sobre el impacto que un determinado proyecto de desarrollo pueda tener sobre su territorio,²⁸ y respecto de otras

²⁶ Organización Internacional del Trabajo, Comentarios al Convenio 169, disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>

²⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf Dicho instrumento contó con 143 votos favorables, 4 en contra —Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda— y 11 abstenciones.

²⁸ Respecto de las fuentes internacionales de las cuales se deriva la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 273-288 y 302-328, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

decisiones legislativas o administrativas de alcance general susceptibles de afectar sus intereses.²⁹

Tanto el Convenio 169 como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen que el objetivo de la consulta previa debe ser obtener el consentimiento. Si bien la jurisprudencia constitucional comparada en América Latina no es clara con relación a la definición de consentimiento,³⁰ en el ámbito internacional el relator especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas lo ha definido de la siguiente forma, refiriéndose a la concesión de actividades extractivas que afectan territorios indígenas:

La obligación general de obtención del consentimiento [...] puede estar sujeta a algunas excepciones, pero solo con arreglo a parámetros rigurosamente definidos. En primer lugar, el consentimiento puede no ser necesario en el caso de las actividades extractivas realizadas dentro de territorios indígenas cuando pueda determinarse de manera concluyente que las actividades no afectarán sustancialmente a los pueblos indígenas en el ejercicio de cualquiera de sus derechos sustantivos en relación con las tierras y los recursos de sus territorios [...]. Cuando los pueblos indígenas dan libremente su consentimiento a proyectos extractivos con sujeción a condiciones que tienen por objeto proteger sus derechos, cabe suponer que toda

²⁹ Sobre la obligación de consultar y garantizar la participación de los pueblos indígenas respecto de decisiones estatales de alcance general, el relator especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas ha señalado que: “[e]l deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”. ONU-Consejo de Derechos Humanos-Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 62 y 63.

³⁰ Véase, Due Process of Law Foundation, *Digesto de Jurisprudencia Latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunal*, 2013, págs. 212-217, disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/digesto_indigenas_web_final.pdf

limitación del ejercicio de sus derechos es admisible y que no se infringen sus derechos. En cambio, cuando los pueblos indígenas no dan su consentimiento a proyectos extractivos dentro de sus territorios, dicha suposición no es aplicable, y para que se lleve a cabo un proyecto el Estado tiene el deber de demostrar que no se limitará ningún derecho o que, en caso contrario, la limitación es válida.³¹

De acuerdo con la guía de la OIT para la aplicación del Convenio 169, la consulta previa y la obligación de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas no conllevan al derecho de vetar las políticas de desarrollo diseñadas por el Estado. Lo que proyectan las referidas obligaciones es un proceso de participación diferenciada para que los pueblos indígenas puedan expresar sus puntos de vista e influenciar la toma de decisión con relación a un proyecto específico o una decisión estatal de alcance general, como leyes y actos administrativos.³²

Finalmente, es importante subrayar que América Latina es la región del planeta en que el derecho a la consulta previa ha tenido mayor desarrollo jurídico y político. Ello no resulta casual, teniendo en cuenta que la población indígena en la región equivale a más del 8% del total y alcanza los 45 millones de personas, pertenecientes a más de 800 pueblos.³³ Todos los Estados de la región aprobaron el 13 de septiembre de 2007 la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas.³⁴ A ello se suma

³¹ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párrs. 31 y 33, disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2013-hrc-annual-report-spanish.pdf>

³² Organización Internacional del Trabajo, *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT- Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989*, 2013, pág. 17, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

³³ CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, CEPAL/ONU. Santiago de Chile, 2014, pp. 6 y 43.

³⁴ Si bien Colombia se abstuvo de votar durante la aprobación, dio posteriormente su apoyo a la Declaración.

que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁵ es el sistema supranacional de derechos humanos que ha desarrollado mayores y más específicos estándares para la protección de este derecho.

4. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

A diferencia de otros derechos, cuyo contenido normativo se desprende de una disposición legal expresa, el alcance de la consulta previa ha sido determinado hace relativamente poco tiempo y mayormente a través de un ejercicio de interpretación judicial. A excepción de Bolivia, cuya Constitución consagra expresamente la consulta previa como un derecho fundamental autónomo, esta ha sido tutelada en el marco del derecho de propiedad colectiva —Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos—, autonomía cultural —Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas—, derecho de participación —Corte Constitucional de Colombia—, autodeterminación —Tribunal Constitucional del Perú—,³⁶ entre otros.

A los fines del presente ensayo no viene al caso profundizar en el debate sobre cuál es el derecho constitucional que mejor se

³⁵ El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra conformado por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las cuales fueron creadas en 1969 y 1959, respectivamente. La Corte Interamericana es un órgano judicial autónomo de la OEA, cuyo propósito es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su vez, la Comisión Interamericana es un órgano autónomo de la OEA, responsable por la promoción y respeto de los derechos humanos en la región por medio de actividades de monitoreo a la situación en los países, examen de peticiones individuales y sometimiento de casos ante la Corte Interamericana, y actividades de promoción.

³⁶ Sobre un resumen de la posición de las altas cortes de los países latinoamericano respecto del derecho constitucional que se subsume en la obligación de realizar consultas previas, véase 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, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf

ajusta a la obligación estatal de consultar previamente a los pueblos indígenas. Es suficiente resaltar que bajo el derecho constitucional comparado en América Latina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la consulta previa se enmarca en el rango de los derechos fundamentales, cuya precisión puede variar según el criterio interpretativo de cada órgano judicial interno o supranacional.

La conceptualización de la consulta previa como un derecho fundamental conlleva a que las reglas y principios que le dan contenido tienen el potencial de colisionar con otras reglas y principios dirigidos a amparar derechos de los sectores no indígenas de la población. En general, los casos más comunes se dan cuando un pueblo indígena exige ser consultado con relación a un proyecto de desarrollo cuya concesión favorecería el bienestar y el goce de una serie de derechos por parte de la mayoría de la población. Tal como se ha explicado en la sección anterior, aunque la consulta previa no implica el poder absoluto de veto de las decisiones estatales, exige un procedimiento diferenciado de participación a favor de los pueblos indígenas, inexistentes con relación a los demás sectores de la población. Dicha situación no es absolutamente ajena a la que se presenta cuando el ejercicio diferenciado de un derecho fundamental por parte de un grupo minoritario colisiona con valores o intereses mayoritarios. Tales categorías de ejercicios diferenciados de derechos han atravesado un largo proceso de construcción judicial y aceptación en las políticas públicas y marcos legislativos de las democracias liberales. Sobre el particular, Kymlicka señala que:

La marginación de las mujeres, gays y lesbianas y las personas con discapacidad subyacen líneas étnicas y nacionales —eso puede ser encontrado en culturas mayoritarias y Estados-naciones homogéneos, así como en minorías nacionales y grupos étnicos [...]. Hay importantes analogías entre las reivindicaciones de justicia hechas por esos movimientos sociales y las de grupos étnicos, pues ambos han sido excluidos y marginados en virtud de sus “diferencias”.³⁷

³⁷ En el original: The marginalization of women, gays and lesbians, and the disabled cuts across ethnic and national lines —it is found in majority cul-

Ahora bien, si pudiéramos ubicar la consulta previa en las categorías de ejercicio diferenciado de derechos utilizadas por Kymlicka, tendríamos una mezcla entre derechos de autogobierno y poliétnicos. Su función primordial es preservar la cultura de dichos pueblos frente a instituciones económicas, sociales y culturales dominantes pero, a raíz del vínculo especial entre las culturas o naciones indígenas con su territorio, se proyecta asimismo como un instrumento de toma de decisión exclusivo de los pueblos indígenas respecto de sus tierras. En el caso de los pueblos indígenas, hay un sinnúmero de instituciones jurídicas que les son aplicables de forma diferenciada o incluso con exclusividad. Es lo que se da, por ejemplo, en la convivencia entre la justicia “oficial” y la justicia comunitaria indígena. En la mayoría de los países latinoamericanos se reconoce la justicia indígena como mecanismo de solución de ciertas controversias intracomunitarias.

Es importante resaltar que, a diferencia de otros grupos sometidos a una situación de desventaja o discriminación histórica, el excepcionalismo del ejercicio de derechos diferenciado de derechos fundamentales de los pueblos indígenas trasciende un ejercicio de eculización *de jure* frente a una desigualdad *de facto*. En el léxico sugerido por Kymlicka, los pueblos indígenas ostentan una ciudadanía diferenciada no solo por su coyuntura de desventaja histórica, sino por un vínculo especial con su territorio que no se agota en un ejercicio de eculización de derechos. A diferencia de otros grupos cultural o étnicamente diferenciados, aun cuando los pueblos indígenas constituyen mayorías nacionales (*v.gr.*, Bolivia y Guatemala) y cuentan con diseños institucionales que les aseguran cuotas de representación dentro de las distintas instancias del Estado (*v.gr.*, Bolivia), la principal herramienta dirigida a salvaguardar el vínculo ancestral con su territorio y preservar su integridad cultural es la consulta previa, libre e informada.

tures and homogeneous nation-states as well as national minorities and ethnic groups [...]. [T]here are important analogies between the claims of justice made by these social movements and the claims of ethnic groups, since both have been excluded and marginalized in virtue of their ‘difference’; véase Kymlicka, Will, *op. cit.*, p. 19.

5. POR UN FUNDAMENTO ÉTICO DEL EJERCICIO
DIFERENCIADO DE DERECHOS FUNDAMENTALES
POR PARTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Habiéndose mencionado los fundamentos jurídicos de la consulta previa, la presente sección busca responder las siguientes preguntas: ¿bajo qué criterios se puede decir que es justa la primacía de los procedimientos de toma de decisiones de los pueblos indígenas cuando la consulta previa o la objeción allí expresada colisiona con los intereses de la mayoría de la población? ¿Los postulados liberales de autonomía e igualdad son compatibles con el ejercicio diferenciado de derechos fundamentales por parte de los pueblos indígenas?

Para evaluar si es justa la existencia de mecanismos exclusivos de participación y ejercicio de derechos por parte de los pueblos indígenas, es importante contextualizar las bases intelectuales de la definición misma de justicia que prevalecieron antes y después de la consolidación de los modelos societarios multiculturales entre las décadas de los sesenta y ochenta. No buscamos agotar la discusión, sino puntualizar dos grandes marcos teóricos sobre las teorías de la justicia que influenciaron el diseño de instituciones jurídicas y políticas en cada uno de esos periodos. El primer marco tiene que ver con una definición redistributiva de la justicia, pensada como la satisfacción de un parámetro mínimo de igualdad. Uno de los principales representantes de esa corriente, John Rawls, examina las condiciones para la conservación de un estado inicial de justicia pactada en un contrato social entre individuos libres, iguales y capaces de abstenerse de cualquier posición de ventaja.³⁸ Al ubicar las causas de la injusticia en las estructuras sociales, la teoría política de Rawls y de otros liberales contemporáneos parte de una concepción homogeneizada de

³⁸ En su *Justice as fairness*, Rawls proyecta una hipótesis de contrato social bajo dos condiciones: *i*) que los contrayentes pacten bajo un velo de ignorancia, es decir, sin ninguna influencia de sus condiciones sociales, creencias u otros atributos personales; *ii*) la garantía infranqueable de libertades individuales tales como libertad de expresión, religiosa y de credo. De forma subsidiaria, Rawls destaca la necesidad de que tras la consolidación del contrato, se debe garantizar un estándar mínimo de igualdad económica y social.

los individuos de una determinada conformación social, quienes compartirían aspiraciones similares.

En este punto, es importante reiterar que la lejanía de la doctrina política liberal en relación con el particularismo étnico no es atemporal. Es sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial que empezó a ganar terreno en la teoría y praxis política liberal la idea de que la satisfacción de los derechos individuales sería suficiente para atender a los postulados de igualdad y autonomía. En el ámbito doctrinario, la aceptación de las políticas de reconocimiento de grupos étnicos fue defendida por algunos liberales, en particular en el ámbito de las acciones afirmativas a favor de grupos sujetos a una situación de desventaja histórica. Tal defensa se mostró más pronunciada en los debates sobre las políticas de ecualización a favor de grupos raciales históricamente discriminados en Estados Unidos y, de cierta forma, en el ámbito de las Naciones Unidas. Pero en la mayoría de los foros políticos —nacionales³⁹ o supranacionales—⁴⁰ y doctrinarios, la excepción liberal a los modelos de justicia redistributiva se basó en la premisa de que una vez alcanzada la igualdad *de facto* entre los diferentes sectores de la sociedad, el tratamiento jurídico de sus demandas debería ser el idéntico.

El punto de partida de la praxis y política liberal en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial sería la constatación de una desigualdad *de facto* entre diferentes sectores nacionales y étnicos al interior de un Estado. A su vez, el punto de llegada sería adoptar acciones afirmativas provisionales y, luego de mitigar la situación de desventaja histórica en perjuicio de grupos minoritarios, consolidar instituciones en las que sociedad y etnicidad serían conceptos ontológicamente distintos (*color-blind society*).

Así las cosas, los postulados de las teorías de la justicia basadas en una lógica redistributiva se ajustan a los modelos consti-

³⁹ El ejemplo por excelencia de dicho modelo es la consagración del modelo de *color-blind society* en Estados Unidos, abrazado por el propio movimiento por los derechos civiles, la posición de la Suprema Corte y políticas públicas raciales.

⁴⁰ Vale decir que la Convención de las Naciones Unidas contra la Discriminación Racial apoya las acciones afirmativas, siempre y cuando tengan un carácter temporal y remediador de una situación de desventaja histórica.

tucionales de integración de los pueblos indígenas al tejido social predominante, mediante garantías sociales y económicas que permitan ubicar a sus miembros en una situación de igualdad con sus pares no indígenas. Ahora bien, lo que quedó evidenciado a partir de los debates multiculturales es que entre más plural sea una sociedad, mayor es la probabilidad de que sus integrantes demanden el reconocimiento de una ciudadanía diferenciada y, de paso, el ejercicio diferenciado de derechos, de conformidad con sus condiciones culturales y étnicas.

Aunque las teorías redistributivas de la justicia han sido objeto de diferentes críticas, nos ceñiremos a aquellas basadas en una concepción de justicia como reconocimiento y que están directamente asociadas a nuestra propuesta de evaluar un fundamento ético del ejercicio diferenciado de derechos por parte de los pueblos indígenas sin que exista una prerrogativa similar para los sectores no indígenas. En lo que atañe a la esfera pública del reconocimiento de identidades culturales diferenciadas, Charles Taylor observa que liberales contemporáneos como Rawls, Dworkin y Ackerman han hecho hincapié en la dimensión procedimental del compromiso moral como elemento distintivo de las democracias liberales. Dicha dimensión requiere que los Estados estén provistos de medios institucionales para que cada individuo ejercite su propia noción de bien, siéndole prohibido al Estado imponer una concepción de bien público. Taylor observa que si bien dicha posición procedimentalista ha tenido gran influencia en el discurso legal angloamericano, no ofrece una respuesta satisfactoria a las aspiraciones comunitarias en las que la supervivencia cultural requiere la consagración y protección de valores particulares compartidos por ciertos grupos.⁴¹ Para dicho autor, la conciliación entre las doctrinas liberales y la política de la diferencia puede ser alcanzada a partir de modelos —aplicados sobre todo a la revisión judicial y otros mecanismos contramayoritarios— de ecualización de derechos fundamentales, sin

⁴¹ Es el caso, por ejemplo, de la imposición de la herencia cultural francófona en la enseñanza e, incluso, en ciertos ámbitos de la vida privada, en la provincia de Quebec; la colisión entre demandas derivadas de derechos civiles como la integridad personal y la preservación de ciertas prácticas culturales en comunidades indígenas o tribales, entre otros.

que ello se haga en detrimento de la supervivencia cultural de comunidades autóctonas.⁴²

A partir de la propuesta de conciliación entre el procedimentalismo igualitario liberal y la preservación del comunitarismo desarrollada por Taylor, Jeremy Waldron sugiere que “así como individuos necesitan estructuras comunales para desarrollar y ejercitar las capacidades que sus derechos protegen, las comunidades minoritarias necesitan estructuras políticas e internacionales más amplias con el fin de proteger sus valores y bienes culturales”.⁴³

A nuestro juicio, la consulta previa se enmarca precisamente en aquellas instituciones consensuadas a nivel nacional e internacional, como respuesta a la insuficiencia de los medios tradicionales de equalización de derechos inspirados en una concepción de justicia redistributiva. Aunque las modalidades tradicionales de representación especial (*v.gr.*, cuotas raciales, sociales, étnicas o de género), los mecanismos contramayoritarios (*v.gr.*, control constitucional de leyes y actos administrativos) y los derechos diferenciados aplicables de forma individual (*v.gr.*, derechos sexuales y reproductivos y cláusulas de no-discriminación) alcanzan varias demandas de reconocimiento de la diferencia cultural de los pueblos indígenas, la consulta previa es la herramienta que por excelencia les permite ejercer su singularidad como grupo social cuya subsistencia requiere la preservación de un vínculo tradicional con su territorio.

⁴² Según el propio autor, refiriéndose a los modelos liberales: “they are willing to weigh the importance of certain forms of uniform treatment against the importance of cultural survival, and opt sometimes in favor of the alter. They are thus in the end not procedural models of liberalism, but are grounded very much on judgments about what makes a good life —judgments in which the integrity of cultures has an important place”; véase Taylor, Charles, “La política del riconoscimento”, en Habermas, Jürgen y Taylor, Charles, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milán, Feltrinelli, 1998, p. 61.

⁴³ Waldron, Jeremy, “Minority cultures and the cosmopolitan alternative”, en Kymlicka, Will (ed.), *The rights of Minority Cultures*, Nueva York, Oxford University Press, 1995, p. 104.

Como ejemplo del reconocimiento de la ciudadanía diferenciada indígena en el ámbito internacional, se puede mencionar la observación general 23 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, relacionada con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derechos de las personas que pertenecen a minorías étnicas a preservar su cultura, religión e idioma). En tal observación, el Comité subrayó que si bien los derechos consagrados en el artículo 27 del Pacto poseen un carácter individual, su ejercicio depende de la capacidad de cada grupo minoritario a mantener su identidad cultural, religiosa y social. El Comité señaló que, en el caso de los pueblos indígenas, la cultura se manifiesta en el modo especial con que se relacionan con su territorio y con el uso de sus recursos naturales, trascendiendo así la titularidad individual y alcanzando al pueblo o comunidad como tal, requiriendo además “la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afecten”.⁴⁴

6. CONSIDERACIONES FINALES

Bajo una mirada histórica, la consagración internacional de la consulta previa, libre e informada se da en un contexto de consolidación de modelos societarios multiculturales, en los que las políticas públicas y marcos constitucionales se impregnaron de mecanismos diferenciados de ejercicio de derechos por parte de cada grupo minoritario. Mientras que en un discurso estrictamente jurídico la consulta previa puede ser definida como una garantía de los pueblos indígenas expresada en forma de derechos fundamentales, una lectura enraizada en la teoría política podría definirla como un parámetro orientador de la relación entre grupos étnicos y Estados conformados por sociedades multiculturales. En la línea de Rodríguez Garavito, “la incidencia de la [consulta previa, libre e informada] en las regulaciones y las dis-

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU, observación general 23, *Derechos de las Minorías*, párrs. 6.2 y 7. 50º Periodo de Sesiones (1994), disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_sp.doc

putas sobre derechos indígenas han sido tan profundas que, antes que una institución, ha pasado a constituir un nuevo enfoque sobre los derechos étnicos y el multiculturalismo, con un lenguaje y unas reglas distintivos”.⁴⁵ Desde el punto de vista de las teorías de la justicia, consideramos que la consulta previa es una de las varias expresiones del balance entre la eculización de derechos, oriunda de los modelos liberales de justicia redistributiva, y la preservación de la cultura de grupos cultural y étnicamente diferenciados, cuestión primordial de las teorías de la justicia como reconocimiento.

BIBLIOGRAFÍA

CLAUDE, Inis, *National Minorities: An International Problem*, Cambridge, Harvard University Press, 1955.

CRAVEN, Matthew, “Statehood, self-determination, and recognition”, en Evans, Malcom D., *International Law*, 4ª ed., Reino Unido, Oxford University Press, 2014.

HOBBSBAWM, Eric J., *Nations and Nationalism since 1780: programme, myth, reality*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

HONNETH, Axel, “Integridad y desprecio, Motivos básicos de una concepción de la moral desde la teoría del reconocimiento”, en *Isegoría*, núm. 5, Universidad de Constanza-CSIC, 1992.

KYMLICKA, Will, “*Multicultural Citizenship*”, Reino Unido, Oxford University Press, 1995.

LUKES, Steven, “Five fables on human rights”, en SHUTE, Stephen y HURLEY, Susan (eds.), *On Human Rights*, Nueva York, Basic Books, 1993. (traducción: “Cinco fábulas sobre los derechos humanos”, en SHUTE, Stephen y HURLEY, Susan (eds.), *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1993).

⁴⁵ Rodríguez Garavito, César, *Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, col. de Justicia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Ediciones Antropos, 2012, p. 15.

- MALEZER, Les, “Permanent Forum on Indigenous Issues: Welcome to the Family of the UN”, en CASTELLINO, Joshua y WALSH, Niamh (ed.), *International law and indigenous peoples*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- MARZAL, Manuel María, *Historia de la antropología indigenista: México y Perú*, Lima, PUCP, 1986.
- MUSGRAVE, Thomas D., *Self-determination and national minorities*, Londres, Oxford University Press, 1997.
- RAWLS, John, “Justice as Fairness”, en *The Philosophical Review*, vol. 67, núm. 2, Cornell University, 1958.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, *Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Col. de Justicia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Ediciones Antropos, 2012.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, 2014, disponible en <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8716/24867399-2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- SEN, Amartya, “Elements of a Theory of Human Rights”, en *Philosophy and public affairs*, vol. 32, núm. 4, Blackwell Publishing, 2004.
- STUART MILL, John, *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, Londres, Oxford University Press, 1910.
- TAYLOR, Charles, “La política del reconocimiento”, en HABERMAS, Jürgen y TAYLOR, Charles, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milán, Feltrinelli, 1998.
- WALDRON, Jeremy, “Minority cultures and the cosmopolitan alternative”, en Kymlicka, Will (ed.), *The rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, 1995.
- YOUNG, Iris Marion, “Politics and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, en *Ethics*, vol. 99, núm. 2, University of Chicago Press, 1989.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z., “A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica”, en Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. (ed.), *Pueblos indígenas: constituciones y reformas políticas en América Latina*, Lima, IIDS, 2010.

III. Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales vinculados con la propiedad territorial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Juan Jesús Góngora Maas**

1. EXORDIO

El tema de los derechos económicos, sociales y culturales, también ahora ambientales (“DESC” o “DESCA”), para algunos ha sido un tema que quizá no merece una discusión más profunda en el ámbito nacional, ya que en años recientes se han venido instaurando mecanismos para hacer justiciables los derechos de naturaleza social.¹ Sin embargo, a nivel internacional ocurre diametral-

* Abogado por la Universidad Autónoma de Yucatán. Asistente de Investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Investigador Asociado al Centro de Estudios en Derechos Humanos “Felipe Carrillo Puerto” de la Universidad Autónoma de Yucatán. Estudiante del Máster “*La Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales*” impartida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Universidad Complutense de Madrid.

¹ En la tradición constitucional se habla de los “derechos sociales” y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión de los “derechos económicos, sociales y culturales” e inclusive “derechos ambientales”. Para efectos de este trabajo se emplearán indistintamente estas expresiones, siguiendo a Abramovich, Víctor y Courtis, Chris-

mente lo opuesto, específicamente en el derecho internacional de los derechos humanos, en donde esta discusión en años recientes se ha venido desarrollando con mayor fuerza y presencia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, y con la aparición de los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales no existía tensión aparente en cuanto a su jerarquización. La primera gran ruptura se dio en 1966, cuando se emitieron en dos instrumentos distintos, agrupaciones de derechos. Por un lado, se concibió el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, por el otro, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Muchos entendieron esta separación abrupta como una forma de esquematizar las prioridades de los Estados, concibiendo que, en primer lugar, a los seres humanos se les debería de asegurar su libertad y luego se verían las condiciones en las que esa libertad pudiera desarrollarse plenamente.

A finales del siglo xx e inicios del siglo xxi, la temática de los derechos sociales y de su justiciabilidad comenzó a cobrar importancia internacional. En el seno de la Organización de las Naciones Unidas, hechos como las primeras observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde 1989, la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo del PIDESC en el 2013 y la resolución del primer asunto del Comité DESC en materia del derecho a la vivienda en el 2015,² han sido elementos que, en el plano internacional, han abonado a que se tome

tian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64. En la actualidad existe una tendencia a incluir a los derechos ambientales de manera autónoma, por lo que también es común encontrar la referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales "DESCA". Véase al respecto Gutiérrez, Rodrigo, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos", en Cervantes Alcayde, Magdalena; Emanuelli, María Silvia; Gómez Trejo, Omar y Sandoval Terán, Areli (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-IIIJ-UNAM, 2014, pp. 91-106.

² Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación 2/2014, 17 de junio de 2015, E/C.12/55/D/2/2014.

con seriedad la exigibilidad de los DESC a los Estados de manera directa y autónoma, sin recurrir a vías indirectas o de conexidad para declarar posibles violaciones.

La realidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos —“Sistema Interamericano” o “SIDH”— es un poco más desoladora. La Convención Americana sobre Derechos Humanos —“Convención Americana”, “CADH” o “Pacto de San José”—, salvo el artículo 26, no contiene normas que hagan explícitos derechos de carácter social. Por ello los Estados consideraron, en 1988, adoptar el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador. No obstante, dicho instrumento, en su artículo 19.6, solo permite que los derechos sindicales de asociación y el derecho a la educación sean exigibles de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano. La anterior anotación hace que el resto de los derechos consagrados en dicho instrumento sean, de alguna manera, derechos muertos, ya que no se permite *prima facie* alegar posibles violaciones.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —“Comisión Interamericana” o “CIDH”— como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”, “Tribunal Interamericano” o “Corte IDH”), han jugado un rol determinante en esta nueva temática que se viene discutiendo en el Sistema Interamericano. En el año 2015, al conocer la Corte Interamericana del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, declaró por primera vez violado un derecho consagrado en el Protocolo de San Salvador, el derecho a la educación de Talía Gonzales Lluy. No obstante, las discusiones recientes que se han venido gestando no giran en torno a los derechos exigibles de manera directa por el artículo 19.6, sino cómo se pueden hacer justiciables el resto de los derechos que no lo son a través del Protocolo. En este sentido, cabe destacar que a la fecha, la Corte Interamericana no ha declarado violado el artículo 26 de la CADH como norma que consagra la progresividad de los derechos de carácter social.

Si bien todos las personas tienen derechos sociales que pueden ser exigidos de manera individual o colectiva, el caso de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es un campo fértil para el estudio sobre la intrínseca

relación entre derechos civiles y políticos y los DESC. De todos los grupos en situación de vulnerabilidad, quizá el que más resiente la violación a sus derechos sociales sea el de los pueblos indígenas y tribales, por su estrecha relación con la tierra y la dependencia que de ella emana para otros aspectos de su vida en comunidad. Pese a que todas las sentencias en materia indígena y tribal de la Corte Interamericana tienen un alto contenido de derechos sociales, el Tribunal Interamericano se ha limitado a circunscribir las violaciones a derechos de naturaleza civil y política, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la propiedad comunal, a las garantías judiciales y al debido proceso, a pesar de que se pone de manifiesto que se violan otros derechos, como la salud, la alimentación, la cultura o el medioambiente sano.

En un contexto en donde industrias extractivas de exploración y explotación incursionan en territorio indígena para obtener recursos naturales —forestales, mineros o hidrocarburos—, y en donde estas industrias causan devastaciones ecológicas en territorio indígena, la línea jurisprudencial que ha venido desarrollando la Corte IDH en materia de propiedad indígena y tribal debería cambiar y tomar en cuenta las nuevas formas en las cuales se están presentando las incursiones en territorio ancestral, esto para proteger derechos que evidentemente se violan ante estas circunstancias y que no responden a la concepción clásica de propiedad. En este entendido, el presente análisis se centra precisamente en las comunidades indígenas y tribales como un posible grupo en el cual la Corte Interamericana pueda ampliar su interpretación de las disposiciones que contienen derechos sociales, tanto en la Convención Americana como en el Protocolo de San Salvador, máxime si tomamos en cuenta que en materia indígena la jurisprudencia de la Corte ha interpretado con mucha mayor amplitud las disposiciones de la Convención en aras de una protección “integral”.

2. EL ARTÍCULO 21 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LAS EXCEPCIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

El artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho a la propiedad privada, al establecer que “toda persona tiene dere-

cho al uso y al goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Además, “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. Sin embargo, este derecho fue uno de los derechos más ampliamente discutidos durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en noviembre de 1969, ya que se reemplazó la expresión “toda persona tiene el derecho a la *propiedad privada*, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público”, por la de “toda persona tiene derecho al *uso y goce* de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.³

La redacción del actual artículo 21 de la Convención Americana es mucho más garantista que la disposición del Protocolo 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la cual solamente hace alusión al *respeto de bienes*, de personas físicas o jurídicas. Como lo señalara el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

La redacción [del artículo 21 de la Convención Americana] resolvió un tema que fue objeto de debate en Europa sobre la extensión de la protección ofrecida, pues explícitamente hace referencia al “derecho al uso y goce” y ofrece, en este sentido, una protección más amplia que la europea. En los términos de la Convención Americana, una restricción ilegítima a cualquiera de esos dos atributos (aunque no afecte a los dos conjuntamente) lesiona el derecho protegido. Es decir, la amplitud del enunciado del artículo 21 de la Convención garantiza la protección de la propiedad privada referida tanto al “uso” como al “gocce”, también los dos en su conjunto, contra los medios ilegítimos para su restricción o privación.⁴

³ En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha expuesto que “desde el primer momento [de los trabajos preparatorios,] las delegaciones manifestaron la existencia de tres corrientes ideológicas, a saber: una tendencia a suprimir del texto del proyecto toda referencia al derecho de propiedad; otra tendencia a consagrar el texto del proyecto tal y como fue presentado, y una tercera posición conciliadora que reforzaría la función social de la propiedad. Finalmente prevaleció el criterio de incorporar el derecho de propiedad en el texto de la Convención”. Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 145 y nota 57.

⁴ Voto Parcialmente Disidente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones

La Corte Interamericana definió en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* que “los bienes pueden ser aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”.⁵ Ha sido

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C, núm. 293, párr. 76.

- ⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 299, párr. 199; *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, supra*, párr. 335; *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, núm. 265, párr. 170; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259, párr. 269; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, párr. 179; *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párr. 220; *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 237, párr. 148; *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, núm. 234, párr. 237; *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C, núm. 223, párr. 82; *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198, párr. 84; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, párr. 399; *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 179, párr. 55; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170, párr. 174; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, núm. 148, párr. 174; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 121; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135, párr. 102; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 137; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C,

tal la amplitud y desarrollo jurisprudencial, que incluso se han considerado protegidos los *derechos adquiridos* de las víctimas. Desde el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte Interamericana determinó que el artículo 21 también protege los derechos adquiridos derivados, por ejemplo, de una pensión. De esta forma, el Tribunal Interamericano ha entendido como “*derecho adquirido*”, un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas.⁶

En la actualidad, el Tribunal Interamericano ha conocido, bajo el artículo 21 de la Convención, una gran variedad de temáticas, entre las que podemos encontrar casos sobre pensiones,⁷ bienes incautados al momento de la detección,⁸ derechos de autor,⁹ restitución de bienes,¹⁰ expropiaciones,¹¹ *ratios* salariales,¹² sustracción y destrucción de bienes,¹³ pago de indemnizacio-

núm. 79, párr. 144; y *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 122.

⁶ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párr. 102. Esta misma concepción sobre “derechos adquiridos” ha sido reiterada en *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *supra*, párr. 335; *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*, *supra*, párr. 220; *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, *supra*, párr. 237; *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Peru*, *supra*, párr. 82; *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Peru*, *supra*, párr. 84; y *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, *supra*, párr. 55.

⁷ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*, núm. 98; y *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*, *supra*, núm. 198.

⁸ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114.

⁹ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, *supra*, núm. 135.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *supra*, núm. 170; y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *supra*, núm. 293.

¹¹ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, *supra*, núm. 179.

¹² Corte IDH. *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, *supra*, núm. 223.

¹³ Corte IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, *supra*, núm. 237; y *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 249; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, *supra*, núm. 148; *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 299.

nes,¹⁴ pérdida de la propiedad por los desplazamientos,¹⁵ embargo de bienes¹⁶ y el uso y goce de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales.¹⁷

Pese a las diversas líneas jurisprudenciales en las que la Corte Interamericana se ha versado sobre el derecho a la propiedad privada y sus alcances, la última temática de las señaladas en el párrafo anterior es la que quizá mayor importancia y trascendencia ha tenido. Los criterios que la Corte Interamericana ha ido desarrollando en materia indígena y tribal han permeado su influencia, no solo a los Estados que forman parte del Sistema Interamericano, sino que ha sido uno de los rasgos distintivos de la jurisprudencia interamericana,¹⁸ incluso, ha influenciado a otros

¹⁴ Corte IDH. *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*, *supra*, núm. 246.

¹⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, *supra*, núm. 252; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, *supra*, núm. 259; y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, *supra*, núm. 270.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*, *supra*, núm. 265.

¹⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *supra*, núm. 79; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, *supra*, núm. 124; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, núm. 125; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, núm. 146; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245; y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, *supra*, núm. 270; y *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, núm. 284.

¹⁸ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el primer tribunal internacional de derechos humanos que emitió un pronunciamiento, en 1988, sobre desapariciones forzadas en una serie de casos contra Honduras. El impacto de los criterios desarrollados por la Corte Interamericana, en los casos de desapariciones forzadas, ha creado un verdadero diálogo jurisprudencial con el Tribunal Europeo de Derechos Hu-

tribunales regionales de derechos humanos al citar sus criterios en la materia.¹⁹

Bajo este esquema y para efectos del presente texto, al analizar la jurisprudencia interamericana en materia indígena y tribal, al menos, podemos ver dos grandes excepciones a la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana respecto a sus propias disposiciones, relacionadas con otros grupos o casos en los que se ha visto involucrada la violación al artículo 21. En primer lugar, el Tribunal Interamericano ha concebido que los miembros de los pueblos indígenas y tribales son titulares de una propiedad colectiva y, en segundo lugar, que “el pueblo indígena” o “el pueblo tribal” es sujeto, al igual que sus miembros, de derechos colectivos.

2.1. Propiedad colectiva o comunal

En el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, de 31 de agosto del 2001, la Corte Interamericana se encontró, por primera vez, con un caso que involucraba la propiedad colectiva de una comunidad indígena. Uno de los grandes obstáculos que se presentó en este caso fue la redacción del artículo 21 de la Convención Americana, y en general el cuerpo del Pacto de San José, ya que en ninguna disposición se mencionaba, aun de manera somera, la protección de los pueblos indígenas y tribales y mucho menos la protección a sus tierras ancestrales.

Si bien la Corte Interamericana pudo haber adoptado una postura de interpretación literal de las disposiciones del Pacto

manos, que incluso, en esta materia cita diversos fallos del Tribunal Interamericano. Por ejemplo, puede verse el *Caso Opuz vs. Turquía*. Sentencia de 9 de junio de 2009, Tercera Sección o el *Caso Margus vs. Croacia*, en donde el Tribunal Europeo invoca lo determinado por la Corte Interamericana en lo relativo a leyes de amnistía en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*. *Caso Margus vs. Croacia*. Sentencia de 27 de abril de 2014, Gran Cámara.

¹⁹ La Comisión Africana de Derechos Humanos, en un caso relacionado con el Pueblo Endorois, en Kenia, citó diversos casos que la Corte Interamericana había fallado entre 2005 y 2007. ACHPR, *Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*.

de San José, lo cierto es que el Tribunal Interamericano consideró que “Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que [en primer lugar] no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno”. Y [en segundo lugar] los “tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”.²⁰ Por otro lado, haciendo referencia al artículo 29, literal b, la Corte notó que ese artículo establecía que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”.²¹

A partir del caso contra el Estado nicaragüense, la Corte enfatizó que el artículo 21 de la Convención tiene que entenderse en el sentido de que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad.²² Se consideró que, acorde a la normativa interna, los miembros de la comunidad Awas Tigni tenían “un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde habitaban”.²³

La apreciación hecha por la Corte Interamericana ha sido de vital importancia para las comunidades indígenas y tribales, pues

²⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, *supra*, núm. 79, párr. 146. Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías de Debido Proceso Legal, opinión consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 114.

²¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 147.

²² *Ibidem*, párr.149; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*, párr. 87; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, párr. 89; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 120; *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 145 y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, *supra*, párr. 111.

²³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 153.

pese a que, como ya se mencionó, el artículo 21 no hace mención expresa de los derechos indígenas y enfatiza que se protege el derecho de toda persona al uso y goce de sus bienes. Es decir, un mismo bien, en principio, no podría ser protegido para dos o más personas que reclamaran la titularidad de dicho bien bajo la Convención Americana. Esta solución, por demás práctica, ha reivindicado la concepción colectiva, y no individual, que el pueblo indígena o tribal tiene sobre el territorio ancestral. Precisamente, lo que la Corte Interamericana quería resaltar era que esta noción de propiedad indígena o tribal no corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del artículo 21 de la Convención. 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 solo 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.²⁴

2.2. Sujetos de derechos colectivos

Uno de los grandes temas que actualmente se está discutiendo en el Sistema Interamericano es si las personas jurídicas tienen *ius standi* ante los órganos del Sistema Interamericano y de esta forma ser posibles víctimas.²⁵ Sobre este tema, la regla que la Corte Interamericana ha seguido fue la que sentó en el caso *Cantos vs. Argentina*, de 7 de septiembre de 2001, al considerar que:

Si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Pro-

²⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, párr. 120. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*, párr. 87; *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 17 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 146, y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, *supra*, párr. 111.

²⁵ Dicho tema se ha detonado en el Sistema Interamericano a partir de la solicitud de opinión consultiva hecha por Panamá. A la fecha, la Corte Interamericana se encuentra estudiando dicha solicitud de opinión consultiva, luego de celebrarse las respectivas audiencias públicas.

toloco No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema de derecho.²⁶

La Corte Interamericana consideró en el caso *Cantos*, siguiendo a la Corte Internacional de Justicia en su celebre caso *Barcelona Traction*, que se debería hacer una diferencia entre los derechos de los accionistas de una empresa y los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos.²⁷ Lo que el Tribunal Interamericano refirió en ese caso, y que ha reiterado en su jurisprudencia,²⁸ es que cuando en un caso se encuentran involucradas personas físicas y personas jurídicas, se protegen aquellos derechos de las personas físicas que para alcanzar su verdadera expresión —o bien, máxima expresión— necesitan de ficciones jurídicas para su realización; en otras palabras, lo que la Convención Americana tutela no son los derechos de las personas jurídicas, sino los derechos individuales que encuentren proyección en personas jurídicas.

En el caso de los pueblos indígenas y tribales, si bien no se podría afirmar con plena certeza que son personas jurídicas, el Sistema Interamericano ha concebido como sujeto de derecho a la comunidad o pueblo que se ha visto afectado, sin hacer una individualización de las víctimas. Es decir, la Corte Interamericana reconoce al pueblo y a sus miembros como dos sujetos diferenciados de violaciones de sus derechos. Sin embargo, esta última aseveración no siempre ha sido una constante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por lo que podemos observar dos tendencias en el desarrollo jurisprudencial: a) del caso *Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua (2001)* al caso *Xákmok Kásek*

²⁶ Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 85, párr. 29.

²⁷ *Ibidem*, párr. 26.

²⁸ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, *supra*, núm. 74; *Caso Cantos vs. Argentina*, *supra*, núm. 85; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, *supra*, núm. 170; *Caso Peroto y otros vs. Venezuela*, *supra*, núm. 195 y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *supra*, núm. 293.

vs. *Paraguay (2010)* y b) a partir del caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012)*.

En el primer periodo, entre los años 2001 a 2010,²⁹ en los casos que conoció la Corte Interamericana sobre propiedad indígena comunal, el Tribunal Interamericano se limitó a declarar violaciones a los miembros de los pueblos indígenas o tribales y no al pueblo indígena o tribal como colectividad. A partir del caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, en 2012,³⁰ la Corte cambió dicho criterio y, por primera vez, declaró la violación a los derechos de los miembros de la comunidad, así como a la comunidad Kichwa de Sarayaku. En este sentido, la Corte consideró que:

En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del derecho internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.³¹

²⁹ Los casos que conoció la Corte en este periodo son los siguientes: Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*.

³⁰ Los casos que ha conocido la Corte a partir de 2012 a 2015 son los siguientes: Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*; *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Por otro lado, se encuentran pendientes tres casos de resolución y notificación en los cuales la Corte Interamericana debería seguir esta nueva tendencia de declarar posibles violaciones no solo para los miembros de la comunidad, sino también hacia la comunidad.

³¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 231.

Pese a esta nueva postura adoptada por la Corte Interamericana, es importante señalar que hasta ahora, no todos los derechos atañen a la comunidad como sujeto. Al respecto, podemos identificar como derechos que afectan a la comunidad, así como a sus miembros:

- a) los relativos a la falta de delimitación, demarcación y titulación los territorios;
- b) la ausencia de normativa interna para la delimitación, demarcación y titulación de territorios;
- c) el plazo razonable respecto de ciertos procedimientos internos de delimitación, demarcación y titulación de territorios;³²
- d) garantía de asistencia humanitaria y un retorno seguro, en violación del derecho de circulación y residencia y el derecho a la integridad personal;³³
- e) el derecho a la consulta;
- f) identidad cultural,³⁴ y
- g) propiedad comunal.³⁵

Sobre este último punto, cabe resaltar que en el caso de las *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica*, la Corte solo hizo alusión a la violación al derecho a la propiedad comunal de los miembros de las comunidades afrodescendientes desplazadas y no sobre las comunidades desplazadas, siendo este caso la única excepción sobre la afectación de la propiedad de la comunidad, separadamente de la de sus miembros.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en años recientes, ha afianzado

³² Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, *supra*, resolutivos 4, 5 y 6.

³³ Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, *supra*, resolutivo 4.

³⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, núm. 245.

³⁵ *Cfr.* Pueden verse en este sentido los puntos resolutivos del *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, núm. 245 y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, *supra*, núm. 284.

a las comunidades indígenas y tribales, y sus miembros, como dos sujetos diferenciados de derechos colectivos, lo cual, con ciertos matices, rompe con la regla interpretada derivada del artículo 1.2 de la Convención Americana, que solo concibe a las personas físicas como posibles víctimas de afectaciones a derechos humanos.

3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES VINCULADOS CON LA PROPIEDAD

Si bien la Corte Interamericana ha desarrollado en su jurisprudencia diversos mecanismos de garantía o de protección de la propiedad comunal indígena, dicha protección se ha centrado en el análisis de la propiedad privada, del derecho a la vida o a la integridad personal, o bien en las garantías judiciales y la ausencia de un recurso adecuado y efectivo. Sin embargo, en el presente apartado se pretende poner de manifiesto que, como innumerables veces lo ha hecho la Corte Interamericana, la violación de un derecho acarrea, ineludiblemente, la violación a otros derechos humanos a partir de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos.

En el caso de los pueblos indígenas y tribales, la tierra comprendida, como enfatiza el artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT, abarca el de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. La Corte IDH ha señalado que “los Estados deben 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”.³⁶

³⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 145.

En este entendido, el artículo 21 de la Convención Americana, que como hemos mencionado protege el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, es una norma que no solo acarrea la violación del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales, sino que también trae consigo la violación a algunos derechos de naturaleza económica, social, cultural o ambiental.

De esta forma, el artículo 21 del Pacto de San José es una norma puente que afecta a derechos civiles y políticos y tiene como nexo causal la violación de derechos sociales. Así, ni la Comisión Interamericana ni la Corte Interamericana se han aventurado a ir más allá de lo que dispone el artículo 21 de la Convención. No obstante, en subsiguientes apartados se analizarán algunos derechos que, considero, se vinculan de manera directa con la violación del concepto amplio de territorio comunal indígena o tribal. Se analizarán, a continuación:

- (i) el medioambiente sano,
- (ii) la medicina tradicional,
- (iii) la alimentación tradicional y, por último,
- (iv) el derecho a la vida cultural.

3.1. El medioambiente sano

La protección de los recursos naturales³⁷ y de la integridad medioambiental es necesaria para la subsistencia de los pueblos indígenas en todos los ámbitos.³⁸ La protección al medioambien-

³⁷ Cfr. ONU, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, S. James Anaya, noveno periodo de sesiones, A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008, párr. 28; Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, núm. 146. Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 3; y *Caso Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awastingni vs. Nicaragua*, *supra*, núm. 79. Voto razonado conjunto de los jueces, A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párr. 6.

³⁸ CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos indígenas, *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II., 30 de diciembre, 2009, párr. 194.

te³⁹ es de tal importancia al interés social, que implica y justifica, en cuanto resulten disponibles, restricciones para preservar y mantener ese interés en las leyes que establecen el orden público.

Este derecho comprende el disfrute de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, así como prevenir y controlar la contaminación del aire, agua, suelo y conservar el patrimonio natural de la sociedad. Por tanto, el particular debe ceder al interés de la sociedad a tener derecho un medioambiente adecuado para el desarrollo y bienes de las personas que, como derecho fundamental, las autoridades deben velar por que cualquier infracción, conducta u omisión que atente contra dicho derecho sea sancionada.⁴⁰

No existe una definición precisa de lo que se entiende por “derecho a un medioambiente sano”, no obstante, se puede proponer la siguiente definición:

El derecho a un medio ambiente sano es el derecho de toda persona, en igualdad de condiciones, a vivir en un ambiente que lo provea de los elementos naturales y artificiales o inducidos por el

³⁹ El medio ambiente para los pueblos indígenas es parte central de la concepción de su territorio, pues abarca la tierra, así como los recursos naturales que se encuentran dentro de él. En este sentido, el medio ambiente comprende el conjunto de recursos que nos rodean. De este obtenemos agua, comida, combustibles y materias primas que sirven para fabricar las cosas que utilizamos diariamente; *cfr.* Centro de Información de Naciones Unidas, disponible en http://www.cinu.org.mx/ninos/html/onu_n5.htm#ambiente En el mismo sentido, la CIDH en su Informe sobre Pueblos Indígenas y Tribales estableció que existen dentro del territorio los recursos naturales renovables (son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas y los árboles) y los recursos no renovables (los que son irremplazables una vez que ha sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, combustibles y minerales). CIDH, Relatoría Especial sobre los Derechos los Pueblos Indígenas, *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II., 30 diciembre 2009, párr. 41.

⁴⁰ “Estándares sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Ambientales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Caballero Ochoa, José Luis y Steiner, Christian (coords.) *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, noviembre, 2013, t. 1, p. 519.

hombre, con el fin de hacer posible su existencia y desarrollo, así como de los demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados. Este derecho deberá de ser satisfecho necesariamente mediante el ejercicio del derecho a la participación, a la información y al acceso a la justicia ambiental.⁴¹

A nivel internacional, la protección del medioambiente⁴² se dio desde el PIDESC, en 1966, que consagraba de alguna manera el derecho a un medioambiente sano, estableciendo que se reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo la alimentación, el vestido, la vivienda adecuada, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11.1). Se determinó el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre y se establecieron una serie de medidas a tomar por parte de los países firmantes, necesarias para mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de los alimentos, llevando a cabo una explotación y utilización más eficaces de las riquezas naturales, así como para asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales (art. 11.2). Fi-

⁴¹ Namnum, Samantha, *Derecho a un medio ambiente sano, una mirada hacia los mecanismos legales para su defensa*, México, CDHDF-CEMDA, 2008, p. 36.

⁴² En el mismo sentido pueden consultarse: resolución 2398 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1968); Carta Mundial de la Naturaleza (1982); Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1968); Concepto de Desarrollo Sustentable, derivado del Informe intitolado “Nuestro Futuro Común” de la ministra noruega Gro Harlem Bruntland, en 1987; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil en 1992; Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, Austria, en 1993; Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África, en 1996; Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en 1997; Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en 2000; Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, Sudáfrica, en 2002; Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, en 2010, y Resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU que crea el mandato de experto independiente sobre derechos humanos y medio ambiente, en 2012.

nalmente, se reconoció el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.2).

El vínculo entre la degradación y los derechos humanos se hace patente en el Proyecto de Declaración de Principios de Derechos Humanos y Medio Ambiente, al manifestar que la violación de derechos humanos genera degradación del medioambiente y que la degradación del medioambiente acarrea la violación a derechos humanos.⁴³

Un paso importante en el reconocimiento del derecho a un medioambiente sano se dio en 1999, cuando la UNESCO, en conjunto con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, organizó en Bilbao el Seminario Internacional sobre el Derecho al Medio Ambiente, del cual emergió la Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente. En el artículo primero de dicha declaración se reconoce el derecho de toda persona, tanto en lo individual como en asociación con otras, a disfrutar de un medioambiente adecuado y ecológicamente equilibrado. Por otra parte, la Declaración de Principios de los Bosques, la cual se deriva de la Conferencia de Río de Medio Ambiente y Desarrollo, establece que las políticas nacionales deberán reconocer la identidad, la cultura y los derechos de los pueblos indígenas.⁴⁴

María del Carmen Carmona considera que esta Declaración de Principios es importante para los pueblos indígenas, ya que estos han desaparecido al extinguirse los bosques y selvas en donde se encuentran asentados, aunado a la migración, el despojo y la transculturalización que ejercen compañías con intereses en los recursos naturales, etc.⁴⁵ La relatora especial de la ONU sobre los derechos humanos y el medio ambiente, en un estudio de casos por o a favor de los pueblos indígenas presentado ante

⁴³ ONU, Proyecto de Declaración de Principios de Derechos Humanos y Medio Ambiente, preámbulo.

⁴⁴ ONU, Declaración de Principios de los Bosques, preámbulo.

⁴⁵ Carmona Lara, María del Carmen, "Aspectos ecológicos y ambientales de la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas: una mirada jurídica", en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, México, IJ-UNAM, 2001, p. 35.

el Comité de Derechos Humanos y ante la Comisión de Derechos Humanos, mostró preocupación por el hecho de que “[...] las violaciones de los derechos humanos en estos casos (sobre medio ambiente) son casi siempre la consecuencia de las violaciones de los derechos sobre la tierra y degradación ambiental”.⁴⁶

El Convenio 169, en su artículo 13, estipula que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera y en especial, el aspecto relativo de esa relación”. En el mismo sentido, el artículo 25 enuncia que “los pueblos autóctonos tienen derecho a conservar y reforzar los lazos particulares, espirituales y materiales que los unen a sus tierras, a sus territorios, aguas fluviales y costeras”.

El artículo 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, en sus artículos 1 y 2 establece que “los pueblos originarios tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos [y] los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”. Asimismo, en el preámbulo de la Convención sobre la Diversidad Biológica se reconoce que muchas comunidades locales y poblaciones con sistemas de vida tradicionales tienen estrecha y tradicional dependencia de recursos biológicos.⁴⁷ Un documento en gestación lo constituye el Proyecto de Declaración Americana sobre Poblaciones Indígenas, ya que reconoce la relación especial de los pueblos indígenas en las Américas con el medioambiente y con las tierras que habitan (párr. tercero del preámbulo).

El derecho humano al medioambiente sano se encuentra íntimamente ligado con otros derechos humanos. El no cumplimiento de este derecho afecta la consecución de otros derechos. Así

⁴⁶ ONU, “*Derechos humanos y medio ambiente*”, informe final presentado por Fatma Sohra Ksentini, relatora especial sobre derechos humanos y medio ambiente, E/CN. 4 Sub.2/ 994/9, 6 de julio de 1994, inciso 88.

⁴⁷ Carmona Lara, María del Carmen, *op. cit.*, p. 31.

pues, la degradación del medioambiente se encuentra vinculada con la mayoría de los derechos humanos reconocidos universalmente, es por ello que al causarse un determinado desequilibrio ecológico pueden estarse produciendo, a su vez, graves violaciones al derecho a la vida, a un recurso efectivo, a la salud, a la propiedad, al desarrollo, etcétera.

De esta forma, el derecho al medioambiente aparece como una extensión natural del derecho a la vida y la salud, en cuanto protege la vida, tanto desde el aspecto de la existencia física y la salud de los seres humanos como en el de las condiciones y calidad de vida digna.⁴⁸ En el contexto medioambiental, el derecho a la salud implica en lo fundamental una protección factible contra los peligros naturales y la ausencia de contaminación, inclusive el derecho a un saneamiento adecuado.⁴⁹ Una vez reconocidos estos dos derechos se puede encontrar el punto de partida de las múltiples manifestaciones del derecho a un medioambiente sano y la protección al ambiente.⁵⁰

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener una relación espiritual con sus territorios y a controlar su propio desarrollo cultural⁵¹ en armonía con la naturaleza.⁵² La relación cultural

⁴⁸ Cançado Trindade, Augusto, *Medio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como derecho humano*, San José, Costa Rica, IIDH, 1993, p. 43.

⁴⁹ Cfr. ONU, Consejo Económico y Social (1994) Informe Final de la Relatora Especial, Sra. Fatma Zohra Ksentini, numeral 184, disponible en <http://bit.ly/Rtfuup>

⁵⁰ Salazar Carbonero, Roxana; Saborio Valverde, Rodolfo y Cabrera Medaglia, Jorge, *Manual sobre Derechos Humanos*, Costa Rica, Fundación Ambio-Academia Costarricense de Derecho Ambiental, 1995, p. 15.
Cfr. ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe sobre Décimo Periodo de Sesiones (16 al 27 de mayo del 2011), Consejo Económico y Social, documentos oficiales 2011, suplemento núm. 23, Manual de derechos humanos y ambiente, 2ª ed., 1995, San José, Costa Rica: Fundación Ambio, Academia Costarricense de Derecho Ambiental, p. 18.

⁵¹ Cfr. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 146.

⁵² Cfr. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general No: XXIII, Sobre los derechos de los pueblos indígenas, párr. 4.

de los pueblos y comunidades indígenas con la tierra suele involucrar una cosmovisión integral, que incluye la consideración espiritual o sacra de su tierra ancestral o histórica y de los elementos de la naturaleza, y el mantenimiento de modos de subsistencia a través de medios tradicionales de cultivo, caza y pesca. Para estos pueblos, la preservación del medioambiente y de la biodiversidad es fundamental por su misma supervivencia. Asimismo, aunque no afecte a pueblos indígenas, muchas obras de desarrollo afectan el medioambiente y el derecho a la propiedad de muchas personas. La preservación del medio natural es para los pueblos indígenas condición indispensable para la reproducción cultural y física.⁵³

La relación que el medioambiente guarda con la propiedad comunal indígena deriva del artículo 21 de la CADH. Varios de los casos que se han seguido a nivel internacional en nuestra región por afectaciones al medioambiente se han reclamado bajo la premisa de una violación al derecho a la propiedad. En este punto, la Corte Interamericana, en el caso de la *Comunidad Mayagna Sumo Awas Tigni* se pronunció respecto al hábitat de la comunidad al señalar que la estrecha relación que los pueblos indígenas mantienen con su tierra debe ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, vida espiritual, integridad y supervivencia económica.⁵⁴ Así, el exjuez de la Corte Interamericana, el doctor Sergio García Ramírez, señaló que “la modificación de la relación colectiva de los pueblos indígenas [en las Américas] con sus tierras ha ocasionado la desintegración social e incluso, la destrucción física de los pueblos indígenas”.⁵⁵

Además, en relación con el derecho a un medioambiente sano, debe recordarse lo dicho por la Corte IDH en su sentencia

⁵³ Ituarde, Claudia, *Los pueblos indígenas, el medio ambiente y la progresividad de los derechos humanos en el sistema interamericano*, en Martín, Claudia; Rodríguez, Diego y Guevara, José, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, American University Washington College of Law, 2006, p. 586.

⁵⁴ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 149.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 8, voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

sobre el caso del *Pueblo Saramaka*, en el sentido de que la omisión de la realización de un estudio de impacto ambiental respecto a las actividades de desarrollo a producirse en su territorio vulnera los derechos del pueblo indígena o tribal implicado.⁵⁶

Por otra parte, el caso del *Pueblo Yanomami de Brasil*⁵⁷ refleja la destrucción física sufrida por los indígenas a consecuencia de la intervención de su hábitat, pues la penetración masiva de personas extrañas a su territorio, así como la ocupación y desarrollo de la zona del Amazonas y del territorio Roraima para la explotación de los recursos naturales tuvo consecuencias físicas y psicológicas devastadoras para los indígenas, llegando a ocasionar la muerte de sus miembros.⁵⁸

La existencia de un vínculo especialmente fuerte de los pueblos indígenas con el medioambiente también se vislumbra en otros casos presentados ante el Sistema Interamericano. En dichos casos, la modificación o destrucción del medioambiente incidió en la desintegración social e incluso física de los pueblos indígenas. En primer lugar, en una visita *in loco* a Ecuador, la Comisión Interamericana constató que los habitantes, entre los que se encontraban los integrantes del pueblo indígena Huaoraní, estaban expuestos mediante el agua, aire y tierra a productos tóxicos derivados de la explotación del petróleo, por lo que se afectaba la vida y la salud. La contaminación de los peces y demás animales amenazaban con destruir sus fuentes de alimentación. En el informe sobre Ecuador, la CIDH reconoció por una parte la conexión especial que los pueblos indígenas del Oriente [de Ecuador] tienen con sus terrenos tradicionales y, por otra, las

⁵⁶ Cfr. CIDH, petición 1118-03, *Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos*, informe 39/07, de 24 de julio de 2007 y Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, párr. 129.

⁵⁷ CIDH, Informe del Caso 7615 “*Yanomami respecto de Brasil*”, resolución 12/85, 5 de marzo de 1985, en *La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II.108, Doc. 6, Secretaría General, Washington, D.C., Organización de los Estados Americanos, 2000, pp. 129-138.

⁵⁸ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, OEA/SerL/VII.97, Doc.29, rev 1. (1997), cap. VI, cit. por Hunter, David; Salzman, James y Zaelke, Durwood, *International Environmental Law and Policy*, Nueva York, Foundation Press, 2002.

violaciones de los derechos humanos que amenazan cuando estas tierras son invadidas y cuando la tierra misma es degradada.⁵⁹

En suma, el vínculo que los pueblos indígenas mantienen con su territorio está relacionado directamente con el balance que el medioambiente debe tener. Por esta razón, cuando se contamina el territorio o se degrada, se afecta el derecho al medioambiente sano que las poblaciones indígenas tienen derecho a disfrutar, dada su estrecha relación con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio.

3.2. Medicina tradicional

Una de las características más típicas de la cultura indígena radica en sus conocimientos médicos y el uso de medicinas tradicionales para preservar su salud, mediante la conservación de plantas, animales y minerales.⁶⁰ La Organización Mundial de la Salud ha entendido el concepto de “salud” como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.⁶¹

El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud⁶² está reconocido a nivel internacional en el artículo 12 del Pacto

⁵⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador de 1997, cap. IX “Asuntos de Derechos Humanos de Especial relevancia para los habitantes indígenas del país”, en La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas. OEA/Ser. L/V/II.108, Doc. 6, Secretaría General, Washington, D.C., Organización de los Estados Americanos, 2000, pp. 313-328.

⁶⁰ Serrano, César, *Los derechos de los pueblos indígenas. Derecho Internacional y experiencias constitucionales en nuestra América*, Universidad de San Luis Potosí, 2009, p. 112.

⁶¹ ONU, *La Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Adoptada por la Conferencia Internacional Sanitaria celebrada en Nueva York, 22 de julio de 1946. Preámbulo.

⁶² El derecho a disfrutar del más alto nivel de salud no tiene una definición precisa, sin embargo, el Comité de los DESC se ha pronunciado en el siguiente sentido: “*El derecho a la salud no solo debe entenderse como el derecho a estar sano, el derecho a la salud entraña libertades y derechos*”. Comité de los DESC, observación general 14. El disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 8.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre todas las formas de Discriminación racial en su artículo 5; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en el artículo 12; la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 24; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en el artículo 28; el Protocolo Adicional de San Salvador en el artículo 10 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25. El artículo 24, inciso 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico.

Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud. Es decir, en el caso de los pueblos indígenas, además de tener el derecho a que el Estado les garantice el acceso a los sistemas de salud, también estos tienen derecho a acceder a su territorio y a los recursos naturales que en él se encuentren para la práctica de su medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.

La CIDH estableció que la protección de las poblaciones indígenas constituye, tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados. Más aún, estas comunidades tienen derecho a medidas específicas destinadas a favorecer y mejorar su acceso a servicios de salud y la atención sanitaria que sean además adecuados desde el punto de vista cultural. Esto implica, entre otras cosas, tener en cuenta los remedios y curas tradicionales de esas culturas.⁶³

En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su observación general 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, estableció que “[...] los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de

⁶³ Informe Especial de la CIDH sobre México 1998, OEA/Serv. L/V/ II.100, Doc. 7, rev. 1, 24 de septiembre de 1998, párr. 744.

salud y a las atenciones de salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. [...] [para] las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que [...] “las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones”.⁶⁴

La tierra, por la relación especial que tienen con ella, es uno de los elementos esenciales para muchas comunidades indígenas y, por tanto, para la subsistencia de su cultura y tradiciones. En términos de derecho a la salud, las tierras aportan a las comunidades indígenas todos aquellos elementos necesarios para su subsistencia, esto es, aquellos que les procuran alimentación básica y salud, a través de la medicina tradicional acorde con su cultura y tradiciones.⁶⁵

En el caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, presentado ante la CIDH, esta admitió el caso para el examen de posible violación, entre otros, del artículo 26 de la CADH. En este caso se solicitó a la Comisión que declarara la responsabilidad internacional del Estado por las acciones que permitieron que una compañía petrolera incursionara en el territorio ancestral de la comunidad indígena Sarayaku sin haber sido consultado el pueblo ni habiendo obtenido su consentimiento, y por las omisiones del Estado que no impidió la violación sistemática de los derechos de este pueblo

⁶⁴ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 22º periodo de sesiones 2000, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 2000, párr. 27.

⁶⁵ CIDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros*, admisibilidad, informe 62/04, petición 167/03, Ecuador, 13 de octubre de 2004. La CIDH admitió el caso para el examen de posible violación, entre otros.

por parte de la compañía. La Corte IDH, sin embargo, no estableció específicamente la afectación al derecho a la salud de los integrantes de esta comunidad en la resolución de medidas provisionales del mismo caso, sino que lo analizó como una afectación al derecho a la vida, con base en la afirmación de que el “derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido”.⁶⁶

La dimensión colectiva que la salud tiene para los pueblos indígenas, se refiere a la necesidad de proteger su entorno —incluidos los recursos naturales— en especial por los desplazamientos y despojos de la tenencia de su territorio o incluso cuando se contamine por grandes proyectos estatales de inversión.⁶⁷

3.3. Alimentación tradicional

De acuerdo con la observación general 12 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la alimentación se ejerce cuando toda persona, ya sea sola o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios de obtenerla.⁶⁸

El contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende:⁶⁹

- a) la disponibilidad de los alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos sin sustancias nocivas y aceptables para una cultura determinada, y

⁶⁶ Corte IDH. *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku*. Medidas Provisionales respecto a Ecuador, resolución de 17 de junio de 2005, considerando 10.

⁶⁷ Cfr. Gonzales, Enrique, *op. cit.*, p. 160.

⁶⁸ ONU, Comité DESC, observación general 12. Derecho a la Alimentación adecuada (art. 11), Doc. E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párr. 6.

⁶⁹ Cfr. ONU, Comité DESC, observación general 12. Derecho a la Alimentación adecuada (art. 11), Doc. E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999, párrs. 8 y 13 y Asamblea General de las Naciones Unidas, sexagésimo periodo de sesiones, La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/60/358, 16 de septiembre de 2005, párr. 31.

- b) la accesibilidad de los alimentos de tal forma que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos.

Un concepto relevante es el de la *sostenibilidad*, pues contiene tanto la accesibilidad como la disponibilidad a los alimentos, a largo plazo y para diferentes personas, y al mismo tiempo se vincula con la alimentación adecuada o seguridad alimentaria. La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura ha definido la *seguridad alimentaria*⁷⁰ como el acceso de todas las personas en todo momento a los alimentos necesarios para una vida sana y activa.⁷¹

Por su parte, a nivel internacional el PIDESC establece en su artículo 11.1 que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado y que los Estados Parte, [...] reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptaran individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos [...]”.⁷² Otra serie de instrumentos en los que se encuentra consagrado el derecho a la alimentación son la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Preámbulo), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24, lit. c) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12).

En el caso específico de los pueblos indígenas, el derecho a la alimentación se encuentra consagrado en el Convenio 169 de la OIT (art. 14, inc. 1) y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 20, inc. 1).

De acuerdo con el relator especial sobre el derecho a la alimentación de las Naciones Unidas, los “niveles de hambre y malnutrición [en los pueblos indígenas] por lo general son desproporcionadamente superiores a los que se registran en la población no indígena. Algunos de los problemas que se asocian a esta

⁷⁰ Por el contrario, la inseguridad alimentaria significa la situación en que algunas personas se encuentran, a veces o en todo momento, no tienen acceso a suficientes alimentos y, por tanto, no pueden llevar una vida sana y activa.

⁷¹ FAO, *The Right to food in theory and practice*, Roma, 1998, p. 8.

⁷² Pacto Internacional de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, art. 11.1 y 11.2.

situación son la falta de reconocimiento de su derecho a la tierra, la apropiación de sus recursos naturales y dificultades en el acceso a la justicia”.⁷³ En relación con las comunidades indígenas, su derecho a la alimentación debe satisfacerse teniendo en cuenta su cultura. Dada la íntima relación de los pueblos indígenas a la tierra, el goce del derecho a la alimentación se verá asociado a la posibilidad de ejercicio de su derecho a la propiedad de la tierra o territorio y a derechos conexos con él, tales como el derecho a participar en las decisiones que los afecten o el derecho a un ambiente sano.⁷⁴

La Corte Interamericana ha desarrollado en su jurisprudencia el derecho a la alimentación tradicional, referente a comunidades indígenas de manera indirecta, pues ha considerado que cuando el uso y goce efectivo de las tierras tradicionales de los pueblos indígenas, no se garantiza mediante las medidas adecuadas de derecho interno se amenaza el libre desarrollo y transmisión de la cultura y prácticas tradicionales. Así, la Corte Interamericana ha resuelto que al violarse el derecho a la protección judicial y derecho a la vida en relación con la propiedad colectiva, se le priva a un pueblo de sus medios de subsistencia tradicionales. Por ello, en el caso específico de los pueblos indígenas, el acceso a sus tierras ancestrales, el uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentren están íntimamente vinculados con la obtención de alimento.⁷⁵

En el mismo sentido, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos, en el caso *Ogoni vs. Nigeria*, al interpretar el artículo 16 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos, sostuvo que el gobierno nigeriano era responsable, entre otras violaciones, de disponer libremente de los recursos y las riquezas y recursos

⁷³ Cfr. Relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Sr. Jean Ziegler. *El derecho a la alimentación*. Informe de 1 de septiembre de 2006. Documento A/61/306, párr. 42.

⁷⁴ *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 Rev. 2, junio 2000, cap. X, párr. 26 y recomendación 5.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 167-168.

naturales del pueblo Ogoni, y que su derecho a la alimentación también fue vulnerado, pues este último está protegido por intermedio del derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho al desarrollo económico, social y cultural.⁷⁶ En el caso citado anteriormente, la Comisión Africana determinó que el derecho a la alimentación tradicional de los pueblos indígenas está indisolublemente vinculado a la dignidad de los seres humanos y, por tanto, es esencial para el goce y el ejercicio de otros derechos como la salud, educación, trabajo y participación política. La Carta Africana y el derecho internacional exigen la protección y mejora de las fuentes existentes de alimentos y garantizar el acceso a una alimentación adecuada para todos los ciudadanos. En lo relativo al deber de garantizar el acceso a los alimentos, el núcleo mínimo del derecho a la alimentación requiere que no se permita que agentes privados destruyan o contaminen las fuentes de alimentos tradicionales y así eliminar los esfuerzos de los pueblos para alimentarse por sí mismos.⁷⁷ De igual manera, la accesibilidad a los alimentos en el marco de los derechos de los pueblos indígenas cobra un carácter primordial, pues estos se ven privados del acceso a la tierra o bien se les imposibilita.⁷⁸

En la misma línea, la Corte Interamericana en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sobre el derecho a la alimentación, consideró que “[...] está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria”.⁷⁹

⁷⁶ ACHR. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights V. Nigeria Communications 155/96, párr. 64.

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 65.

⁷⁸ Añón, María José, *El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada: dos caras de una misma moneda*, nota 24, en Abramovich, Víctor; Courtis, Christian, Courtis y Añón, María José, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁹ *Cfr.* Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*, párr. 125.

3.4. Derecho a la vida cultural

La denominación “derechos culturales” puede entenderse de diversos modos y referirse, consecuentemente, a distintas prerrogativas dependiendo de qué bienes jurídicos se conceptúen como “culturales”.

El tema presenta numerosas aristas; no obstante, baste aquí con decir lo siguiente: tal como señala Stavenhagen, pueden identificarse tres formas de entender el concepto de “cultura”. En primer lugar, “cultura” como capital. Esto es, como la herencia o patrimonio cultural de la humanidad, o de determinado grupo social. Esta forma de entender la cultura asimila esta al concepto de obra: libros, edificios, monumentos, obras artísticas e intelectuales, en general. Otra forma de entender la cuestión de “cultura” es como actividad creativa. Desde este punto de vista, la cultura no consiste en un acervo de obras, sino en la acción misma de creación intelectual. Una tercera acepción, más amplia, colige que el concepto en análisis refiere a un modo de vida, es decir, como “la suma total de actividades espirituales y productos de un grupo social dado que distingue al mismo de otros grupos”.⁸⁰

La cultura, así, es definida como el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales o afectivos que caracterizan a una sociedad o grupo social, englobando, además de las artes y de las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.⁸¹ Este amplio concepto de cultura contiene todos aquellos valores y elementos de identidad esenciales para cualquier sector que pretenda definir su concepto de cultura. Cuando se habla de derechos culturales se deben tener en cuenta los valores culturales que comparten los individuos y los grupos, valores a los que suelen tener apego y que conforman y definen sus identidades colectivas. El derecho a la cultura supone el respeto de los valores culturales de grupos e individuos por otros que pueden no compartírselos; en palabras del exrelator de las Nacio-

⁸⁰ Cfr. Stavenhagen, Rodolfo, *Cultural Rights: A social science perspective*, en Eide, Asbjorn; Krause, Catarina y Rosas, Allan, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 85-109.

⁸¹ Serrano, César, *op. cit.*, p. 105.

nes Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, se trata del derecho a ser diferentes.

Es muy importante no conceptualizar el derecho a la cultura en sentido amplio. El punto de partida es reconocer que el derecho a la cultura sería uno de los contenidos de los derechos culturales, pero no el único, es decir, no es lo mismo el derecho a la cultura y derechos culturales: junto al derecho a la cultura⁸² se incluyen el derecho al acceso a la cultura, el derecho a la participación en la vida cultural⁸³ y a su disfrute, o a los derechos de la protección de las creaciones científicas y artísticas.

Hecha la aclaración anterior, el derecho cultural básico de cada individuo consiste en su participación plena en la vida cultural. El derecho de toda persona a participar en la vida cultural está reconocido en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 15, literal *a*, de igual manera en el párrafo 1 del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁸⁴

Otros instrumentos internacionales se refieren al derecho a:

- participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales;⁸⁵
- participar en todos los aspectos de la vida cultural;⁸⁶

⁸² Este es entendido más específicamente como patrimonio cultural y herencia cultural.

⁸³ La *participación en la vida cultural* comprende, en particular, el derecho de toda persona —sola, en asociación con otras o como una comunidad— a actuar libremente; a escoger su propia identidad; a identificarse o no con una o con varias comunidades, o a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad; a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección. Toda persona tiene igualmente derecho a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, así como a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas.

⁸⁴ “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”.

⁸⁵ ONU, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 5, apdo. *e*, inc. vi.

⁸⁶ ONU, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art. 13, apdo. *c*.

- participar plenamente en la vida cultural y artística;⁸⁷
- a tener acceso a la vida cultural y participación en ella;⁸⁸
- participar, en igualdad de condiciones que las demás, en la vida cultural.⁸⁹

Contienen también importantes disposiciones a este respecto, instrumentos relativos a los derechos civiles y políticos.⁹⁰

- a los derechos de las personas pertenecientes a minorías a disfrutar de su propia cultura;
- a profesar y practicar su propia religión;
- a utilizar su propio idioma, en privado y en público;⁹¹
- a participar efectivamente en la vida cultural;⁹²
- a los derechos colectivos de los pueblos indígenas a sus instituciones culturales, tierras ancestrales, recursos naturales y conocimientos tradicionales, y⁹³
- al derecho al desarrollo.⁹⁴

En opinión del Comité DESC, la cultura es un concepto amplio e inclusivo que comprende todas las expresiones de la existencia

⁸⁷ ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 31, párr. 2.

⁸⁸ ONU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 43, párr. 1, apdo. *g*.

⁸⁹ ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 30, párr. 1.

⁹⁰ ONU, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 17, 18, 19, 21 y 22.

⁹¹ ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 27.

⁹² ONU, Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, art. 2, párrs. 1 y 2. Véase, asimismo, la Convención marco para la Protección de las Minorías Nacionales (Consejo de Europa, núm. 157), art. 15.

⁹³ ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en particular los arts. 5, 8, 10 a 13 y ss. Véase, asimismo, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en particular los arts. 2, 5, 7, 8, 13 a 15 y ss.

⁹⁴ ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, resolución 41/128 de la Asamblea General, art. 1. En el párr. 9 de su observación general 4, el Comité ha reconocido que los derechos no pueden considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables.

humana. El concepto de cultura no debe entenderse como una serie de expresiones aisladas o compartimientos estancos, sino como un proceso interactivo a través del cual los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y sus fines, dan expresión a la cultura de la humanidad. Ese concepto tiene en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social. La expresión “vida cultural” hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro.⁹⁵

En la temática indígena, la reflexión sobre los derechos económicos, sociales y culturales apenas había prestado atención al derecho a la cultura. Bajo la fórmula aparentemente clara de “derecho a la cultura” se incluyen derechos heterogéneos. Además, las nociones de cultura e identidad cultural⁹⁶ no son en absoluto universales, ni siquiera en su formación jurídica.⁹⁷

⁹⁵ La cultura, a los efectos de la aplicación del párr. 1, lit. a del art. 15, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades. Al respecto véase: ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 17, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (art. 15 del Pacto, apdo. c, párr. 1), 35º periodo de sesiones, 2005, U.N. Doc. E/C.12/GC.17, 2006, y observación general 21, El derecho a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1, apdo. a del Pacto), 43º periodo de sesiones, 2009, U.N. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1, 2010.

⁹⁶ Véase Zavala Bonachea, Magdalena, “El derecho a la cultura”, en *Ciclo de conferencias y mesas redondas “Globalización y Derechos Humanos”*, México, CNDH, 2005, facs. 3, p. 127.

⁹⁷ De Lucas, Javier, *¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?*, en Abramovich, Víctor, Courtis, Christian y Añón, María José (comp.), *op. cit.*, p. 301.

La Corte Interamericana, en el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* —específicamente a niños y niñas pertenecientes a la comunidad— determinó que debido a “perjuicios derivados de la falta de territorio [entre otras afectaciones], esta vulneración incidía de forma particular al desarrollo e identidad cultural, pues [no se podría] desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura, y por lo tanto, entre las obligaciones de los Estados de proteger la diversidad cultural se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural [...]”.⁹⁸

La vida cultural 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 solo 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.⁹⁹ De igual manera, la Comisión Africana de Derechos Humanos, en el caso *Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya* determinó que debido a la falta de acceso al lago Bogoria que el pueblo Endoris ha utilizado como terreno sagrado —y siempre ha utilizado estos lugares para las ceremonias religiosas y culturales claves, tales como bodas, funerales, circuncisiones e iniciaciones tradicionales—, los miembros de dicha comunidad no podían ejercer su derecho a la vida cultural, pues se sentían desconectados de sus tierras y sus ancestros.¹⁰⁰

En este sentido, los Estados deben adoptar medidas para garantizar que el ejercicio del derecho a participar en la vida

⁹⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 262-263.

⁹⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 135; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, párr. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, párr. 115.

¹⁰⁰ ACHPR, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, 276 / 2003, párr. 108.

cultural tenga debidamente en cuenta los valores de la vida cultural, que pueden ser de carácter sólidamente comunitario o que solo pueden ser expresados y ejercidos como comunidad por los pueblos indígenas.¹⁰¹ La fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral, y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.¹⁰² Hay que respetar y proteger los valores culturales y los derechos de los pueblos indígenas asociados a sus tierras ancestrales y a su relación con la naturaleza, a fin de evitar la degradación de su peculiar estilo de vida, incluidos los medios de subsistencia, la pérdida de recursos naturales y, en última instancia, su identidad cultural.¹⁰³

Los pueblos indígenas tienen derecho a actuar colectivamente para que se respete su derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, la literatura, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas¹⁰⁴ que se vinculen directamente con su entorno físico.

El Comité de Derechos Humanos ha reconocido que el goce de los derechos culturales de los pueblos indígenas, incluyendo los que se asocian al uso de la tierra y los recursos naturales, “puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección

¹⁰¹ Véase la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 1. Asimismo, el Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), art. 1, párr. 2.

¹⁰² ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 26, apdo. a.

¹⁰³ OIT, Convenio 169, arts. 13-16. Véase, asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 20 y 33.

¹⁰⁴ OIT, Convenio 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, arts. 5 y 31. Véase también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 11-13.

y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”.¹⁰⁵

4. ALGUNOS “PROBLEMAS” DE JUSTICIABILIDAD A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el Sistema Interamericano podemos identificar tres sólidas líneas jurisprudenciales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, a saber:

- (i) derecho a la salud;
- (ii) derecho a la pensión, y
- (iii) derecho a la educación.

Este último derecho, con la decisión del caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, de 2015, hizo justiciable el derecho a la educación, ya que este derecho se encuentra considerado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, siendo así la única línea jurisprudencial que ha encontrado un gran avance en la materia de justiciabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin embargo, la realidad para los derechos que no se encuentran establecidos, para su justiciabilidad, de manera directa por el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, es distinta.

Si bien el término “problema” no es quizá el concepto adecuado para reflejar lo que sucede en el Sistema Interamericano sobre las imposibilidades para hacer justiciables los derechos sociales de los pueblos indígenas, y en general, lo cierto es que en el caso del máximo tribunal de nuestra región, este muestra cierta reticencia para entrar al fondo de esta temática. Rodolfo Arango ha identificado que la realidad de los derechos sociales en América Latina responden, al menos, a tres deficiencias que llevan implícitas barreras u obstáculos: a) conceptuales; b)

¹⁰⁵ Comité de Derechos Humanos, observación general 23: Los derechos de las minorías (art. 27 del PIDCP), 08/04/94, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add.5, párr. 7; cit. por CIDH, informe 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie 99.

ideológicas,¹⁰⁶ y c) presupuestales. En el caso del Sistema Interamericano, son las barreras conceptuales e ideológicas las que en el seno de la Corte Interamericana han tenido mayor arraigo.

4.1. El alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Sobre el alcance del artículo 26, la Corte ha indicado que la obligación principal que de él se desprende es el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales,¹⁰⁷ el cual conlleva un deber de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho,¹⁰⁸ por lo que las obligaciones de respeto, garantía y la adecuación del derecho interno deben ser aplicados al artículo 26.¹⁰⁹

En este sentido, se ha entendido que “el artículo 26 no establece un catálogo de derechos, sino que realiza una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos”. Así, el juez Humberto Sierra Porto considera que “de una lectura de la Carta se puede concluir que esta tampoco contiene un catálogo de derechos subjetivos claros y precisos, sino que por el contrario se trata

¹⁰⁶ Rodolfo Arango identifica que las barreras ideológicas tienen que ver con la persistencia de la ideología liberal de los derechos humanos. Siendo necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales, que debe de ser reemplazada por una social de derechos construida a partir de una reflexión crítica del discurso de los derechos. Desde una concepción integrada de los derechos es posible superar el unilateralismo en la defensa de los derechos y el favoritismo hacia los DCP en desmedro de los derechos sociales. La anotada necesidad de superación de la teoría liberal se fundamenta, entre otras cosas, en *el endeble fundamento filosófico de la distinción entre los DCP y los DESC*. Arango, Rodolfo, *Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas del futuro*, Derechos Humanos y Democracia, pp. 7 y 9, disponible en <http://200.41.235.179:83/images/documentos/fio/cuadernos/5/1arango.pdf>

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, supra, párr. 147.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 103.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párr. 100.

de un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región, lo cual dificulta vislumbrar cuáles son los derechos a los que se hace mención en el artículo. En concreto, no hay referencias expresas a los DESC y para afirmar que efectivamente se encuentran consagrados en la Carta es necesario realizar una labor interpretativa bastante extensa”.¹¹⁰ Además, el juez Sierra Porto apuntó que “Si bien hubiera sido deseable cuando se estableció el artículo 26 que se utilizara una técnica legislativa menos problemática como lo es el sistema de remisiones complejo a la Carta de la OEA, lo cierto es que la remisión es a la Carta y no a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, lo cual podría haber producido una interpretación distinta, debido a que la Declaración sí cuenta con referencias más claras a los DESC”.¹¹¹

Christian Courtis, sobre el alcance del artículo 26, sostiene que si bien dicho artículo establece *normas* programáticas y no derechos, la derivación de derechos no es imposible. Dilucidar el alcance de la remisión hecha por el artículo 26 requiere dos pasos hermenéuticos. El primero consiste en determinar cuáles son las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, y el segundo paso, ya identificadas esas normas, consiste en determinar cuáles son los derechos que se derivan de las mismas.¹¹²

En cuanto al primer paso, la Carta de la OEA ofrece al menos dos niveles de normas de contenido económico, social y sobre educación, ciencia y cultura. El primero, más general, se refiere a la naturaleza y propósitos de la organización y a los principios

¹¹⁰ Voto concurrente del Humberto Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 7.

¹¹¹ *Ibidem*, párr. 9.

¹¹² Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, t. IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, México, IJ-UNAM, 2008, p. 365.

reafirmados por sus miembros. En este nivel es posible encontrar objetivos de política pública que permiten derivar derechos de ellos. El segundo nivel, mucho más detallado, está constituido por ciertas normas unificadas por el Protocolo de Cartagena con el título de Desarrollo Integral, estableciéndose principios y objetivos de política pública en materia de DESC.¹¹³

Sobre el segundo paso, Courtis expresa que después de identificar estas normas programáticas, el siguiente paso tiene su esencia en cómo traducir esas normas de políticas públicas en derechos, ya que generalmente se establecen los derechos y de los derechos se derivan los objetivos o las políticas públicas que se deben seguir para realizar ese derecho.¹¹⁴ No obstante, ciertos derechos se consagran en instrumentos internacionales y constituciones a través de objetivos y políticas públicas para desarrollar su contenido, lo que facilita la derivación de derechos a partir de los objetivos y las medidas de políticas públicas, en la medida en que ofrecen el contexto hermenéutico para reconstruir aquellos derechos “escondidos” detrás de la Carta de la OEA.¹¹⁵

Si bien ni la Carta de la OEA ni el artículo 26 contienen DESC de manera expresa, el mandato de dicho artículo es precisamente la “derivación” de derechos de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta, es decir, impone recurrir a textos auxiliares para identificar derechos cuando aparezcan objetivos o medidas de políticas públicas que sean índices de aquellos.¹¹⁶ Esto se ve reforzado con la OC-10/89 sobre La Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuando dispone que en el marco del artículo 64 de la Convención Americana, para identificar derechos humanos a los que se refiere la Carta de la OEA, es menester acudir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹¹⁷

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 366.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 366-367.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 367.

¹¹⁷ Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A, núm. 10, párrs. 43 y 45.

4.2. Establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un Protocolo Adicional a la Convención Americana

Un segundo argumento que se ha vertido sobre el reconocimiento de los derechos sociales mediante la voluntad de los Estados, es que si estos hubieran querido reconocer los derechos económicos, sociales y culturales de manera directa y clara, lo que hubiera procedido sería reconocerlos mediante una enmienda a la Convención Americana y no un Protocolo adicional.

Sobre esta segunda posible problemática, los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor han destacado que según esta postura, el sentido ordinario del término “enmienda” denota el fortalecimiento o la revisión de un texto. Por el contrario, la idea de un “protocolo”, a la luz del artículo 77 de la Convención Americana, implicaría la inclusión de algo no existente previamente. En consecuencia, según estas posturas, el sentido literal de los términos lleva a la conclusión de que el artículo 26 de la Convención Americana no puede contener los derechos incluidos en el Protocolo.¹¹⁸ Ambos jueces consideran que es posible una interpretación distinta sobre la relación entre “tratados” y sus “protocolos adicionales” en el derecho internacional de los derechos humanos.¹¹⁹ Así, afirman que:

28. [...] cabe resaltar que el artículo 31 de la Convención Americana reconoce la posibilidad de incluir otros derechos a la Convención, ya sea por medio de enmiendas o protocolos adicionales. El texto de la Convención es claro en señalar que la principal diferencia entre estos dos medios la constituye el procedimiento para que entren

¹¹⁸ Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296, párr. 26. Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two intertwined treaties non-enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System” en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 149-156.

¹¹⁹ Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 27.

en rigor. En efecto, para adoptar enmiendas está previsto un procedimiento más complejo de aprobación dado que requieren de la ratificación de dos terceras de los Estados partes, mientras que los Protocolos adquieren vigor con una ratificación a través de la ratificación de un número menor de Estados. Por el contrario, sobre las diferencias sustantivas entre estos mecanismos el panorama interpretativo es más amplio. La Convención no condiciona el alcance de las enmiendas a fortalecer algo ya incluido en dicho instrumento, de tal forma que estas podrían ser utilizadas para agregar nuevos derechos o efectuar reajustes en los diseños institucionales previstos por la misma. Es cierto que a diferencia de las enmiendas, el artículo referido a los protocolos sí establece que sería para “incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”. Sin embargo, esto no implica que las enmiendas no puedan servir para cumplir con este objetivo. Asimismo, tampoco puede inferirse que los protocolos solo estén restringidos a la consagración de derechos nuevos sino que también pueden contemplar el complemento de aspectos ya previstos en la Convención. La diferencia central entre ambos mecanismos la constituye el mecanismo para su aprobación. Además, el protocolo no permitiría reducir los derechos previstos en la Convención, para lo cual se requeriría una enmienda, en los términos señalados previamente.¹²⁰

Entre otros ejemplos, cabe resaltar la relación entre el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece la prohibición de discriminación en la aplicación de los derechos reconocidos por el Convenio, y el Protocolo 12 de 2000, donde se introdujo una prohibición de discriminación en la aplicación de cualquier derecho reconocido legalmente. Asimismo, el protocolo respecto a la prohibición de prisión por deudas (12) puede entenderse como una extensión de los ámbitos de protección de la libertad personal, los protocolos sobre la abolición de la pena de muerte (6 y 13) pueden entenderse como un desarrollo del derecho a la vida, los protocolos sobre las “garantías de procedimientos en caso de expulsión de extranjeros” (4 y 7) y sobre “doble instancia” (7) están claramente asociados a las garantías de debido proceso previstas previamente en el Convenio. Difícilmente se puede argumentar que estos ámbitos de regulación se concentran en derechos totalmente autónomos a los derechos

¹²⁰ *Ibidem*, párr. 28.

previstos inicialmente en el Convenio. Por otra parte, protocolos procedimentales adicionales tanto al Convenio Europeo como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han regulado aspectos procesales respecto a cómo opera la posibilidad de presentar denuncias ante dichos órganos, lo cual permite entender a estas regulaciones como extensiones o desarrollos del diseño de acceso a la justicia internacional establecido preliminarmente en los tratados respectivos.¹²¹

4.3. La incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Sobre este tercer punto se ha considerado que el Protocolo establece claramente dos artículos que pueden ser exigidos ante la Comisión Interamericana, y eventualmente ser llevados ante la Corte Interamericana. En este sentido, el Protocolo de San Salvador es “claro” al señalar que solo la libertad de formar y asociarse en sindicatos y el derecho a la educación, consagrados en los artículos 8.1.a y 13, respectivamente, pueden ser justiciables de manera directa ante los órganos del Sistema Interamericano, lo cual excluye al resto de los derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador para que sean invocados ante dichos órganos interamericanos.

En el caso *Furlán y Familiares vs. Argentina*, la exjueza Margarette May Cacauly señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana” y además consideró que

[...] al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado

¹²¹ Estos ejemplos son citados en el voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*, *supra*, núm. 296.

anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.¹²²

La exjueza precisó que “[...] lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana”.¹²³

4.4. Los métodos de interpretación vs. interpretación evolutiva

Quienes sostienen esta postura aducen que no solo el método evolutivo tiene que tenerse en cuenta para poder determinar el alcance y contenido de un tratado internacional. Al respecto,

¹²² Voto concurrente de la exjueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*, *supra*, párr. 8.

¹²³ *Ibidem*, párr. 9.

proponen otros métodos interpretativos que arrojarían la no justiciabilidad directa de lo DESC. En este sentido, esta postura se resume de la siguiente manera:

Interpretación literal	Considera que el artículo 19.6 es claro al establecer que solo los artículos 8.1.a y 13 son justiciables ante los órganos del Sistema Interamericano
Interpretación sistemática	Es decir, analizar el Protocolo de San Salvador y la Convención Americana conjuntamente. Al respecto considera que, por ejemplo, el artículo 4 (no admisión de restricciones) del Protocolo no es aplicable al analizarse conjuntamente con el artículo 26 de la CADH y el artículo 19.6 del Protocolo, ya que el artículo 26 no contiene derechos propiamente y además, el artículo 4 del Protocolo no deroga o cancela la competencia del artículo 19.6 del mismo instrumento, en la medida en que no restringe derechos, sino la competencia de la Comisión y de la Corte.
Interpretación teleológica	En primer lugar, esta postura sostiene en cuanto a este tipo de interpretación que el Protocolo de San Salvador tuvo como finalidad incorporar en el Sistema Interamericano de manera más exacta los DESC y ampliar el ámbito de protección del sistema, por lo que no es justo posicionar al Protocolo como un tratado que atentaría contra el fin del Sistema Interamericano por simplemente establecer reglas de competencia. En segundo lugar, en cuanto al uso de los trabajos preparatorios se constata que los trabajos preparatorios muestran cuán reacios fueron la mayoría de los Estados para determinar lo que iba a reconocer el artículo 19.6 (exceptuando a Guatemala y a Brasil).

Por otro lado, se encuentra la interpretación evolutiva de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades¹²⁴ que los tratados de derechos humanos son

¹²⁴ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párr. 83.

instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹²⁵ Es entonces que la propia práctica judicial de la Corte Interamericana debe dejar de ver como una cláusula pétrea al artículo 26 de la Convención Americana y empezar a dotar de contenido esta disposición. Además, como la propia Corte ha determinado, los tiempos son cambiantes y, por tanto, las interpretaciones tienen que ser acordes a las nuevas realidades sociales que se presenten en América Latina y no ser ajeno a las discusiones que se gesten dentro de los propios Estados.¹²⁶

4.5. La imposibilidad de la aplicación del principio *pro persona*

La Corte ha establecido que «el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el [s]istema [i]nteramericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no solo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia». En efecto, el principio *pro homine* debe ser aplicado cuando la Corte se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas. [...] la justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ En este sentido, cabe recordar que la Corte Interamericana en el caso *Kichwa de Sarayaku* recurrió al derecho comparado para llegar a la conclusión de que la consulta constituía un principio de derecho internacional dadas las prácticas internas de los Estados.

interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma”.¹²⁷

Si bien esta postura parecería arrojar cierto tipo de lógica, no es menos cierto que inclusive una norma que establece competencia también puede tener dos interpretaciones, o más, y el juzgador debe tener en cuenta la interpretación más favorable. Además, abonado a lo anterior, el artículo 29, literal *b* de la Convención Americana dispone que ninguna norma se puede interpretar en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En palabras del juez Ferrer Mac-Gregor “una posible vía para interpretar el artículo 26 de la Convención Americana conduciría a que no es suficiente con una interpretación literal de dicho precepto, como tampoco bastan los criterios previstos en el artículo 29 del Pacto de San José, sino que, en primer termino, este último numeral debe ser interpretado conforme al principio *pro persona*. Una vez realizado lo anterior, es posible entender que conforme al referido artículo 29, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en otras leyes, incluyendo las constituciones de los Estados parte y la Declaración Americana, se incorporan al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarlo”.¹²⁸

4.6. La imposibilidad de utilizar el derecho comparado

Al respecto, se ha enfatizado que fueron los mismos Estados los que tomaron la decisión de no garantizar una justiciabilidad di-

¹²⁷ Voto concurrente del Humberto Antonio Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*, párr. 29.

¹²⁸ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 66.

recta de los demás derechos y, por el contrario, cuando crearon el catálogo de derechos mediante el Protocolo, resolvieron limitar la competencia de la Corte. Entonces, si bien internamente los Estados han ido ampliando su posición, no le competiría a la Corte modificar la voluntad que fue inicialmente expresada en el Protocolo, independientemente de que en la práctica interna de los Estados estén consagrando catálogos de DESC y en muchos se concede la posibilidad de justiciabilidad directa de los mismos.¹²⁹

Independientemente de la apreciación que se haga, es un hecho innegable que las altas jurisdicciones nacionales utilizan, y cada vez con mayor frecuencia, su propia normativa constitucional. Resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales, en particular sobre el alcance constitucional de la protección de los derechos sociales (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales).¹³⁰ Además, habría que recordar que la propia Corte Interamericana recurre con mayor frecuencia a las Altas Cortes nacionales a modo de ejemplo, creándose de esta manera un verdadero diálogo jurisprudencial, por lo cual no veo ningún impedimento para que los derechos económicos, sociales y culturales sean la excepción para crear un diálogo jurisprudencial con todos los derechos.

Todos y cada uno de los aparentes problemas que se han planteando anteriormente no solo impactan los casos específicos, donde se han venido desarrollando estas discusiones en el seno de la Corte Interamericana, sino que también tienen una incidencia en todas aquellas personas que, de manera individual o colectiva, deseen hacer justiciables de manera directa sus derechos. En este tenor, tenemos que tener presente que todos y cada uno de los derechos que se han desarrollando en el presente texto en materia indígena y tribal, que tienen una relación directa con el territorio ancestral, no son justiciables de manera directa, según lo dispone el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

¹²⁹ Voto concurrente del Humberto Sierra Porto al *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*, párr. 28.

¹³⁰ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, párr. 74.

Sostener estos aparentes problemas como elementos sin solución en el Sistema Interamericano implica también negar derechos a partir de interpretaciones restrictivas que se tengan de las disposiciones de los instrumentos de derechos humanos en nuestro sistema.

5. HACIA UNA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES
Y AMBIENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
Y TRIBALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Después de haber expuesto tanto los derechos que se encuentran vinculados con el territorio ancestral y determinar algunos problemas conceptuales e ideológicos que se presentan en el Sistema Interamericano para no hacer justiciables los DESCAs que se encuentran fuera del ámbito del artículo 19.6 del Protocolo, debemos tener en cuenta que todos los derechos son progresivos, tanto en el desarrollo de su contenido como en la forma en la que las nuevas realidades se van presentando dentro de la sociedad. El exjuez Rodolfo Piza Escalante, desde la opinión consultiva 4 sobre “La propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, en 1984, consideraba que todos los derechos humanos son “exigibles, progresivos y expansivos”, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, “la necesidad de considerar en cada caso, no solo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales [...]”.¹³¹ Para el exjuez, lo que verdaderamente importa es “distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga

¹³¹ Voto concurrente del exjuez Rodolfo Piza Escalante a la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984. Serie A, núm. 4, párr. 3.

decir, «*exigibles directamente por sí mismos*», y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, «*exigibles indirectamente*», a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación [...]».¹³²

El exjuez Piza Escalante planteaba en su voto concurrente una posición bastante interesante, es decir, que todos los derechos deben ser garantizados progresivamente, especialmente cuando “ciertos derechos” civiles y políticos no puedan ser exigidos directamente; lo anterior debería verse a la luz de lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención referido a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de manera inversa, que “las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados «derechos económicos, sociales y culturales» en la medida y aspectos en que estos resulten razonablemente exigibles por sí mismos¹³³ [...] esta interpretación flexible y recíproca de las normas de la Convención con otras internacionales sobre la materia, e inclusive con las de la legislación nacional, se conviene con las «normas de interpretación» del artículo 29 de la misma”.

Si bien el exjuez pone en manifiesto esta postura, a lo que él se refiere es a la temática de la justiciabilidad indirecta de los derechos sociales, a través de las otras disposiciones diferentes del artículo 26 de la Convención Americana. Esta postura es la que la Corte Interamericana ha desarrollado en su jurisprudencia a través de los principios de indivisibilidad e interdependencia, lo cual, en cierto modo, sesga el contenido de los derechos sociales, pues no se desarrolla su núcleo esencial. En este sentido, cuando se alega la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano no se hace en el sentido de desconocer el carácter normativo, competencial o procesal del artículo 19.6 del Protocolo de San

¹³² *Ibidem*, párr. 6.

¹³³ *Idem*.

Salvador ni a través de los principios de interdependencia e indivisibilidad para anclar DESC en derechos civiles y políticos. Cuando se recurre al término justiciabilidad directa, se hace en el sentido de ofrecer otras alternativas para que los otros derechos que se encuentran dispuestos en dicho Protocolo sean exigibles ante los órganos del Sistema Interamericano, tomando en cuenta precisamente que todos los derechos son interdependientes e indivisibles.

En el año 2000, en el caso *Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) vs. Guatemala*, los exjueces Antônio Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli expresaron que “[se] conceptualiza el derecho a la vida¹³⁴ como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como en el de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”,¹³⁵ pues precisamente en el caso de los *Niños de la Calle* se puso de manifiesto que de seguir concibiendo ciertos derechos desde un punto de vista de obligaciones negativas —obligaciones de no hacer— constituía un error, debido a que no solo estas pueden ser exigidas a un Estado, sino también las obligaciones de carácter positivo, es decir, las acciones de hacer, relacionadas de manera directa con la vida digna, y a lo que al mismo tiempo ha denominado “proyecto de vida de las personas”, pues se encuentra

¹³⁴ “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 144.

¹³⁵ Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) vs. Guatemala*, *supra*, núm. 63, voto concurrente de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 2.

indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino.¹³⁶

En este sentido, el juez Eduardo Ferrer ha referido que es claro que la Corte Interamericana no puede declarar como violación derechos a la salud, medioambiente, derechos culturales y alimentación en el marco del Protocolo de San Salvador, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la educación y los derechos sindicales, sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como unos de los referentes interpretativos sobre el alcance de otros derechos que no son justiciables de manera directa con el artículo 19.6. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.¹³⁷ La interpretación que se haga del artículo 26, en conjunto con las obligaciones de respetar y garantizar derivadas del artículo 1, ayudaría a superar las barreras interpretativas, abriendo la posibilidad de que derechos que en principio no estén reconocidos como justiciables por el Protocolo de San Salvador, puedan dotar de contenido lo que el artículo 26 dispone como una norma programática para efectivizar y justiciar derechos que no lo son a través del artículo 19.6.

En lo que respecta a los pueblos indígenas, la falta de acceso a las tierras y a los recursos naturales que conforman el territorio también limita el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales.¹³⁸ De lo antes expuesto se puede establecer

¹³⁶ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42, voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párrs. 15-16.

¹³⁷ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, párr. 27.

¹³⁸ CIDH, Relatoría Especial sobre los Derechos los Pueblos Indígenas, *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., 30 diciembre 2009, párr. 159.

que el derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas no solo conlleva una violación al derecho en sí mismo consagrado en el artículo 21 de la Convención, sino por el contrario, como ha indicado la jurisprudencia de la Corte, el territorio implica el disfrute pleno de los elementos que lo constituyen, pues mientras una comunidad esté sin tierras, se encontrará en la imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia.¹³⁹

La Corte Interamericana no ha sido ajena a la temática de los derechos sociales en sus sentencias. En materia de reparaciones la Corte, en varios casos, ha dictado medidas de reparación con un contenido social, pese a que nunca se ha versado sobre tal temática. En el caso de la *Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay*, en 2005, la Corte puso de manifiesto la relación que existe entre el derecho al territorio y derechos de carácter económico, social y cultural¹⁴⁰ y, recientemente en 2012, en el caso del *Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte interpretó el derecho a la consulta, libre, previa e informada de las comunidades y pueblos indígenas o tribales en el reconocimiento de los derechos de la cultura propia o identidad cultural reconocidos en el Convenio 169 de la OIT; por lo que la falta del derecho a la consulta en el caso específico generó la violación al derecho a la propiedad comunal del pueblo Sarayaku reconocido en el artículo 21 de la Convención en relación con el derecho a la identidad cultural.¹⁴¹ En el caso *Kichwa de Sarayaku*, la Corte consideró que en su conjunto, la falta de garantía del acceso a la propiedad comunitaria por parte del Estado afectó el derecho a la vida digna de los miembros de la comunidad, por privarlos de sus medios de subsistencia tradicionales y del disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y

¹³⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 116.

¹⁴⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 163; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 119 y 155 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*, párr. 215-216.

¹⁴¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 232.

para la práctica de su medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.¹⁴²

Es menester señalar que la Corte ha establecido una responsabilidad por parte de los Estados a no tomar acciones positivas a través de los derechos consagrados en la Convención Americana, como el caso del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, bajo la concepción de “vida digna”.¹⁴³ La Corte señaló que para los miembros de los pueblos indígenas, la relación con sus tierras no se agota en una simple cuestión de posesión y producción, sino que constituye un elemento material y espiritual básico de su cultura, esencial para la preservación de su legado y su transmisión a las generaciones futuras.¹⁴⁴ En las reparaciones que ha dictado el Tribunal Interamericano, en cuanto a medidas de satisfacción, ha ordenado la creación de centros de educación, centros de salud, caminos o recuperación de la cultura indígena.¹⁴⁵

Cuando se afectan los territorios que ancestralmente ocupan los pueblos indígenas, se sufre un atentado a su derecho a la vida e integridad personal *en su sentido más amplio*, pues ambas

¹⁴² Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre Derechos Sociales y Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 246.

¹⁴³ Cabe señalar que la Corte ha hecho referencia a la violación al derecho a la vida por la falta de suministro de los servicios básicos que el Estado debió implementar para garantizar el derecho a la vida (servicios de salud y alimentación), especialmente por ser un grupo en situación de vulnerabilidad Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, párr. 155 y *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 138-217. Sin embargo, bajo la concepción de vida digna ha referido que al denegar a los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y a al uso y disfrute de los recursos naturales puede tener implicaciones a la violación al derecho a la salud, en relación con la obtención de alimento y el acceso al agua, por lo que los Estados [violan] el derecho a la vida digna al no adoptar medidas frente a las condiciones que les impidieron tener acceso al territorio; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párrs. 163, 167 y 176.

¹⁴⁴ Corte IDH, *Caso Mayagna Sumo (Awás Tigni) vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 149.

¹⁴⁵ Calderón Gamboa, Jorge, *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, col. Sistema Interamericano de Derechos Humanos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2013, p. 40.

conforman —como lo ha entendido la Corte— componentes del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. El derecho a la vida es abordado en su vinculación estrecha e ineludible con la identidad cultural. Dicha identidad se forma con el *pasar del tiempo*, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. En lo que concierne a los miembros de los pueblos indígenas, la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les privan de estas últimas, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad.¹⁴⁶

Hasta la fecha no se ha establecido una violación directa a derechos tales como a la alimentación, a la salud o a un medioambiente sano, que se vinculan directamente con el territorio y que pueden ser analizados por separado de los derechos que se consagran en la Convención Americana. Son los derechos de la propia Convención los que han servido de base para que los Estados implementen acciones positivas, pese a que la Corte ha reconocido el carácter interdependiente e indivisible de los derechos, de los cuales, la vulneración de uno conlleva a la afección de otro, sin importar el instrumento en el que se encuentren garantizados. De este modo, a la luz del Convenio 169 de la OIT, la protección de los derechos de los pueblos indígenas no puede desligarse de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales,¹⁴⁷ ya que las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual,¹⁴⁸ dándole sentido a su existencia.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, párr. 119, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 28.

¹⁴⁷ *Cfr.* ONU, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, Noveno período de sesiones, A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008, párr. 20.

¹⁴⁸ CIDH, Informe 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 155.

¹⁴⁹ *Cfr.* ACHPR, *Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, 276/2003, párr. 164.

Independientemente de los problemas que en este momento presente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos —y en particular la Corte Interamericana— para hacer justiciables los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que evidentemente también restringen los derechos sociales de los pueblos indígenas y tribales en toda el continente, es innegable que eventualmente la posición de la Corte Interamericana, en algún momento, deberá evolucionar para hacer acorde la realidad de este tipo de derechos con las realidades internas de cada uno de los Estados parte.

6. CONCLUSIÓN

Podemos decir que la indivisibilidad de los derechos humanos y la integración e interdependencia de los derechos los civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales son parte de la civilización moderna en términos de alcanzar un pleno desarrollo humano. El tema de los DESC se suele enfocar desde una óptica más política que jurídica, por lo que no se ha incursionado con profundidad en la utilización de los mecanismos dispuestos por el sistema interamericano de protección de derechos humanos en términos de su exigibilidad. Prueba de ello es la poca cantidad de casos por violación a los DESC en conocimiento de la Comisión o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvedad hecha de casos en que se involucran situaciones de pueblos indígenas donde, por lo general, se vincula el derecho humano a la propiedad colectiva con situaciones de medioambiente, o casos alusivos a derechos laborales.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Pueden consultarse algunos casos e informes sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas, a saber: informe del Caso 7615 *Yanomami vs. Brasil*, resolución 12/85, 5 de marzo de 1985; informe 90/99, solución amistosa en el Caso 11.713 *Exnet vs. Paraguay*. Igualmente, los informes específicos sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas en los siguientes países: Guatemala (1993), Colombia (1993), Ecuador, Brasil, México y Perú. La Corte Interamericana ha incursionado en esta temática en los casos *Aloboetoe y otros vs. Surinam* y *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua* (casos de pueblos indígenas), y en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, se discutió la violación de derechos de carácter laboral.

Hoy en día, existe una deuda pendiente con los pueblos indígenas, hacer justiciables en los instrumentos del Sistema Interamericano sus derechos económicos, sociales y culturales. La Corte tiene en sus manos casos pendientes por resolverse;¹⁵¹ estos casos son la oportunidad para que el Tribunal reivindique a los pueblos y tribales sobre la plenitud de sus derechos, para que de esta forma se amplié la visión que se tienen de los DESC en el caso de los pueblos indígenas, lo cual inevitablemente trastocará las legislaciones internas de los países que conforman nuestra región para ampliar la protección de los pueblos indígenas y tribales, dejando la concepción en la que se ha anclado nuestra región, en donde solo se viola la propiedad de las comunidades.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

AÑÓN, María José, *El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada: dos caras de una misma moneda*, nota 24, en ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian y AÑÓN, María José, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006.

ARANGO, Rodolfo, *Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas del futuro*, Derechos Humanos y Democracia, disponible en <http://200.41.235.179:83/imagenes/documentos/fio/cuadernos/5/1arango.pdf>

CALDERÓN GAMBOA, Jorge, *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Col. Sistema Interamericano de Derechos Hu-

¹⁵¹ Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso 12.448, *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros respecto de Honduras*, fecha de remisión a la Corte Interamericana: 21 de febrero del 2013; Caso 12.761, *Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros respecto de Honduras*, fecha de remisión a la Corte Interamericana: 1 de octubre de 2013; Caso 12.639, *Pueblos Kaliña y Lokono respecto de Surinam*, fecha de remisión a la Corte: 26 de enero del 2014.

mano, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Medio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como derecho humano*, San José, Costa Rica, IIDH, 1993

CARMONA LARA, María del Carmen, “Aspectos ecológicos y ambientales de la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas: una mirada jurídica”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, México, IIJ-UNAM, 2001.

COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, t. IX, Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, México, IIJ-UNAM, 2008.

—, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; CABALLERO OCHOA, José Luis y STEINER, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, noviembre, 2013, t. 1.

GONZÁLES, Enrique, *El derecho a la salud*, en ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, y AÑÓN, María José, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006.

GUTIÉRREZ, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, en CERVANTES ALCAYDE, Magdalena; EMANUELLI, María Silvia; GÓMEZ TREJO, Omar y SANDOVAL TERÁN, Areli (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma consti-*

- tucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-III-UNAM, 2014.
- HUNTER, David; SALZMAN, James y ZAEKE, Durwood, *International Environmental Law and Policy*, Nueva York, Foundation Press, 2002.
- ITUARDE, Claudia, *Los pueblos indígenas, el medio ambiente y la progresividad de los derechos humanos en el sistema interamericano*, en MARTÍN, Claudia; RODRÍGUEZ, Diego y GUEVARA, José, *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, American University Washington College of Law , 2006.
- LUCAS, Javier, *¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?*, en ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, y AÑÓN, María José, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006.
- NAMNUM, Samantha, *Derecho a un medio ambiente sano, una mirada hacia los mecanismos legales para su defensa*, México, CDHDF-CEMDA, 2008.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two intertwined treaties non-enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013.
- SALAZAR CARBONERO, Roxana; SAVORIO VALVERDE, Rodolfo y CABRERA MEDAGLIA, Jorge, *Manual sobre derechos humanos*, Costa Rica, Fundación Ambio-Academia Costarricense de Derecho Ambiental, 1995.
- SERRANO, César, *Los derechos de los pueblos indígenas. Derecho internacional y experiencias constitucionales en nuestra América*, México, Universidad de San Luis Potosí, 2009.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Cultural Rights: A social science perspective*, en Eide, Asbjorn; Krause, Catarina y Rosas, Allan, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

ZAVALA BONACHEA, Magdalena, “El derecho a la cultura”, en *Ciclo de conferencias y mesas redondas “Globalización y Derechos Humanos”*, México, CNDH, 2005, facs. 3.

Documentos internacionales

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 155.
- , petición 1118-03, *Comunidad Garífuna de Cayos Cochinos*, informe 39/07, de 24 de julio de 2007.
- , informe del Caso 7615 “*Yanonamí respecto de Brasil*”, resolución 12/85, 5 de marzo de 1985, en *La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II.108, Doc. 6, Secretaría General, Washington, D.C., Organización de los Estados Americanos, 2000.
- , *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros*, admisibilidad, informe 62/04, petición 167/03, Ecuador, 13 de octubre de 2004.

Jurisprudencia

- ACHPR, *Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, 276/2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.
- , *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C, núm. 223.
- , *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.
- , *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

- , *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, núm. 234.
- , *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C, núm. 85.
- , *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170.
- , *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 299.
- , *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.
- , *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214.
- , *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.
- , *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.
- , *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124.
- , *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252.
- , *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, núm. 148.
- , *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, núm. 284.
- , *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172.

- , *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C, núm. 237.
- , *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246.
- , *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.
- , *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C, núm. 293.
- , *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74.
- , *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, núm. 42, voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli.
- , *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259.
- , *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C, núm. 265.
- , *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135.
- , *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195.
- , *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.
- , *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 179.
- , *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

- , *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114.
 - , *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 249.
 - , *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Margus vs. Croacia*. Sentencia de 27 de abril de 2014, Gran Cámara.
- , *Caso Opuz vs. Turquía*. Sentencia de 9 de junio de 2009, Tercera Sección.

IV. Más allá del derecho a la consulta previa: Derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano frente a proyectos de inversión, desarrollo y extracción

*Cristina Blanco Vizarreta**

1. INTRODUCCIÓN

Han pasado más de cuatro décadas desde que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana, CIDH o Comisión) emitió los primeros pronunciamientos sobre la situación de los pueblos indígenas del continente y casi quince desde la primera sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte, Corte Interamericana o Corte IDH) sobre el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Durante este tiempo, la Comisión y la Corte han hecho uso de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana o DADDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o CADH) para dotarlos de un conteni-

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magister en Derechos Humanos por la misma casa de estudios. Exabogada especialista de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y de la Región de Mesoamérica y el Caribe de habla hispana de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Actualmente, es Coordinadora del Área Académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEH-PUCP), consultora externa de la CIDH y profesora de la Facultad de Derecho de la PUCP.

do específico con claras obligaciones estatales frente a los pueblos indígenas de la región.

Uno de los ámbitos que ha requerido en mayor medida su atención, es la implementación de proyectos de extracción, inversión o desarrollo que impactan en los pueblos indígenas y tribales.¹ Ello se relaciona con que varios países del continente, y en especial los latinoamericanos y del Caribe, están inmersos en procesos cada vez más intensos de extracción de recursos naturales, actividad que constituye muchas veces parte central de su modelo de desarrollo económico.² Es preocupante notar que, con gran frecuencia, estos proyectos coinciden con tierras y territorios históricamente ocupados por pueblos indígenas y tribales, en tanto suele tratarse de zonas que albergan una cantidad significativa de recursos naturales o se encuentran ubicados en áreas consideradas estratégicas por diversas razones. Al mismo tiempo, ha sido advertido que si bien estos colectivos son comúnmente los más afectados, la vasta mayoría de los beneficios derivados de tales proyectos suelen recaer sobre otros, mientras que las zonas donde se realizan presentan cifras bajas de desarrollo socioeconómico.³

¹ Cabe notar que la Corte Interamericana ha explicado que el término “plan de desarrollo o inversión” utilizado en la sentencia recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, “supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párr. 129, nota a pie 124.

² Véase *inter alia* Gudynas, Eduardo. *Extractivismos: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*, RedGE/CLAES/PDTG, Lima, 2015.

³ Por ejemplo, el informe final del proceso de “Reseña de las Industrias Extractivas” del Banco Mundial concluyó que: “[s]e reconoce generalmente por los economistas que el crecimiento económico es un prerrequisito para el alivio a largo plazo de la pobreza de ingresos que se produzca en un país. Si las industrias extractivas son una fuente de crecimiento económico, entonces al menos deben tener el potencial de contribuir a la mitigación de la pobreza. El registro histórico de las industrias extractivas en la contribución al crecimiento económico ha sido mixto, sin embargo. Mientras que algunos países ricos en recursos tienen altos registros de crecimiento y alivio de la pobreza, otros han mostrado poco crecimiento económico o incluso han experimentado crecimiento negativo” [traducción propia].

En el Sistema Interamericano ya se han conocido varios casos de afectación de pueblos indígenas y tribales frente a planes o proyectos de distinta índole. Los estándares desarrollados al respecto parten de reconocer que si bien las normas de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, sí exigen que el mismo tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los colectivos afectados. El desarrollo y consolidación del derecho a la consulta previa, libre e informada ha sido una importante garantía para brindar la protección requerida en estos contextos. A través de un sólido desarrollo jurisprudencial de este derecho, los órganos del SIDH han asumido un papel progresivo y garantista, otorgando la protección de diversos pueblos y comunidades de la región que recurren en busca de la tutela que no encuentran en sus países. De forma indirecta, ha favorecido también que otros pueblos del continente vean tutelados sus derechos, gracias a la acción de los órganos jurisdiccionales internos que se han servido de los pronunciamientos del Sistema Interamericano.⁴ Así, el actuar de la CIDH y la Corte Interamericana ha llenado en cierto modo los vacíos derivados de la ausencia de un instrumento internacional específico en el continente americano en materia de pueblos indígenas, y se ha erigido como un motor de la actividad jurisprudencial y, en ocasiones, normativa de los Estados.⁵

Véase Banco Mundial. *Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas. Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas*. vol. I, diciembre 2003, pp. 2-3, y 45.

- ⁴ Para una recopilación de pronunciamientos internos al respecto, véase Galvis Patiño, María Clara y Ramírez Rincón, Ángela María, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Washington, DPLF, 2013.
- ⁵ Recordemos que una de las grandes deudas con los pueblos indígenas del continente es la aprobación del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En 1989, la Asamblea General de la OEA solicitó a la Comisión Interamericana la redacción de un instrumento jurídico respecto a los derechos de las “poblaciones” indígenas. Tras realizar una serie de consultas nacionales y regionales a organizaciones indígenas, expertos en la materia y gobiernos, en 1997 la CIDH aprobó el “Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” y lo entregó a la Asamblea General de la OEA. Transcurridos quince años, a la fecha el texto no ha sido aprobado por los Estados miem-

Aunque sin duda el Sistema Interamericano es uno de los más protectores en la materia, es innegable que sus estándares son perfectibles. Más allá de los diversos retos que enfrenta, vinculados, entre otros, a la excesiva carga procesal y al incumplimiento de sus decisiones,⁶ a nivel jurisprudencial es posible hacer algunas reflexiones dirigidas a reforzar los estándares existentes. En efecto, el derecho a la consulta en los términos desarrollados hasta el momento, parece no ser suficiente de cara a una realidad sumamente desafiante y diversa, así como a avances dados en otros ámbitos, por ejemplo, en el Sistema Universal de Derechos Humanos.

Por otro lado, partimos por considerar que si bien es indudable su importancia y el rol fundamental que cumple en todo Estado multiétnico y pluricultural,⁷ el derecho a la consulta no es el único exigible. Los esfuerzos por hacer frente a los diversos ámbitos de afectación que puede representar la implementación de un proyecto para un pueblo indígena o tribal no deben centrarse únicamente en este derecho que, como todos, tiene un alcance y contenido limitados. Se sugiere, por tanto, dar énfasis a otras obligaciones contenidas en los instrumentos interamericanos, especificando su contenido en contextos de actividades extractivas, de desarrollo o inversión que afecten a los pueblos indígenas y tribales.

bros, sino que continúan las negociaciones. Para información detallada sobre el estado actual del proceso véase http://www.oas.org/es/sla/ddi/pueblos_indigenas_apoyo_elaboracion_proyecto_declaracion.asp

⁶ Con relación a los principales retos que enfrenta el SIDH, véase por ejemplo, AA.VV., *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2015. En cuanto a la falta de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, pueden consultarse las resoluciones de supervisiones de cumplimiento emitidas. Véase *inter alia* Corte IDH. *Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 junio de 2015; y Corte IDH. *Caso del Pueblo Sarakama vs. Surinam*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2013.

⁷ Véase al respecto Cerqueira, Daniel, *Por un fundamento ético-jurídico de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales*, *THÉMIS-Revista de Derecho*, núm. 67, 2015, pp. 155-166.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente artículo presento algunas consideraciones iniciales que, lejos de agotar el asunto, puedan contribuir a la reflexión en torno, por un lado, a cómo continuar la construcción de estándares cada vez más sólidos en materia del derecho a la consulta y, por otro, a dotar de un contenido específico a obligaciones estatales frente a planes o proyectos que afectan a estos colectivos, más allá del deber de consultar.

Para ello, en primer lugar hago un breve recuento de los criterios de la CIDH y la Corte en materia del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta. Una vez establecido el punto de partida, abordo los principales aspectos en que puede fortalecerse el alcance y contenido del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano. Posteriormente, me refiero a otras tres obligaciones que considero esenciales y que se derivan de los instrumentos interamericanos, pero que no han recibido atención suficiente en este ámbito. Abordaré, en concreto, el deber de implementar un marco normativo adecuado para la protección de los derechos de los pueblos indígenas que abarque no solo el derecho a la consulta previa, sino también la protección general de los derechos territoriales de los pueblos indígenas frente a actividades extractivas, de desarrollo o inversión. Igualmente, me referiré a los deberes de prevención y supervisión de la actividad empresarial durante todo el ciclo de vida del proyecto, y no solo en las primeras etapas del mismo, momento que es crucial pero no el único relevante y en el cual parece haberse centrado, en mayor medida, la actividad jurisprudencial del SIDH. Por último, destacaré el derecho de acceso a la justicia y reparación de los derechos de los pueblos indígenas afectados por proyectos de extracción e inversión.

2. TRAS QUINCE AÑOS DE *AWAS TINGNI*: BREVE MIRADA A LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA EN MATERIA DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA

La situación de los pueblos indígenas y tribales ha sido de preocupación del Sistema Interamericano desde hace varias décadas, como muestra, ya en el año 1972, en su resolución sobre “Protección Especial de las Poblaciones Indígenas-Medidas para Comba-

tir el Racismo y la Discriminación Racial”, la Comisión Interamericana afirmó que “por razones históricas, principios morales y humanitarios, era un compromiso sagrado de los Estados proteger especialmente a las poblaciones indígenas”.⁸ A lo largo de los años, este compromiso —postulado en términos principalmente morales o políticos— ha ido dando paso a un conjunto de obligaciones jurídicas de los Estados con relación a los derechos de los pueblos indígenas.⁹ Así, junto con las obligaciones generales de derechos humanos,¹⁰ la CIDH y la Corte Interamericana han reconocido que los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y sus miembros.¹¹

⁸ Resolución sobre “La Protección Especial para Poblaciones Indígenas, acción para combatir el racismo y la discriminación racial”, citada en CIDH. *Caso Yanomami*, informe 12/85, informe anual 1984-1985, párr. 8.

⁹ Por ejemplo, en 1972, en el *Caso de las Comunidades Guahibos vs. Colombia*, la CIDH señaló la obligación del Estado de defender las tierras indígenas [CIDH. *Comunidades Guahibos vs. Colombia*, Caso 1690. 1972, secc. II, e]. Algunos años después la Comisión fue más adelante con la resolución referida al pueblo Yanomami del noroeste de Brasil, mediante la cual recomendó delimitar y demarcar el parque Yanomami, convirtiéndose así en “la primera [] resolución de un organismo intergubernamental [que] solicitaba esa demarcación” [CIDH. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62. 20 octubre 2000]. En los años siguientes, la Comisión conoció varios casos relativos a derechos territoriales de comunidades indígenas, en los que propició encuentros favorables entre las partes. Haciendo uso del mecanismo de solución amistosa, la Comisión ejerció una tarea de direccionamiento para la concreción de acuerdos que permitan dar respuesta a la afectación a los derechos de los pueblos indígenas en la región. CIDH. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62. 20 octubre 2000.

¹⁰ En el marco del SIDH, el deber de los Estados miembros de la OEA, de promover y proteger los derechos humanos, emana de las obligaciones de derechos humanos recogidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Asimismo, los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, exigen explícitamente a los Estados parte “respetar” y “garantizar” el “libre y pleno ejercicio” de los derechos allí reconocidos, inclusive mediante la adopción de “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

¹¹ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, cap. IX,

Sin duda, el ámbito que ha requerido mayor atención de los órganos del SIDH es el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, y los recursos naturales que en ellos se encuentran. Ello pues, en palabras de la CIDH, “su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”.¹² En junio de 1998, la Comisión envió a la Corte Interamericana el primer caso referido al derecho a la propiedad de una comunidad indígena, la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni de Nicaragua, caso histórico al ser la primera piedra en el posterior desarrollo jurisprudencial. Desde entonces, la CIDH ha presentado ante la Corte varios otros asuntos sobre el derecho a la propiedad de pueblos indígenas y tribales; tres de ellos referidos a comunidades del pueblo Enxet en Paraguay,¹³ uno sobre el pueblo tribal de Saramaka en Surinam,¹⁴ sobre el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku en Ecuador,¹⁵ los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano en Panamá,¹⁶ y dos referidos a comunidades del pueblo Garífuna en Honduras.¹⁷ A ello se suman los casos resueltos

párr. 13. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 63.

¹² CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso de Yakye Axa vs. Paraguay*. En Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 12, lit. c.

¹³ *Idem*. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *supra*; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, núm. 214.

¹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.

¹⁶ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284.

¹⁷ Corte IDH. *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, núm. 305. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304.

por la CIDH con relación a Estados que no han ratificado la Convención Americana, como el caso de *Mary y Carrie Dann*, relativo a Estados Unidos¹⁸ y el de las *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* con relación a Belice.¹⁹

A través de tales pronunciamientos, la Comisión y la Corte han desarrollado conjuntamente el contenido del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana y en el artículo XXIII de la Declaración Americana. Este derecho ha ofrecido la vía más importante para el reconocimiento y protección del territorio ancestral y con ello, la protección de una serie de elementos vinculados a su cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia tradicional. Puede decirse que la jurisprudencia del SIDH, al respecto, parte de tres premisas fundamentales:

- (i) el derecho a la propiedad se extiende más allá de la clásica forma individualista de entender la propiedad y permite proteger la concepción colectiva sobre la tierra y el territorio tradicional existente entre los pueblos indígenas y tribales;²⁰
- (ii) estos pueblos poseen una relación especial con la tierra y el territorio ancestral en tanto cumple un rol fun-

¹⁸ CIDH. Informe 75/02 (Fondo). Caso 11.140. *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002.

¹⁹ CIDH. Informe 40/04 (Fondo). Caso 12.053. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre 2004.

²⁰ Esta consideración se refleja desde la primera sentencia conocida por la Corte sobre la materia. En efecto, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte estableció que: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 148.

damental para su supervivencia física y cultural como pueblos,²¹ y

- (iii) el derecho a la propiedad protege no solo la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, sino también con los recursos naturales que se encuentran en ellas y que han utilizado tradicionalmente.²²

Teniendo como base lo anterior, los órganos del SIDH han dotado de un contenido específico al derecho a la propiedad colectiva, desarrollando obligaciones estatales correlativas. Se han referido, entre otras, a la obligación de reconocimiento, delimitación, demarcación y protección efectiva; al derecho a la restitución del territorio ancestral; y al derecho a la consulta previa, libre e informada y, en su caso, al consentimiento frente a decisiones que les afecten. Esta última obligación ha concitado particular atención, dado el contexto advertido que determina que hoy en día uno de los escenarios más comunes de afectación a los derechos de los pueblos indígenas y tribales sea la implementación de planes y proyectos de desarrollo y extracción. Esta especial atención se ha dado en un contexto internacional y en varios escenarios nacionales en los cuales la bandera de batalla ha sido el derecho a la consulta.

Ello, en tanto que en el derecho internacional se ha dado un contenido específico al deber de realizar consultas previas con los pueblos indígenas frente a medidas susceptibles de afectarles

²¹ Así por ejemplo, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* la Corte afirmó “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”. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *supra*, párr. 149. Véase al respecto, Stavenhagen, Rodolfo. *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*. Tokio, The United Nations University, 1990, p. 101.

²² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *supra*, párr. 137. Como explicó la Corte en el *caso Saramaka*, “[...] 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”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, parr. 122.

directamente. En efecto, el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas se encuentra protegido tanto por instrumentos internacionales de derechos humanos específicos —como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas—²³ como por tratados de derechos humanos generales, con base en las interpretaciones hechas por los órganos encargados de su supervisión, como los pactos internacionales de derechos civiles y políticos (PIDCP), y de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC),²⁴ y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.²⁵

A la luz de tales instrumentos y pronunciamientos internacionales, la CIDH y la Corte han desarrollado principalmente el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales en las sentencias del *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, el *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, y recientemente, de la *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*.²⁶ En sus pronunciamientos, la Corte Interamericana ha establecido que si bien el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales no es absoluto, para restringirlo o limitar su ejercicio los Estados

²³ El derecho a ser consultado se encuentra estipulado en el Convenio 169 de la OIT (arts. 6 y 7), en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (arts. 27 y 32), así como en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. XXIV).

²⁴ Véase *inter ali* ONU. Comité de Derechos Humanos. Comentario General 23. Artículo 27, Derecho de las minorías, 50º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994). ONU. Comité de Derechos Humanos. *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*, comunicación 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009.

²⁵ Véase ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997). ONU. CERD, observaciones finales relativas a Guyana, 04 de abril de 2006, CERD/C/GUY/CO/14, párr. 19; Guatemala, 15 de mayo de 2006, CERD/C/GTM/CO/11, parr. 19; Surinam, 18 de Agosto de 2005, Decisión 1(67), CERD/C/DEC/SUR/4, párr. 3; Estados Unidos de América, 14 de agosto de 2001, A/56/18, parr. 380-407.

²⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, *supra*, núm. 305. párrs. 154 y ss.

deben cumplir ciertas garantías, conformadas por un estándar tripartito. En primer lugar, deben dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana para los casos de expropiación. En concreto, tales restricciones deben encontrarse previamente establecidas por ley, deben ser necesarias, proporcionales y deben tener como fin lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.²⁷

El segundo requisito consiste en que el otorgamiento de la concesión no afecte la supervivencia del pueblo indígena o tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida.²⁸ Cabe hacer notar que, como señaló la Corte en la sentencia de interpretación del caso *Saramaka*, la “supervivencia” no se identifica con la mera subsistencia física, sino que “debe ser entendida como la capacidad de los [pueblos indígenas] de «preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio», de tal forma que puedan «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 tanto, el término «supervivencia» significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física”.²⁹

La tercera garantía establecida por la Corte consta a su vez de tres condiciones, orientadas a garantizar la supervivencia como pueblos, esto es, su participación efectiva “en los procesos de diseño, ejecución y evaluación de los proyectos de desarrollo que se llevan a cabo en sus tierras y territorios ancestrales”;³⁰ el otor-

²⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172. párr. 127. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 156. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, *supra*, núm. 305. párr. 154.

²⁸ En términos de la Corte Interamericana, “otro 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”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, párr. 128; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. núm. párr. 156.

²⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185, párr. 37.

³⁰ CIDH, *Informe de Seguimiento, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 157.

gamiento de los beneficios derivados del proyecto y la realización de estudios previos de impacto socioambiental.³¹ Sin pretender hacer un abordaje exhaustivo de cada uno, a efectos del presente artículo, cabe recordar que la referida *participación efectiva* consiste precisamente en el derecho a la consulta previa, libre e informada. Los órganos del Sistema Interamericano han sido enfáticos en señalar que los procesos de consulta deben cumplir con determinados requisitos, como realizarse de modo previo, lo que supone que se realicen “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta [...]”.³² Además, deben ser culturalmente adecuados y tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo correspondiente para la toma de decisiones, así como sus formas propias de representación.³³ Adicionalmente, debe ser informada, lo que supone la provisión de información plena y precisa de la naturaleza y consecuencias del proceso a las comunidades consultadas.³⁴ Debe realizarse de buena fe³⁵ y con la finalidad de llegar a un acuerdo.³⁶

³¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185, párr. 38.

³² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 167 y 180-182; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, párr. 133.

³³ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párrs. 27, 131, 133, 154; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 201-202.

³⁴ CIDH, Informe 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 133; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

³⁵ La inexistencia de “buena fe” ha sido desvirtuada por la Corte frente a prácticas como la corrupción de líderes o autoridades indígenas, la creación de estructuras de autoridad paralelas, o los intentos de desintegración comunitaria mediante el ofrecimiento a la venta individual de la tierra indígena. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 186.

³⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 133; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 185-187.

La Corte ha destacado al respecto que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del derecho internacional” y que “está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas”.³⁷ Dicho Tribunal ha precisado también que “es deber del Estado —y no de los pueblos indígenas— demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas”.³⁸ Es importante notar que en el caso *Saramaka vs. Surinam* la Corte señaló que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no solo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de este, según sus costumbres y tradiciones”.³⁹ Este aspecto constituye uno de los mayores aportes del Sistema Interamericano, y a la vez genera importantes retos, al ser necesario un mayor desarrollo, pues a la fecha la Corte no se ha pronunciado nuevamente al respecto.

Por otro lado, se encuentra el establecimiento de mecanismos de *participación en los beneficios del proyecto* a favor de las comunidades o pueblos afectados por la extracción de recursos naturales, planes o proyectos de inversión o desarrollo.⁴⁰ En opinión de la Corte, “[...] el concepto de compartir los beneficios [...] es inherente al derecho de indemnización reconocido

³⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 164-165.

³⁸ *Ibidem*, párr. 179.

³⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 134.

⁴⁰ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, recomendaciones 5 y 6; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 248 y 297, recomendaciones 5 y 6.

en el artículo 21.2 de la Convención” y “se extiende no solo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”.⁴¹

La tercera garantía es la *realización de estudios previos de impacto social y ambiental* (EISA), llevados a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”.⁴² Los EISA responden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos.⁴³ Para la Corte Interamericana, se viola el artículo 21 de la Convención Americana cuando el Estado no lleva a cabo o supervisa estudios ambientales y sociales previos al otorgamiento de las concesiones.⁴⁴ Los EISA deben realizarse con carácter previo a la aprobación de los planes respectivos,⁴⁵ y los Estados deben permitir a los pueblos indígenas o tribales participar en

⁴¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párrs. 138-139. Según advierte la Corte en dicha sentencia, en este mismo sentido, se han pronunciado distintos órganos internacionales de derechos humanos. Véase *inter alia* ONU, Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador*, párr. 16. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66.

⁴² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 129; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 205.

⁴³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185, párr. 40. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 154.

⁴⁵ *Ibidem*, *supra*, núm. 185, párr. 41; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 205-206.

la realización de los mismos.⁴⁶ En términos generales, los EISA “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”,⁴⁷ y sus resultados deben ser compartidos con las comunidades, a fin de que puedan tomar una decisión informada.

En suma, estas garantías específicas se complementan entre sí y apuntan a que las decisiones en torno al territorio sean tomadas por el propio pueblo o comunidad indígena, de modo que se garantice no solo su supervivencia física y cultural, sino también su propia concepción de desarrollo y la continuidad de su cosmovisión, modo de vida tradicional, identidad cultural, estructura social y sistema económico.

3. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL DERECHO A LA CONSULTA

Mucho se ha escrito sobre el derecho a la consulta y la jurisprudencia del Sistema Interamericano. En esta nota quisiera centrarme en hacer una mirada crítica sobre aquellos aspectos que pueden resultar más problemáticos. Si bien es posible identificar otros ámbitos que requerirían ser reforzados, he optado por aquellos cuatro que considero principales, a partir de un análisis de las sentencias emitidas y los temas aún no tratados a profundidad. Me referiré, en concreto, a

- (i) la aproximación del derecho a la consulta —que parece haber primado hasta el momento— centrada en el cumplimiento de las garantías de forma del proceso;
- (ii) el alcance del derecho a la consulta, entendiendo que no se limita a proyectos extractivos, de desarrollo o inversión que puedan afectar tierras y territorios indígenas, aunque sobre este supuesto han versado todos los casos conocidos hasta ahora;

⁴⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185, párrs. 16 y 133.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 41.

- (iii) el momento desde el cual es exigible la consulta y la base jurídica de la misma, y
- (iv) el tratamiento dado —y dejado de lado— por la Corte Interamericana a los supuestos en que es exigible obtener el consentimiento de los pueblos afectados y no solo realizar una consulta.

En cuanto al primer punto, las sentencias de la Corte emitidas hasta el momento en materia de consulta se han enfocado en desarrollar los fundamentos jurídicos del derecho a la consulta con base en el derecho interamericano y en establecer con precisión aquellas garantías que deben regir todo proceso de consulta. Ello ante casos en que claramente no se había realizado una consulta previa. Es decir, el énfasis se ha dado en el cumplimiento de las garantías del proceso de consulta, esto es, en que se realice de modo previo, libre e informado, de buena fe, culturalmente adecuado, entre otros.

Pero, como se viene haciendo evidente en la práctica, el cumplimiento de este derecho no puede enfocarse únicamente en el cumplimiento de las garantías que rigen el proceso, sino también —y de manera fundamental— en que permita garantizar efectivamente los derechos que se verían afectados por el proyecto de que se trate. En efecto, distintas organizaciones de la sociedad civil y pueblos indígenas de la región han expresado desencanto y desazón en torno a que la consulta previa sea evaluada únicamente desde visiones formalistas, en las que el contenido de este derecho venga dado solo por el cumplimiento de las garantías de forma referidas. Esta idea ha sido advertida también por el exrelator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, al referirse a “[a]cuerdos y asociaciones equitativos y centrados en los derechos”, entendiéndolo por ello lo siguiente:

[...] el principio del consentimiento libre, previo e informado no cumple su función de protección y eje de los derechos de los pueblos indígenas a menos que el consentimiento, cuando se obtiene, se dé en condiciones justas y equitativas. En consecuencia, está ganando terreno la idea de que los acuerdos con los pueblos indígenas que permiten la realización de proyectos extractivos en sus territorios deben basarse en el pleno respeto de sus derechos en relación

con las tierras y los recursos afectados, y prever una distribución equitativa de los beneficios de los proyectos en un marco de verdadera asociación.⁴⁸

De este modo, la consulta debe ser concebida fundamentalmente como un medio para garantizar los derechos de los pueblos indígenas que de otro modo se verían afectados por determinado proyecto. No debe concebirse que todo es negociable, sino que debe haber un límite en asegurar el contenido de derechos esenciales para estos pueblos. La consulta debe permitir, en suma, garantizar que tales pueblos puedan adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades sociales, económicas y culturales.

Con relación al segundo punto, el objeto de la consulta previa, se observa que el desarrollo jurisprudencial del SIDH —basado en el derecho a la propiedad colectiva— se ha centrado fundamentalmente en proyectos concretos de extracción de recursos naturales. En el ámbito internacional, no obstante, el derecho a la consulta no se limita a estos supuestos, sino que es exigible frente a cualquier medida susceptible de afectarles directamente. Así se establece en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en pronunciamientos de diversos organismos de derechos humanos e incluso tribunales internos. Incluso en países como Perú, donde se han dado pasos importantes en la implementación de este derecho, se tiene experiencia en someter a consulta medidas relacionadas a políticas públicas de diversos rubros, como en materia de educación intercultural bilingüe⁴⁹ o salud intercultural.⁵⁰

Aunque la Corte Interamericana no ha negado este alcance y se ha servido de la definición internacional existente, las posibles

⁴⁸ ONU. Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párr. 72.

⁴⁹ Disponible en <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proceso-de-consulta-previa-para-el-plan-nacional-de-educacion-intercultural-bilingue/>

⁵⁰ Disponible en <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/politica-sectorial-de-salud-intercultural/>

interpretaciones y aplicaciones restrictivas que tienden a darse en algunos países aconsejan un mayor desarrollo al respecto. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, uno de los tribunales internos que tradicionalmente ha sido considerado progresista en la materia, ha explicado que “su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades indígenas y no exclusivamente por la eventual incidencia en los territorios indígenas”.⁵¹ Dado que no siempre se relacionará con la propiedad indígena, ello exigiría desarrollar la fundamentación de su contenido utilizando otros derechos, como el de participación política, recogido en el artículo 23 de la Convención Americana y 20 de la Declaración Americana.

Asimismo, un concepto clave para determinar la procedencia de la consulta previa es el de “afectación directa”. Si bien los órganos del Sistema Interamericano no se han pronunciado específicamente al respecto, es preocupante notar que en el caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, la Corte deja ver un entendimiento un tanto restrictivo de este concepto, en tanto parece entender que la venta de tierras no es claramente un supuesto de afectación directa.⁵² En concreto, la Corte señala que “[...] los representantes se refirieron al proyecto «Punta Isopo resort». Indicaron que se habrían vendido unos 39 611.02 m² de tierras a favor de una empresa «Punta Hisopo Resort, R.L. de C.V.» y otros particulares. No obstante, la Corte no cuenta con los elementos probatorios necesarios para determinar si dicho proyecto habría afectado directamente a la comunidad, por lo que no se puede pronunciar sobre una posible violación del derecho a la consulta”. Si como parece dar a entender la Corte, las tierras vendidas pertenecían al territorio reclamado por la comunidad, la propia enajenación es un supuesto claro de afectación directa, con independencia del objetivo para el cual fueron vendidas. Sería aconsejable que un próximo fallo desarrolle este concepto de manera suficientemente amplia para englobar la diversidad de situaciones que enfrentan los pueblos

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376/12, 18 de mayo de 2012, párr.15.

⁵² Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, *supra*, núm. 305, párr. 172.

indígenas y tribales. Para ello, puede valerse de las definiciones esbozadas por el exrelator James Anaya,⁵³ o la citada Corte Constitucional colombiana.⁵⁴

El tercer punto se refiere al momento desde el cual es exigible la consulta en opinión de la Corte Interamericana, lo que se vincula con su fundamento jurídico. Recordemos que el caso hito en que desarrolla este derecho —esto es, la sentencia del *pueblo Saramaka*— se refería a un Estado no parte del Convenio 169 de la OIT y la Corte interpretó el artículo 21 de la Convención Americana a la luz de las obligaciones contenidas en el PIDCP y el PIDESC. En efecto, acudió a estos instrumentos, como habían

⁵³ James Anaya ha señalado al respecto que: “[]es aplicable [refiriéndose a la consulta previa] siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”. ONU. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

⁵⁴ La Corte Constitucional de Colombia ha indicado que: “De la exposición realizada hasta este punto se desprenden entonces diversos estándares para la determinación de la afectación directa. (i) De los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se desprende que la *afectación directa* hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia *diferencial* de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población”. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-376/12, 18 de mayo de 2012, párr. 22.

sido interpretados por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para determinar el contenido del artículo 21 de la Convención Americana en su aplicación a Surinam.⁵⁵

Posteriormente, en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* —Estado que sí ha ratificado el Convenio 169 de la OIT— la Comisión Interamericana sostuvo que el derecho a la consulta previa no se basa únicamente en dicho Convenio, sino que tiene fundamento en derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos, respecto al cual se había pronunciado al menos desde 1995.⁵⁶ La Corte, por su parte, consideró que el Estado “adquirió el compromiso internacional de garantizar el derecho a la consulta” al ratificar el Convenio 169 de la OIT y afirmó que desde este momento es exigible la consulta.⁵⁷ En este mismo fallo, afirmó que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del derecho internacional”, sin referirse a las consecuencias jurídicas de tal afirmación.⁵⁸ De modo similar, en la reciente sentencia del caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, la Corte expresamente rechazó un alegato en torno a una medida inconsulta debido a que fue adoptada antes de la ratificación del Convenio 169 por parte de Honduras.⁵⁹

⁵⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párrs. 93 y 130.

⁵⁶ Véase CIDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros*, Caso 12.465 contra Ecuador, 26 de abril de 2010, párrs. 120 y ss.

⁵⁷ En particular, consideró que: “Si bien antes de la ratificación de dicho Convenio existía la obligación de garantizar al pueblo Sarayaku el derecho al goce efectivo de su propiedad conforme su tradición comunitaria, teniendo en cuenta las particularidades propias de su identidad indígena en su relación con el territorio, desde que el Estado adquirió el compromiso internacional de garantizar el derecho a la consulta, al ratificar en abril de 1998 el Convenio N° 169 de la OIT, y desde que se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los Pueblos indígenas y afroecuatorianos, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998, la empresa CGC inició actividades de prospección sísmica a partir de julio de 2002”. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 172.

⁵⁸ *Ibidem*, núm. 245, párr. 164.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*, *supra*, núm. 305, párr.161.

Tales pronunciamientos dan lugar a algunas preguntas. Por ejemplo, si el fundamento de este derecho no es únicamente el Convenio 169 de la OIT —siguiendo la sentencia del caso *Saramaka*—, ¿por qué es exigible desde la ratificación de dicho Convenio? Para aquellos Estados que no han ratificado el Convenio, ¿desde cuándo les será exigible esta obligación general que refiere la Corte? La ocasión para un desarrollo coherente al respecto está dada en un caso contra Surinam, similar al del pueblo Saramaka.⁶⁰

Por último, otro aspecto sobre el que conviene llamar la atención es el referido a los supuestos de consentimiento. Al respecto, recordemos que en la sentencia del caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana afirmó expresamente que “cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a [el pueblo], sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de este, según sus costumbres y tradiciones”.⁶¹ Asimismo, en la sentencia de interpretación de dicho caso, la Corte expresó que “dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka”. Así, explicó que “cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”.⁶²

Para determinar el alcance de la expresión “planes de desarrollo o de inversión a gran escala”, la Corte Interamericana se refirió al siguiente pronunciamiento del exrelator especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen:

⁶⁰ Véase CIDH, comunicado 9/14, CIDH presenta caso sobre *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* a la Corte IDH, Washington, D.C., 4 de febrero de 2014.

⁶¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 134.

⁶² *Ibidem*, *supra*, núm. 185, párr. 17.

[...] proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad sobre la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares.⁶³

Este aspecto fue uno de los mejor acogidos por los pueblos indígenas y tribales y las organizaciones de la sociedad civil, y representaba sin duda un avance importante y coherente con pronunciamientos de otros organismos internacionales de derechos humanos. Así, la Corte estableció que si bien la regla es la consulta, existen supuestos excepcionales en que está en riesgo la supervivencia misma del pueblo frente a proyectos de gran escala en que es exigible el consentimiento.

En las sentencias posteriores, sin embargo, la Corte omitió referirse nuevamente a este supuesto de consentimiento, en un intento, al parecer, por dejarlo de lado. Ello, sin embargo, parece improbable en un contexto en que organizaciones indígenas y de la sociedad civil se decantan cada vez más por exigir el consentimiento y no solo la consulta. Incluso tribunales internos como la Corte Constitucional de Colombia han recogido ya la exigencia de obtener el consentimiento excepcionalmente, en los mismos términos desarrollados en *Saramaka*.⁶⁴ No deja de ser preocupante esta omisión de la Corte Interamericana si la miramos de

⁶³ ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión, 21 de enero de 2003, párr. 6.

⁶⁴ En efecto, la referida Corte Constitucional ha considerado que frente a una afectación especialmente intensa al territorio colectivo de los pueblos indígenas, el deber de asegurar la participación de los pueblos no se agota en la consulta, sino que es preciso la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida. Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012, II. Consideraciones y Fundamentos, párr. 8.

forma comparativa con otros organismos de derechos humanos. En el ámbito del sistema de las Naciones Unidas, por ejemplo, el exrelator James Anaya ha invertido la regla al señalar que, como principio general, debe regir la obtención del consentimiento y excepcionalmente procede solo realizar un proceso de consulta.⁶⁵ No debe perderse de vista, además, que tanto el Convenio 169 como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen supuestos concretos en que es exigible el consentimiento, como frente al desplazamiento de los pueblos indígenas⁶⁶ o en caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas.⁶⁷ Confiamos en que en los próximos casos a resolver la Corte Interamericana retome y desarrolle este extremo fundamental de su jurisprudencia.

4. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES FRENTE A PROYECTOS DE EXTRACCIÓN, DESARROLLO O INVERSIÓN: PENSANDO FUERA DE LA CAJA DEL DERECHO A LA CONSULTA

Si bien América Latina es la región en que el derecho a la consulta ha tenido mayor desarrollo jurídico y político, la implementación efectiva de este derecho sigue siendo una tarea incompleta en la

⁶⁵ En concreto, señala que: “De la Declaración y de otras fuentes internacionales de autoridad,^[...] junto con algunas consideraciones prácticas, se deriva la regla general de que no se deben realizar actividades extractivas dentro de los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. [...] El consentimiento también puede ser necesario cuando las actividades extractivas afectan de otro modo a los pueblos indígenas, en función del carácter de los posibles efectos de las actividades en el ejercicio de sus derechos. En todos los casos de proyectos de extracción que podrían afectar a los pueblos indígenas, deberían celebrarse consultas con ellos y, por lo menos, debería tratar de obtenerse su consentimiento, aun cuando este no sea estrictamente obligatorio”.^[...] ONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. A/HRC/24/41. 1 de julio de 2013, párr. 27.

⁶⁶ Véase art. 16 del Convenio 169 de la OIT y artículo 10 de la DNUDPI.

⁶⁷ Véase art. 29 de la DNUDPI.

mayor parte de los Estados de la región.⁶⁸ En cuanto su implementación normativa, es posible afirmar que parte importante de los países no cuenta con una ley específica y algunos de ellos han hecho intentos fallidos por adoptarla, como es el caso de Brasil y Guatemala. Otros se encuentran en procesos de aprobación de normas al respecto, caracterizados por importantes críticas por parte de organizaciones indígenas, como es el caso de Bolivia. Algunos pocos, como Perú y Chile, han logrado adoptar leyes sobre consulta previa, aunque no exentas de cuestionamientos. Aunque son muy distintos los procesos de implementación normativa emprendidos, es posible advertir que, sin excepción, se han recibido cuestionamientos por parte de las organizaciones indígenas y de la sociedad civil relacionados principalmente con la ausencia de procesos de consulta adecuados en la aprobación de leyes sobre la materia, o bien, a la falta de compatibilidad con estándares internacionales de derechos humanos.⁶⁹

Otro reto importante recae en la implementación práctica de este derecho. En un reciente estudio elaborado por la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF) en el que se compara la situación de seis países de la región, se identifican ciertos problemas comunes. Con relación a la determinación de los sujetos de la consulta, por ejemplo, se encuentra el uso de criterios restrictivos para identificar a los pueblos indígenas;⁷⁰ así como dificultades en la identificación práctica de los sujetos relacionadas con el diseño institucional. En cuanto al objeto de la consulta, se advierte una tendencia a aplicarlo de modo restrictivo, como

⁶⁸ DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, DPLF/OXFAM, 2015.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Como advierte el estudio, en Perú, por ejemplo, “el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa parece exigir un vínculo con el territorio ancestral, lo cual en los hechos podría excluir el acceso al derecho a la consulta, a pueblos que por causas ajenas a su voluntad hayan perdido su territorio. Asimismo, se refiere a la descendencia «directa» y omite la última parte del art. 1.1.b del Convenio 169 de la OIT que admite la posibilidad de exigir la conservación de una parte de sus instituciones y costumbres propias”. DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina...*, cit., p. 61.

la exclusión *a priori* de ciertas medidas⁷¹ o la aplicación de una definición o aproximación restrictiva del concepto de “afectación directa”.⁷² Otro patrón identificado es la frecuente adopción inconsulta de medidas administrativas y legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas, incluso en aquellos países que ya cuentan con normas al respecto; así como la realización de procesos que no cumplen con las garantías que determinan una consulta compatible con los estándares internacionales de derechos humanos.⁷³

Así las cosas, el contexto latinoamericano actual parece no ser lo suficientemente propicio para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Se vincula a ello que, junto con el desarrollo en el plano internacional de ineludibles obligaciones estatales en materia de derechos indígenas, se viene produciendo desde la década de los noventa —y cada vez con mayor intensidad— el fomento de la inversión y extracción de recursos naturales como modelo de desarrollo. Varios países de la región, con independencia de tendencias políticas, están inmersos en procesos de impulso de la inversión

⁷¹ Así, por ejemplo, la Ley de Minería y Metalurgia de Bolivia, promulgada el 28 de mayo de 2014, excluye expresamente de la consulta previa “[l]as operaciones mineras que comprendan sólo por prospección y exploración [...]”, cit. por DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina...*, cit., p. 66.

⁷² Puede citarse como ejemplo el caso de Chile, en cuyo decreto supremo 66 de 2013, se incorpora una definición restrictiva de “afectación directa” en tanto: “(i) la redacción sugiere que se trata de impactos ciertos («cuando sean causa directa»), mientras que el Convenio 169 de la OIT establece que se trate de medidas «susceptibles» de afectar directamente; (ii) se adiciona el requisito de la magnitud del impacto, con lo cual se fija un umbral de aplicabilidad más alto; (iii) se exige que la afectación cause un «[impacto] específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales», y (iv) se da una restricción cualitativa del tipo de afectación, referida no ya a la magnitud de afectación, sino a su calidad, pues únicamente deben ser consultadas las medidas que causen una afectación directa y específica al «ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas», cit. por DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina...*, cit., p. 69.

⁷³ DPLF. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina...*, cit., pp. 78 y ss.

privada, principalmente extractiva, fomentada por la desregularización, ausencia de estricta fiscalización y, en general, un marco normativo e institucional favorable a la actividad empresarial.

En muchas ocasiones se trata de emprendimientos considerados prioritarios por su real o aparente aporte al desarrollo del país, por lo que están rodeados de una alta sensibilidad política y económica.⁷⁴ Ello supone importantes resistencias de los Estados de cara al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales.⁷⁵ Los desafíos existentes dependen también del tipo de actividad de que se trate, la política definida para el rubro respectivo, la dimensión e influencia de las empresas y otros actores económicos interesados en el proyecto, entre varios otros elementos.

En este complejo escenario, el derecho a la consulta es fundamental. Ha mostrado ser —o tiene vocación de ser— una herramienta esencial para garantizar derechos que de otro modo

⁷⁴ Una muestra de ello se evidenció en la reacción de Brasil frente a la decisión de la Comisión Interamericana de otorgar una medida cautelar a favor de las comunidades indígenas de la cuenca del río Xingu, Pará, en la que solicitó al Estado brasileiro suspender la construcción de la represa hidroeléctrica Belo Monte hasta la realización de una consulta previa, MC 382/10. En respuesta, Brasil llamó “precipitada e injustificable” tal decisión, retiró su candidato a la CIDH y a su embajador ante la OEA, y cortó el envío de sus aportes anuales a dicha organización. Fue además una de las decisiones que desencadenó el denominado “proceso de fortalecimiento”, proceso de evaluación o reflexión sobre su funcionamiento que atravesó la Comisión entre 2011 y 2013. Véase al respecto, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), documento de coyuntura 9, *Los debates sobre el rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en democracia. Memoria histórica del proceso de reflexión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2011/2014*, Buenos Aires, CEJIL, 2014.

⁷⁵ Así lo demuestra el que hoy en día uno de los asuntos presentados con alta frecuencia ante el Sistema Interamericano se refiere precisamente a la protección de tierras y territorios indígenas, y a la falta de cumplimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada. Recordemos que históricamente los casos conocidos por el SIDH han sido síntoma de los principales problemas de derechos humanos de la región, como en los años ochenta y noventa, cuando los asuntos conocidos por los órganos del sistema interamericano se relacionaban con masacres, detenciones arbitrarias o desapariciones forzadas, producidas en el contexto de dictaduras militares y los conflictos armados existentes en el continente.

podrían verse afectados. Pero tiene ciertas limitaciones y no puede pensarse que es la panacea. Así, por ejemplo, está centrado fundamentalmente en el momento de la toma de decisión con relación al proyecto, pero no en la ejecución y cierre del mismo. ¿Qué obligaciones estatales rigen más adelante, una vez aprobado el proyecto? Más allá de los acuerdos alcanzados en una consulta, ¿cómo asegurar que las empresas cumplan de modo general con respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas o tribales en la zona donde realizan sus operaciones? ¿Tiene el Estado el deber de implementar un marco normativo que exija a las empresas respetar tales derechos? Asimismo, pensemos en aquellos frecuentes casos de implementación inconsulta de proyectos o de aquellos que tienen larga data, antes de la vigencia de esta obligación, pero que han generado importantes impactos en derechos de pueblos o comunidades indígenas o tribales.

Estas son algunas de las inquietudes que guían los párrafos siguientes, en los que me referiré a los deberes de prevención y supervisión, acceso a la justicia y reparación integral y obligación de implementación de un marco normativo adecuado con relación a los derechos de los pueblos indígenas y tribales en contextos de actividades empresariales de extracción, desarrollo e inversión. Cabe precisar previamente que no se pierde de vista que se presentan diversos niveles de involucramiento de los Estados en la implementación de estos proyectos, mismos que deben tenerse en cuenta para el establecimiento de deberes y la realización efectiva de los derechos humanos. En algunos países de la región, la explotación de recursos naturales puede realizarse directamente por parte de empresas públicas o de capital público-privado. En países como Bolivia, Ecuador y Venezuela, por ejemplo, hay una presencia estatal significativa, que incluye la activa participación de empresas estatales en la explotación.

En caso de que el Estado tenga participación directa en determinado plan o proyecto, es claro que son plenamente exigibles las obligaciones de *respetar* y *garantizar* los derechos humanos que pueden verse afectados. El deber de respetar, en palabras de la Corte Interamericana, constituye la primera obligación asumida por los Estados parte de la Convención Americana, y consiste en no injerir, obstaculizar o impedir el ejercicio o goce de los bienes

que constituyen el objeto del derecho.⁷⁶ La obligación de garantizar, por su parte, supone actuar con la debida diligencia para *prevenir* razonablemente las violaciones de los derechos humanos, *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*.⁷⁷ A estas obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos se suma el deber de adecuación del ordenamiento interno a las obligaciones internacionales de derechos humanos.⁷⁸

En aquellos frecuentes escenarios en que los planes o proyectos son llevados a cabo por empresas privadas, cobran relevancia las obligaciones estatales frente a particulares y este es el supuesto que interesa en particular para el presente artículo. La CIDH y la Corte IDH han abordado ya la responsabilidad internacional de los Estados por actos de particulares, reconociendo que estos tienen el deber de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos por los instrumentos interamericanos en las relaciones interindividuales, así como prevenir con la debida diligencia las violaciones de tales derechos e investigar, sancionar y reparar sus consecuencias.⁷⁹ Si bien se han dado importantes pronunciamientos, estos se han referido a ámbitos muy distintos al presente —como el paramilitarismo o casos de violencia contra la mujer—⁸⁰ por lo que conviene realizar un ejercicio de adaptación.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 169; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140, párr. 111.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra*, párr. 174.

⁷⁸ El artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de adecuar el ordenamiento interno a las normas de la Convención Americana, en los siguientes términos: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra*, núm. 5. párrs. 181, 182 y 187.

⁸⁰ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134, párrs. 111-112; *Caso de la Masa-*

Para ello, corresponde tener en cuenta el conjunto creciente de instrumentos internacionales relacionados a la protección de los derechos humanos frente a empresas, en la medida en que permiten dotar de contenido las obligaciones internacionales de los Estados. Son especialmente relevantes los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*, elaborados por el exrepresentante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, y acogidos por el Consejo de Derechos Humanos (Principios Rectores).⁸¹ Este instrumento, resultado de un largo proceso de elaboración y consultas, refleja el esfuerzo más exitoso de la comunidad internacional para abordar los impactos en los derechos humanos de la actuación empresarial. Asimismo se toman en cuenta, en lo pertinente, jurisprudencia comparada de organismos regionales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.1. Deber de prevención de vulneraciones de derechos humanos y supervisión de la actividad empresarial durante el desarrollo del proyecto

La obligación de prevención, derivada del deber general de garantizar los derechos humanos, tiene una especial relevancia en las relaciones entre particulares. El ámbito de la actividad empresarial no debe ser la excepción, sino que los Estados tienen

cre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140, párr. 123; *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 280; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 140.

⁸¹ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

el deber de prevenir, con la debida diligencia, violaciones a los derechos humanos también en el contexto de las actividades empresariales en materia de extracción o inversión, que afectan especialmente a los pueblos indígenas y tribales.

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Sistema Interamericano, “[los] deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”.⁸² De estar frente a tales circunstancias, se exige a los Estados adoptar medidas razonables para evitar las violaciones de derechos humanos por parte de particulares, incluyendo a las empresas, de lo contrario se compromete su responsabilidad internacional.

Teniendo en cuenta ello, puede afirmarse que la identificación adecuada del impacto que actividades extractivas o de inversión pueden tener en los derechos humanos es una cuestión esencial para dar cumplimiento al deber de prevención. Los proyectos de extracción o inversión, por su naturaleza, suelen representar serios riesgos a los derechos humanos y exigen de los Estados, por tanto, la identificación y evaluación eficaz de los riesgos inherentes a la operación de tales actividades antes de que sean autorizadas. En efecto, el cumplimiento del deber de prevención en este ámbito está estrechamente vinculado a la identificación de los impactos que generaría determinado plan o proyecto en los pueblos o comunidades afectados, antes de la autorización u otorgamiento de permisos.

La gran mayoría de Estados del continente han recurrido a mecanismos que requieren el licenciamiento de actividades empresariales que pueden resultar riesgosas para el medioambiente. Pero el enfoque ambiental tradicional no es suficiente, sino que

⁸² Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, *supra*, párr. 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *supra*, párr. 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, párr. 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192, párr. 78.

los impactos de determinado proyecto deben ser evaluados también desde la perspectiva de los derechos humanos que pueden ser afectados, lesionados o de algún modo restringidos. En los casos en que tales actividades puedan afectar pueblos o comunidades indígenas se encuentra el deber especial, ya desarrollado por los órganos del Sistema Interamericano, de llevar a cabo estudios previo de impacto social y ambiental, con participación de estos pueblos.

Al respecto, ha afirmado la Corte que tales estudios deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto” por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”.⁸³ Asimismo, ha establecido que “uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos”.⁸⁴ En términos generales, los estudios de impacto socioambiental “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”,⁸⁵ y sus resultados deben ser compartidos con las comunidades, a fin de que puedan tomar una decisión informada. Igualmente, ha indicado que deben responder a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos.⁸⁶ De este modo, en caso de que se vean afectados pueblos indígenas, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de estos deberes especiales.

Ahora bien, una vez que se tenga claridad sobre los posibles riesgos, se deben establecer las medidas preventivas y correctivas necesarias para garantizar la protección de derechos que de otro modo se verían afectados. El derecho a la consulta previa ofrece,

⁸³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 172, párr. 129. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *supra*, párr. 205.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, *supra*, núm. 185, párr. 41.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 40. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254.

precisamente, un espacio para determinar tales medidas y exigir su incorporación en el diseño del proyecto. Lo relevante a notar aquí es que en atención al deber de prevención en un proceso de consulta, el Estado tiene una obligación activa de implementar o requerir a las empresas que adopten medidas para evitar la materialización de los riesgos identificados. Lo anterior contrasta con el entendimiento común que se tiene en varios países de que la consulta es simplemente el cumplimiento de ciertas garantías de forma y el Estado no tiene un deber positivo de asegurar el respeto de los derechos en juego.

Al respecto, cabe mencionar que el Tribunal Europeo ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado por la falta de diseño y aplicación de medidas eficaces capaces de reducir la contaminación industrial a niveles aceptables y compatibles con el derecho a la vida privada y familiar de la población local afectada.⁸⁷ El deber de prevención exige entonces la adopción de medidas razonables para evitar las violaciones de derechos humanos por parte de particulares, incluyendo a las empresas, de lo contrario se comprometería la responsabilidad de los Estados.⁸⁸ Corresponde determinar la razonabilidad de tales medidas en el contexto concreto de cada caso, dependiendo de las circunstancias específicas y los derechos de que se trate.⁸⁹

Pero el deber de prevenir la vulneración de derechos humanos derivada de actividades empresariales no debe limitarse al inicio o autorización de los proyectos que suponen riesgos a los derechos humanos, sino que debe extenderse en tanto se mantengan los riesgos derivados de las operaciones del mismo. Pue-

⁸⁷ TEDH. *Fadeyeva vs. Russia*, application 55723/00, 9 junio 2005, párrs. 132-134. TEDH. *Case of Dubetska and Others v. Ukraine*, application 30499/03, 10 may 2011, párrs. 147-150. TEDH. *Moreno Gómez vs. Spain*, application 4143/02, 16 noviembre 2004. párr. 57-61.

⁸⁸ Corte IDH. *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, *supra*, párr. 280; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *supra*, párr. 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra*, párr. 155; y *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, *supra*, párr. 78.

⁸⁹ Como ha reconocido la Corte Interamericana, “[n]o es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas [de prevención], que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado parte”. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra*, párr. 175.

de afirmarse entonces que, como parte de la obligación de prevención, derivada del deber general de garantizar los derechos humanos, se encuentra el deber de supervisar y fiscalizar las actividades empresariales que puedan afectar los derechos humanos. Al respecto, ha reconocido la Comisión Interamericana, refiriéndose a actividades extractivas, que “[...] la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana”.⁹⁰

En sentido similar, los Principios Rectores disponen que: “[I]os Estados deben asegurarse de su capacidad de supervisar efectivamente las actividades de las empresas, en particular mediante mecanismos adecuados e independientes de supervisión y de rendición de cuentas”.⁹¹ Asimismo, la *Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas*, adoptada por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA en marzo de 2014, recomienda que: “[I]as empresas y los Estados donde estas operan, deben fortalecer respectivamente, los sistemas internos y externos de seguimiento, fiscalización y control del cumplimiento de los derechos laborales, de los derechos humanos y de la protección del medio ambiente”.⁹² Igualmente, el Tribunal Europeo ha consi-

⁹⁰ CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

⁹¹ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 5.

⁹² Según especifica el documento, “[e]sto implica, necesariamente, que los Estados implementen políticas eficientes de fiscalización y supervisión de las empresas en el desarrollo de sus actividades como también que las propias empresas establezcan políticas para garantizar el respeto de los derechos humanos y del medio ambiente en sus operaciones”. OEA. Comité Jurídico Interamericano. *Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas*, lit. j. Anexo del Segundo Informe sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas, OEA/Ser.Q. CJI/doc.449/14, rev. 1, 84º período ordinario de sesiones, 10-14 de marzo de 2014.

derado que las regulaciones relativas a actividades de particulares que pueden resultar peligrosas para los derechos humanos, deben regir la concesión de licencias, aprobación, funcionamiento, seguridad, así como también la supervisión de la actividad.⁹³

De este modo, el cumplimiento del deber de evaluar el impacto en los derechos humanos, anteriormente afirmado, permite a las autoridades estatales contar con elementos de información sobre las posibles afectaciones a derechos que guíen el cumplimiento efectivo de su deber de fiscalización y supervisión de modo continuo durante la operación del proyecto. Es indispensable la labor de los Estados para establecer sistemas de evaluación que aseguren un control externo sobre las empresas, por ejemplo, integrándose a otros ya establecidos, como es el caso de los controles de condiciones de trabajo, o formando inspectores estatales especializados en la materia.⁹⁴ Estos pueden, por ejemplo, evitar accidentes ambientales o el incumplimiento de las condiciones acordadas en el proceso de consulta. Los sistemas de supervisión deben ofrecer respuestas eficaces frente a consecuencias negativas en el goce de derechos humanos y deben establecer procedimientos adecuados que tengan en cuenta los aspectos técnicos de la actividad en cuestión, la identificación de las falencias en los procesos de que se trate y los errores cometidos por los responsables en los diferentes niveles.

4.2. El acceso a la justicia y la reparación integral de los derechos de los pueblos indígenas y tribales afectados por proyectos de extracción, desarrollo e inversión

Como ha afirmado la Corte Interamericana, a partir de las obligaciones contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, “[...] toda persona tiene el derecho a un recurso

⁹³ TEDH. *Öneryıldız v. Turquía*, application 48939/99. 30 de noviembre de 2004, párrs. 89-90. ECHR. *Kolyadenko and Others v. Russia*, applications 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 y 35673/05, 9 de julio de 2012, párr. 158.

⁹⁴ RIDH. *Empresas y derechos humanos: consideraciones de cara al III Foro Mundial*, noviembre 2014.

sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, lo cual constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.⁹⁵ Asimismo, la Corte ha afirmado que el artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. La existencia de esta garantía, en palabras de la Corte, “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.⁹⁶ Por su parte, la CIDH se ha referido particularmente al acceso a la justicia frente a la vulneración de derechos humanos en el contexto de actividades extractivas y de desarrollo. En su *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, la Comisión afirmó que “es imperativo que la población [...] cuente con recursos judiciales, [...] para lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana”.⁹⁷

Además de una clara obligación estatal en el marco del Sistema Interamericano, garantizar el acceso a mecanismos de justicia

⁹⁵ Véase *inter alia* Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 234; *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 56, párr. 121; *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 184. Para una sistematización sobre el derecho al debido proceso en el sistema interamericano, véase Salmón, Elizabeth y Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Idehpucp-GIZ, 2012.

⁹⁶ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 184; *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 93; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 75; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 138.

⁹⁷ CIDH. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, cap. VIII, OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, párr. 197.

y reparación constituye uno de los tres pilares fundamentales de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.⁹⁸ En particular, el principio 25 establece que: “Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”.⁹⁹ Para los Estados que forman parte del Sistema Interamericano, esta obligación debe ser cumplida teniendo en cuenta los sólidos estándares en materia de acceso a la justicia desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericana con base en las obligaciones asumidas por estos.

A pesar de estas obligaciones internacionales, la inexistencia de sistemas y marcos normativos vinculantes para las empresas, y la presencia de barreras normativas y fácticas determinan una situación de denegación de justicia e impunidad con respecto a las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, especialmente en el contexto de proyectos de extracción e inversión.¹⁰⁰ Las dificultades pueden ir desde la falta de voluntad

⁹⁸ Otros instrumentos internacionales también se refieren al deber de brindar acceso a recursos efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por actividades empresariales. Véase ONU. Comité DESC. *Declaración sobre las obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2011/1, 12 de julio de 2011, párr. 5; y Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada del 3 al 14 de junio de 1992, A/CONF.151/26, vol. 1, principio 10.

⁹⁹ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 25.

¹⁰⁰ Skinner, Gwynne; McCorquodale, Robert y Schutter, Olivier de, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), CORE & European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), diciembre 2013, p. 2.

política para garantizar el recurso, hasta impedimentos de índole jurídica o administrativa que resultan muy difíciles de superar.¹⁰¹ Así, por ejemplo, pensemos en las dificultades que deben atravesar las víctimas para recopilar las evidencias necesarias para la presentación de los reclamos, el alto umbral de probanza de las afectaciones alegadas, el contar con abogados, tener conocimiento de sus derechos y mecanismos disponibles, entre otros. Quienes ven afectados sus derechos como consecuencia de la actuación de empresas transnacionales enfrentan desafíos mayores, pues su naturaleza y complejas estructuras hacen difícil activar los mecanismos judiciales tradicionales, y los ordenamientos internos de los países involucrados —Estado de origen de la empresa y Estado de destino de sus actividades— no suelen estar preparados para ello.¹⁰²

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante recordar que bajo los estándares interamericanos, no basta con que los Estados provean mecanismos de acceso a la justicia, sino que también deben adoptar medidas positivas para reducir los obstáculos existentes y permitir su efectividad. En palabras de la Corte Interamericana, “la obligación del Estado de proporcionar un re-

¹⁰¹ Véase al respecto Amnistía Internacional, *Injustice incorporated. Corporate abuses and the human right to remedy*. Amnistía Internacional, 2014. Igualmente, Skinner, Gwynne; McCorquodale, Robert y Schutter, Olivier de, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, *op. cit.*

¹⁰² En América Latina, es de particular preocupación la actuación de Canadá como Estado de origen de empresas transnacionales que realizan actividades extractivas en otros países del continente. La preocupación por el impacto de estas empresas en los derechos humanos y la falta de medidas de Canadá ha ido en aumento en años recientes. En un estudio realizado en el 2014 por el Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, se identificó el impacto de las actividades de empresas mineras con matriz en Canadá, en las comunidades en cuyos territorios desarrollan sus proyectos. Se determinaron las tendencias en el impacto de esas actividades en los derechos humanos, así como el marco jurídico, las políticas y prácticas de Canadá que favorecen tales violaciones y permiten que permanezcan en impunidad. Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, *El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá*, Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014. pp. 48-54.

curso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aun 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”.¹⁰³ Dicho de otro modo, “[e]l Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, pero también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”.¹⁰⁴

Ello supone la adopción de medidas para equilibrar relaciones de asimetría entre las partes involucradas, considerando los desafíos particulares que enfrentan determinados grupos de población con mayor riesgo de vulnerabilidad, como los pueblos indígenas y tribales precisamente. Un sistema jurídico coherente y respetuoso de los derechos humanos debe asegurar la tutela judicial de los derechos afectados e ir acompañado de la adopción de medidas sancionatorias en lo administrativo, como la cancelación de licencias de operación a empresas investigadas o condenadas por la violación de derechos humanos.¹⁰⁵ Asegurar el acceso a la justicia y la obtención de reparaciones, además de responder a las vulneraciones de derechos humanos cometidas en el pasado, constituye una manera fundamental de prevenir futuras violaciones a estos derechos.

Un componente esencial del derecho a un recurso efectivo es la reparación del daño causado. Derivado del deber general de garantizar los derechos humanos, el Estado tiene la obligación

¹⁰³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 177, y *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 404.

¹⁰⁴ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, *supra*, párr. 237.

¹⁰⁵ RIDH. *Consideraciones de cara al Segundo Foro Mundial sobre Empresas y Derechos Humanos*, documento remitido al Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos Humanos, octubre 2013, p. 5.

de reparar directamente el daño, o cuando este sea cometido por terceros, garantizar mecanismos para obtener la reparación de violaciones de derechos humanos cometidas, deber que es sin duda exigible frente a abusos cometidos por empresas. Cuando se trata de pueblos indígenas y tribales afectados, el derecho de reparación exige tener en cuenta la perspectiva específica de las víctimas. Los grupos étnicos, por sus características, pueden sufrir los efectos de la conducta de manera desproporcional o pueden verse afectados de maneras distintas. Esto pone de relieve la inmensa importancia de que la determinación de las reparaciones esté guiada por los principios de reconocimiento y reivindicación del grupo étnico como colectividad. Ello comprende la necesidad de que las medidas respeten la identidad cultural particular del pueblo o comunidad; se tenga en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; y para que las reparaciones sean eficaces, se deba partir de lo específico para enfocarse en la satisfacción de las necesidades del grupo étnico.¹⁰⁶ Las medidas de reparación deben dirigirse, en suma, a garantizar la permanencia física y cultural, y la reproducción de los sistemas culturales que pueden haberse visto afectados.

4.3. Implementación de un marco normativo adecuado para la protección de los derechos de los pueblos indígenas frente a proyectos de extracción, desarrollo o inversión

Una de las principales dificultades para abordar la problemática sobre empresas y derechos humanos ha sido la ausencia de lineamientos internacionales para que los Estados garanticen tales derechos frente a estos actores y, por ende, la falta de normas internas que exijan a las empresas un comportamiento alineado a los derechos humanos. Los avances alcanzados hasta ahora son importantes, pero dado su carácter no vinculante, su cumplimiento descansa en la voluntad de los actores involucrados, quienes deciden si cumplirlos y cómo hacerlo. Lo anterior tiene

¹⁰⁶ Véase Rodríguez Garavito, César y Lam, Yukyan, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2011.

un impacto en los derechos de los pueblos indígenas, como ha sido advertido por el exrelator James Anaya:

Al examinar las leyes y reglamentos pertinentes en el mundo, el Relator Especial ha encontrado marcos regulatorios deficientes, puesto que, en muchos aspectos, los derechos de los pueblos indígenas resultan insuficientemente protegidos o, en demasiados casos, totalmente desprotegidos frente a las industrias extractivas. La experiencia demuestra que, con tales deficiencias regulatorias, las operaciones extractivas realizadas en la proximidad de los pueblos indígenas suelen poner en peligro o infringir sus derechos y contribuyen a la existencia de conflictos sociales persistentes.¹⁰⁷

En el marco del Sistema Interamericano, el artículo 2 de la Convención Americana contiene la obligación general de adecuar el ordenamiento interno al contenido de los instrumentos interamericanos de derechos humanos. Este deber implica que cada Estado parte adecúe su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos.¹⁰⁸ Según ha señalado la Corte Interamericana, este deber supone, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹⁰⁹

Así, bajo el Sistema Interamericano, los Estados tienen el deber de desarrollar e implementar un marco normativo adecuado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas frente a actividades extractivas o de inversión. Este deber

¹⁰⁷ ONU. Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párr. 45.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73, párr. 87; y *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 179.

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 207, y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260, párr. 293.

estatal implica que los Estados adopten medidas para incorporar garantías de tales derechos en la legislación aplicable a las actividades empresariales, especialmente aquellas referidas al pleno reconocimiento de aquellos referidos a sus tierras, territorios y recursos naturales. Cabe notar que los Principios Rectores incluyen como parte de la obligación de protección el asegurar que las normas internas “[...] propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas”.¹¹⁰ Establecen, además, que este deber exige que “los Estados examinen si estas leyes ofrecen suficiente cobertura habida cuenta de la evolución de la situación, y si generan, junto a las políticas pertinentes, un entorno propicio para que las empresas respeten los derechos humanos”.¹¹¹

Este deber de adecuación del ordenamiento interno supone incorporar la exigencia del respeto de los derechos de los pueblos indígenas o tribales en aquellas disposiciones que regulan las operaciones de empresas, como las leyes mercantiles o comerciales, mismas que determinan directamente su comportamiento y pueden, por tanto, incentivar el cumplimiento de tales derechos. Así, por ejemplo, en coherencia con su reconocimiento internacional, las normas internas deben exigir a terceros el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas, sus derechos territoriales o el respeto a sus formas tradicionales de toma de decisiones y autoridades propias.

En este ámbito, es también de particular relevancia la legislación ambiental, dada la vinculación existente entre el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas y la preservación del medioambiente necesario para su subsistencia física y cultural como pueblos. Varios Estados miembros de la OEA cuentan con normativa concerniente al medioambiente, y han adoptado instrumentos que incluyen el establecimiento de estándares de calidad, producción o emisiones; el licenciamiento o regulación de actividades riesgosas; la provisión de incentivos o desincentivos

¹¹⁰ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 3.

¹¹¹ *Idem*.

económicos; la sanción de actividades particularmente dañinas mediante el derecho penal, o la creación de regímenes de responsabilidad privada para desestimular y compensar el daño ambiental.¹¹² Resulta entonces necesario incorporar en este cuerpo normativo no solo preocupaciones en torno a la preservación y cuidado del medioambiente, sino también aquellas dirigidas a proteger y respetar los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Junto a ello, este deber estatal exige la aplicación efectiva de las normas de protección en vigor, sin lo cual su existencia carecería de sentido. Como ha afirmado la Corte Interamericana, los Estados parte deben asegurar que dichas normas sean “efectivas”, debiendo adoptar “todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno”.¹¹³ Por su parte, el exrepresentante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas, John Ruggie, ha afirmado, refiriéndose a las leyes que directa o indirectamente regulan la observancia de los derechos humanos por las empresas, que “es importante que los Estados examinen si se están aplicando eficazmente esas leyes y que se pregunten, de no ser así, por qué motivos se incumplen y qué medidas podrían razonablemente corregir la situación”.¹¹⁴

En suma, a través de la legislación se debe fortalecer el cumplimiento por parte de las empresas del deber de respetar los derechos humanos y actuar con la debida diligencia. Precisamente,

¹¹² Véase al respecto Shelton, Dinah, “Environmental rights and Brazil’s obligations in the Inter-American Human Rights System”, en *The George Washington International Law Review*, vol. 40, núm. 3, 2008-2009, p. 736.

¹¹³ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39. párr. 69. Igualmente, la Corte ha señalado que la obligación de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales debe “traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos”. Véase *inter alia* Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21, párr. 65.

¹¹⁴ ONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos... cit.*, principio 3.

dado que los marcos normativos internacionales aplicables son de carácter voluntario para las empresas, una normativa interna que atienda al cumplimiento de la obligación estatal de adecuar el ordenamiento interno a las garantías de los derechos humanos puede permitir reducir la disparidad respecto de las obligaciones de derechos humanos, y aumentar su efectividad y nivel de cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2015.
- BANCO MUNDIAL, *Hacia un Mejor Equilibrio: El Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas. Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas*, vol. I, diciembre 2003.
- CERQUEIRA, Daniel, “Por un fundamento ético-jurídico de la participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales”, en *THÉMIS-Revista de Derecho*, núm. 67, 2015.
- GALVIS PATIÑO, María Clara y RAMÍREZ RINCÓN, Ángela María, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*, Washington, DPLF, 2013.
- GUDYNAS, Eduardo, *Extractivismos: Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*, RedGE/CLAES/PDTG, Lima, 2015.
- ONU, Comité de Derechos Humanos. *Caso Ángela Poma Poma vs. Perú*. Comunicación 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y LAM, Yukyan, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2011.
- SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Idehpucp-GIZ, 2012.

SHELTON, Dinah, “Environmental rights and Brazil’s obligations in the Inter-American Human Rights System”, en *The George Washington International Law Review*, vol. 40, núm. 3, 2008-2009.

SKINNER, Gwynne; MCCORQUODALE, Robert y SCHUTTER, Olivier de, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), CORE & European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), diciembre 2013.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*. Tokio, The United Nations University, 1990.

Jurisprudencia

CIDH, *Caso Yanomami*, informe 12/85, informe anual 1984-1985.

—, *Comunidades Guahibos vs. Colombia*, Caso 1690. 1972, secc. II, e.

—, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62, 20 octubre 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376/12, 18 de mayo de 2012, párr.15.

Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 93

—, *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52.

—, *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 56.

—, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304; Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305.

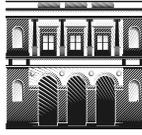
—, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

- , *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, núm. 214.
- , *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.
- , *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73.
- , *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.
- , *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134.
- , *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140.
- , *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013.
- , *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005.
- , *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63.
- , *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, núm. 284.
- , *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172; Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 185; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2013.
- , *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, núm. 39.

- , *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.
- , *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186.
- , *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011.
- , *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260.
- , *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 184.
- , *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.
- , *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192.
- , *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4.
- , *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18.
- , *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21.

***Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde
el sistema interamericano de protección de los derechos humanos***

Karla Quintana Osuna y Rogelio Flores (coords.)
se terminó de imprimir en diciembre de 2017,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

OTRAS PUBLICACIONES

*Individuo y política en El Príncipe de Maquiavelo
Naturaleza, formas y sujetos del poder*

ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

*Derechos humanos en Latinoamérica
y el Sistema Interamericano
Modelos para (des)armar*

ARIEL DULITZKY

*Ius Constitutionale Commune en América Latina
Textos básicos para su comprensión*

ARMIN VON BOGDANDY

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

COORDINADORES

Constitución y derechos fundamentales

PAOLO COMANUCCI

*Realizando los derechos.
Su filosofía y práctica en América Latina*

RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

UNA VISIÓN DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este libro se adentra en el estudio de distintas cuestiones que inciden en el efectivo goce de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la región latinoamericana.

En primer término se presentan al lector algunas reflexiones sobre la evolución del reconocimiento de tales derechos, partiendo de un claro análisis en torno a los criterios hasta ahora desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Enseguida, los autores pretenden describir el fundamento jurídico y proponer un fundamento ético para el ejercicio diferenciado de derechos por parte de dichos pueblos y su colisión con el interés de los Estados, analizando además la evolución del derecho constitucional indigenista en América Latina, que ha permitido el surgimiento de marcos constitucionales ajustados a sociedades pluriculturales que –en ciertos casos– permiten la consagración de la consulta previa.

Asimismo se analiza el tema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales vinculados con la propiedad territorial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; para concluir con contrastantes reflexiones acerca de la implementación de proyectos de extracción, inversión o desarrollo que impactan en sus vidas.

La obra que ponemos a su disposición constituye una importante fuente de análisis para quienes se interesan en las problemáticas antes planteadas, cuyo estudio es fundamental en sociedades pluriculturales como las latinoamericanas.

ISBN 978-607-7822-37-0



9 786077 822370



QUERÉTARO
ESTÁ EN NOSOTROS



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO