

Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones

Oswaldo Ruiz Chiriboga* & Gina Donoso**

Tabla de Contenido

| | |
|--|----|
| Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre pueblos indígenas y tribales | 4 |
| Artículos y publicaciones académicas | 5 |
| Introducción..... | 12 |
| PARTE I: | |
| JURISPRUDENCIA EN CUANTO AL FONDO DEL ASUNTO | |
| 1. Pueblos indígenas y pueblos tribales | 13 |
| 2. Auto-identificación de los pueblos indígenas | 14 |
| 3. ¿Violaciones en perjuicio de la comunidad o de sus miembros? | 17 |
| 4. Derecho a la personalidad jurídica (Art. 3 CADH) | 20 |
| 4.1 Derecho a la personalidad jurídica de los miembros de una comunidad..... | 20 |
| 4.2 Derecho a la personalidad jurídica de la Comunidad | 23 |
| 5. Derecho a la vida (Art. 4 CADH) | 25 |
| 5.1. Masacres..... | 25 |
| 5.2. Ejecución de un líder comunitario | 26 |
| 5.3. Entierro y trato al cadáver conforme a la cultura indígena | 27 |
| 5.4. Derecho a una vida digna | 28 |
| 6. Derecho a la integridad personal (Art. 5 CADH) | 33 |
| 6.1. Violación sexual | 33 |
| 6.2. Integridad psíquica y moral | 35 |
| 7. Garantías judiciales (Art. 8 CADH) | 37 |
| 7.1. Derecho de las víctimas de contar con un intérprete | 37 |
| 7.2. Derecho a ser asistido por un defensor..... | 40 |
| 8. Derecho a usar la lengua propia (Art. 13 CADH) | 41 |
| 9. Derecho a la familia (Art. 17 CADH) | 42 |

* Candidato doctoral (PhD) por la Universidad de Gante (Bélgica); Máster (LLM) en Derechos Humanos y Justicia Criminal por la Universidad de Utrecht (Holanda); Máster (LLM) en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada (España); Especialista Superior en Argumentación Jurídica, por la Universidad de Alicante (España); Especialista Superior en Derechos Humanos, por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador); Licenciado en Ciencias Jurídicas, Abogado y Especialista en Derechos Humanos y Democracia, por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Fue Abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde febrero de 2005 a agosto de 2010. Oswaldo.RuizChiriboga@UGent.be, oruizch@gmail.com

** Máster en Investigación y Desarrollo por el Instituto Internacional de Estudios Sociales (ISS) de la Universidad Erasmus Rotterdam (Holanda); Máster en Estudios Internacionales de Paz por la United Nations-mandated University for Peace (Costa Rica); Especialista en Actuaciones Psicosociales en Situaciones de Violencia Política y Catástrofes por la Universidad Complutense de Madrid (España); Estudios de postgrado en Paz y Conflicto por la Chulalongkorn University (Tailandia); Especialista Superior en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador); Diploma Superior en Derechos Humanos y Democracia, y Psicóloga Clínica por la Pontificia Universidad Católica de Ecuador. Ha trabajado e investigado ampliamente temas de acompañamiento psicosocial y procesos de reparación integral. Formó parte del equipo psicosocial de la Comisión de la Verdad de Ecuador y recientemente realizó una visita profesional en la Sección de Participación y Reparación de Víctimas de la Corte Penal Internacional (CPI). ginadonoso@gmail.com

| | |
|--|-----|
| 10. Derecho a la propiedad comunal (Art. 21 CADH) | 43 |
| 10.1. Fuente normativa del derecho a la propiedad comunal | 43 |
| 10.2. Importancia del territorio para los pueblos indígenas y tribales | 44 |
| 10.3. Titularidad del derecho | 45 |
| 10.4. La posesión de las tierras basta para el reconocimiento oficial | 46 |
| 10.5. Delimitación de los territorios indígenas | 48 |
| 10.6. Devolución del territorio tradicional perdido | 51 |
| 10.7. Deber del Estado de otorgar un recurso efectivo para resolver los reclamos territoriales indígenas | 59 |
| 10.8. Explotación de recursos naturales en territorios indígenas | 62 |
| 11. Consulta previa, libre e informada | 64 |
| 11.1. El derecho a la consulta y su vinculación con otros derechos humanos..... | 65 |
| 11.2. ¿Sobre qué se debe consultar? | 66 |
| 11.3. ¿Quiénes deben participar en la consulta? | 67 |
| 11.4. No causar perjuicio a otros pueblos indígenas | 69 |
| 11.5. Participación en todas las instancias..... | 69 |
| 11.6. ¿Quién debe realizar la consulta? | 70 |
| 11.7. Marco regulatorio adecuado..... | 70 |
| 11.8. La consulta debe ser previa | 71 |
| 11.9. La consulta debe ser culturalmente adecuada | 71 |
| 11.10. La consulta debe ser informada | 71 |
| 11.11. La consulta debe ser de buena fe | 72 |
| 11.12. El deber de adoptar decisiones motivadas | 73 |
| 11.13. ¿Derecho al veto? | 74 |
| 12. Derechos de los niños (Art. 19 CADH) | 80 |
| 13. Libertad de circulación (Art. 22 CADH) | 82 |
| 14. Derechos políticos (Art. 23 CADH) | 84 |
| PARTE II: | |
| REPARACIONES | |
| 1. Cultura de la comunidad en la definición de los beneficiarios | 92 |
| 2. Daño material | 95 |
| 3. Daño inmaterial | 98 |
| 4. Identificación, demarcación, titulación y entrega del territorio ancestral | 105 |
| 5. Creación de un mecanismo eficaz de reclamación de tierras | 108 |
| 6. Garantizar el derecho de consulta | 109 |
| 7. Estudios de impacto ambiental | 110 |
| 8. Entrega de suministros básicos | 110 |
| 9. Reconocimiento de la personalidad jurídica | 111 |
| 10. Otorgamiento de becas para educación | 112 |
| 11. Atención médica y psicológica | 113 |
| 12. Programa de registro y documentación | 115 |
| 13. Sistema de comunicación para casos de emergencia | 116 |
| 14. Reformas para garantizar la participación política | 116 |
| 15. Educación | 117 |
| 16. Búsqueda de la persona desaparecida | 118 |
| 17. Entierro de restos | 119 |

| | | |
|---------------------------|--|------------|
| 18. | Sanción a los responsables de violaciones a derechos humanos..... | 120 |
| 19. | Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional | 121 |
| 20. | Publicación y difusión en idioma indígena | 123 |
| 21. | Recuperación de la memoria colectiva | 124 |
| 22. | Programas de vivienda, salud, educación y desarrollo | 125 |
| 23. | Garantías de seguridad | 129 |
| 24. | Programas de capacitación a funcionarios públicos..... | 129 |
| 25. | Riesgos..... | 130 |
| CONCLUSIONES | | 132 |

Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre pueblos indígenas y tribales

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

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 No. 79.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

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 No. 185.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

Casos pendientes de sentencia (al 1 de junio de 2012)

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros Vs. Ecuador, Caso 12.465, sometido a la Corte por la Comisión el 26 de abril de 2010.

Comunidad de Río Negro del Pueblo Indígena Maya y sus miembros Vs. Guatemala, Caso 12.649, sometido a la Corte por la Comisión el 30 de noviembre de 2010.

Norín Catriman y otros (“Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche”) Vs. Chile, Caso 12.576, sometido a la Corte por la Comisión el 7 de agosto de 2011.

Artículos y publicaciones académicas

1. Akerman Sheps, A.P., “The Dispute over the Raposa Serra do Sol Reserve Demarcation: A Matter of Indigenous Constitutional Rights or National Sovereignty?”, 10 *AMDI* 273 (2010).
2. Alvarado, L.J., “Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples' Human Rights in International Law: Lessons from the *Case of Awas Tingni v. Nicaragua*”, 24(3) *Arizona Journal of International and Comparative Law* 609 (2007).
3. Amriott, J.A., “Environment, Equality, and Indigenous Peoples' Land Rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. Nicaragua”, 32 *Environmental Law* 873 (2002).
4. Anaya, S.J. & Williams, R., “The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System”, 14 *Harvard Human Rights Journal* 33 (2001).

5. Anaya, S.J. & Grossman, C., “The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, 19(1) *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1 (2002).
6. Antkowiak, T., “*Moiwana Village v. Suriname*: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights”, 25(2) *Berkeley Journal of International Law* 268 (2007).
7. Arthur P. (Ed.), *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge University Press, New York, 2011.
8. Barelli, M., “The Interplay Between Global and Regional Human Rights Systems in the Construction of the Indigenous Rights Regime”, 32 *Human Rights Quarterly* 951 (2010).
9. Bennet, T., et al. *African Perspectives on Transitional Justice*, Intersentia, Cambridge, 2012.
10. Beristain, C.M., *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*, Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010.
11. Berraondo, M., “Indigenous Peoples and Natural Resources under the Inter-American System of Human Rights: Between Privatization and the Exercise of Human Rights”, en De Feyter, K. & Gomez Isa, F. (Eds.), *Privatization and the Exercise of Human Right in the Age of Globalization*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005, pp. 289-323.
12. Berraondo, M. (Coord.), *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
13. Brunner, L., “The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The *Saramaka People* Decision of the Inter-American Court of Human-Rights”, 7 *Chinese Journal of International Law* 699 (2008).
14. Burgorgue-Larsen, L., “The Rights of Indigenous Peoples”, in Burgorgue-Larsen, L. & Úbeda de Torres, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2011.
15. Burke, S., “Indigenous Reparations Re-Imagined: Crafting a Settlement Mechanism for Indigenous Claims in the Inter-American Court of Human Rights”, 20 *Minnesota Journal of International Law* 123 (2011).
16. Campbell-Durufflé, C., “El derecho indígena a la propiedad como ocasión de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos”, 5 *Revista CEJIL* 65 (2009).
17. Castrillón Orrego, J.D., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas”, en Becerra Ramírez, M. (Coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México, 2007, pp. 143-204.
18. Castrillón Orrego, J.D., *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*, UNAM, México, 2006.
19. Ching Soto, L., “Los derechos de los pueblos indígenas. El Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tigni* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Zerbini Ribeiro Leão, R., *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos* -

- Ensaio em Homenagem ao Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade*, Vol. 5, SAFE, Porto Alegre, 2005, pp. 551-575.
20. Ching Soto, L., “Reparations in the Inter-American System of Human Rights: An Analysis of the Jurisprudence on Collective Cases of Indigenous Peoples and the Economic, Social and Cultural Aspects of their Reparations”, 10(10) *Revista IBDH* 219 (2010).
 21. Citroni, G. & Quintana, K.I., “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparatives Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 317-344.
 22. Clavero, B., “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni”, 39 *Revista IIDH* 257 (2004).
 23. Contreras-Garduño, D. & Rombouts, S. “Collective Reparations for Indigenous Communities Before the Inter-American Court of Human Rights” 27 *Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law* 4 (2010).
 24. Culberston, R. & Pouligny, B., “Re-imagining Peace after Mass Crime: A Dialogical Exchange between an Insider and an Outsider Knowledge”, in Pouligny, B., Chesterman, S. & Schnabel, A. (Eds.), *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities*, United Nations University Press, Tokyo, 2008.
 25. Cuneo, I.M. “The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System”, 22(1) *Arizona Journal of International and Comparative Law* 53 (2005).
 26. De Oliveira Rebelo, MN, “O Povo Saramaka versus Suriname: Uma Análise Sob O Olhar De Clifford Geertz”, 14 *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais* 95 (2011).
 27. Del Valle Cobar, D., *Violencia política y poder comunitario*, ECAP, Guatemala, 2004.
 28. Donoso, G., “Inter-American Court of Human Rights’ Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach”, 49 *Revista IIDH* 29 (2010).
 29. Dulitzky, A., “Los pueblos indígenas: jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 26 *Revista IIDH* 137 (1998).
 30. Dulitzky, A., “Cuando los afrodescendientes se transformaron en ‘pueblos tribales’”, 41 *El Otro Derecho* 13 (2010).
 31. Durango Cordero, R. “Los derechos de los pueblos indígenas y la protección al medio ambiente dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, 24(1) *American University International Law Review* 7 (2008).
 32. Escobar, A., “Worlds and Knowledges Otherwise”, 21(2) *Cultural Studies* 179 (2007).
 33. Espinoza Cuevas, V.; Ortiz Rojas, M.L. & Rojas Baeza, P., *Comisiones de la Verdad, ¿Un camino incierto?*, Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, Asociación para la Prevención de la Tortura, Santiago de Chile, 2003.

34. Fuentes, I., “Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena *Yakye Axa*”, 2 *Revista CEJIL* 69 (2006).
35. Giller, J., “Caring for ‘Victims of Torture’ in Uganda: Some personal reflections”, en Bracken, P.J. & Petty, C. (Eds.), *Rethinking the Trauma of War*, Free Association Books, Londres, 1998.
36. Gómez Isa, F. (Coord.), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
37. Gómez, N., “Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities”, en Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 143-162.
38. González Volio, L., “Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El caso *Yatama contra Nicaragua*”, 41 *Revista IIDH* 317 (2005).
39. Guerra González, G., *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.
40. Hamber, B., “Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on reparations in Societies in Transition”, en De Greife, P. (Ed.), *The Handbook for Reparations*, Oxford University Press, New York, 2008.
41. Hannum, H., “The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System”, en Harris, D. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
42. Herzfeld-Bacic, R., Pérez-Durán, T. & Pérez-Sales, P., *Muerte y desaparición forzada en La Araucanía: Una aproximación étnica*, Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 1998.
43. Huyse, L. & Salter, M. (Eds.), *Transitional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance - IDEA, Estocolmo, 2008.
44. IIDH, *Manual de litigio de casos de racismo ante el Sistema Interamericano de derechos humanos*, IIDH, San José, 2008.
45. IIDH, *Manual sobre derechos humanos de las mujeres indígenas*, IIDH, San José, 2008.
46. International Center for Transitional Justice (ICTJ), *Truth and Memory. Strengthening Indigenous Rights through Truth Commission: A Practitioner’s Resource*, New York, 2012.
47. Iorns Magallanes, C.J., “Indigenous Political Representation: Latin America and International Human Rights Law”, 11 *Journal of New Zealand Studies* 93 (2011).
48. Ituarre, C., “Los pueblos indígenas, el medio ambiente y la progresividad de los derechos humanos en el sistema interamericano”, en Martin, C. et al (Eds.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, American University & Distribuciones Fontamara, México, 2004, pp. 563-600.

49. Iturralde, D., “Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales y discriminación”, 39 *Revista IIDH* 233 (2004).
50. Kreimer, O., “Collective Rights before the Inter-American Human Rights System, Organization of American States”, *American Society of International Law Proceedings* (2000), pp. 315.
51. Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008.
52. Letschert, R. & Van Dijk, J., *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*, Springer, London/New York, 2011.
53. López Murcia, J.D., “La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia” 14 *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 71 (2009).
54. Mackay, F., *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, IWGIA, Copenhagen, 2002.
55. Martin, C., “The *Moiwana Village* Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System”, 19 *Leiden Journal of International Law* 491 (2006).
56. Mignolo, W., “Introduction: Coloniality of Power and De-colonial Thinking”, en Mignolo, W. & Escobar, A., *Globalization and the Decolonial Option*, Routledge, London-New York, 2010, pp. 1-21.
57. Nash Rojas, C., “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Aylwin, J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto Chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 29-43.
58. Organización Panamericana de la Salud, *La salud mental en situaciones de desastres y emergencias*, Manuales y Guías sobre Desastres, Washington D.C., 2002.
59. Ormachea, P.A., “*Moiwana Village*: The Inter-American Court and the ‘Continuing Violation’ Doctrine”, 19 *Harvard Human Rights Journal* 283 (2006).
60. Pasqualucci, J.M., “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, 6(2) *Human Rights Law Review* 281 (2006).
61. Pasqualucci, J.M. “International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, 27(1) *Wisconsin International Law Journal* 51 (2009).
62. Pentassuglia, G., “Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights”, 22(1) *European Journal of International Law* 165 (2011).
63. Raisz, A, “Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights: New Century, New Era?”, 5(2) *Miskolc Journal of International Law* 35 (2008).

64. Ramírez, A.D., “El caso de la comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*”, 41 *Revista IIDH* 347 (2005).
65. Rivera, F. & Rinaldi, K., '*Pueblo Saramaka vs. Surinam: El derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblo*', 4 *Revista CEJIL* 80 (2008).
66. Rodríguez-Piñero, L., “El caso *Awas Tingni* y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua”, en Aylwin, J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto Chileno*, Universidad de la Frontera, Temuco, 2004, pp. 218-233.
67. Rubio-Marín, R. *et al.*, "Indigenous Peoples and Claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala" en Arthur, P. (Ed.), *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge University Press, New York, 2011, pp. 17-53.
68. Ruiz Chiriboga, O., “La justicia indígena en el Ecuador: Pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, en Gamboa, C. *et al.*, *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*, Universidad Andina Simón Bolívar, Unión Europea, Cosude, Ediciones Abya Yala, Quito, 2005.
69. Ruiz Chiriboga, O., “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”, 5 *Revista Sur* 43 (2006).
70. Ruiz Chiriboga, O., “Propiedad comunal vs. propiedad privada e intereses estatales”, en Huber, R. *et al.*, *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2008, pp. 239-259.
71. Ruiz Chiriboga, O., “Indigenous Corporal Punishments in Ecuador and the Prohibition of Torture and Ill-Treatments”, por publicarse en *American University International Law Review*, 2013, disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=1996919>
72. Said, E., “From Orientalism”, en Williams, P. & Chrisman, L. (Eds.), *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*, Harvester Wheatsheaf, New York-London, 1993, pp 132-48.
73. Salmón, E. *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción*, GTZ, Lima, 2010.
74. Simon, S., “La protección de las lenguas minoritarias en los sistemas americanos y europeos de derechos humanos”, 4 *Revista CEJIL* 148 (2008).
75. Stavenhagen, R., *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, IIDH, Colegio de México, México, 1988.
76. Toro Huerta, M.I., “El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 10 *AMDI* 49 (2010).
77. Torres Rivas, E., *Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los derechos humanos*, IIDH, San José, 1996.

78. Viaene, L., *Voices from the Shadows. The Role of Cultural Contexts in Transitional Justice Processes Maya Q'eqchi' Perspectives from Post-Conflict Guatemala*, Doctoral Dissertation in Law, Ghent University, 2011.
79. Villagra, R., "Los territorios indígenas amerindios y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 2 *Revista CEJIL* 59 (2006).
80. Vrdoljak, A., "Reparations for Cultural Loss", en Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparatives Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 197-228.
81. Vuotto, J.P., "Awas Tigni v. Nicaragua: International Precedent for Indigenous People", 22(1) *Boston University International Law Journal* 219 (2004).
82. Wemmers, J., Victim Reparation and the International Criminal Court, 16 *International Review of Victimology* 123 (2009).

Introducción

Las violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas en nuestro continente no han sido ajenas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte” o “el Tribunal”). El Tribunal ha conocido una serie de casos que van desde el desconocimiento de los derechos territoriales en Nicaragua, Paraguay y Surinam; las masacres y ejecuciones extrajudiciales de indígenas en Guatemala y Colombia; violaciones sexuales a mujeres indígenas en México; indígenas privados de libertad en Honduras; impedimentos para la participación política en Nicaragua, entre otros. En cada uno de los casos, la Corte ha hecho uso de una interpretación evolutiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“la Convención” o “CADH”), de tal suerte que las normas previstas en ésta, aun cuando no fueron diseñadas en un inicio para abarcar las particularidades propias de los pueblos indígenas, guarden consonancia con los avances en el derecho internacional y en el derecho nacional de los Estados Partes.¹ Conceptos como propiedad comunitaria, uso del propio idioma e integridad cultural son algunos ejemplos de cómo el Tribunal ha logrado construir en el articulado de la Convención pautas que los Estados del continente deben seguir a la hora de resolver asuntos indígenas o proteger los derechos comunales de estos pueblos en las legislaciones domésticas.

En apartados anteriores de este libro se ha hablado de la doctrina del control de convencionalidad, según la cual los jueces y tribunales nacionales deben velar que la interpretación y aplicación de la normativa local esté en consonancia con la Convención Americana y las interpretaciones que sobre ésta ha realizado la Corte Interamericana. En tal sentido, el presente capítulo tiene como último objetivo presentar al lector los estándares que la Corte Interamericana ha fijado respecto a los derechos de los pueblos indígenas y las reparaciones que deben otorgárseles en caso de que tales derechos sean vulnerados. En menor medida se utilizará la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH” o “la Comisión”).

¹ Para un estudio más acabado de las técnicas interpretativas utilizadas por la Corte Interamericana, ver el capítulo referente al Artículo 29 en esta obra.

Dos secciones componen este capítulo. La primera de ellas muestra todos estos avances jurisprudenciales por tema o derecho, en una suerte de sistematización de los criterios más relevantes que el Tribunal ha adoptado a lo largo de su historia. La segunda sección está dedicada al estudio de las reparaciones que la Corte ha ordenado en casos de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Es de resaltar que el análisis a profundidad de cada derecho o tema ya ha sido presentado en este libro por otros autores; por consiguiente, lo que a continuación se describe es un panorama mucho más acotado, en donde cada derecho o tema se analiza única y exclusivamente respecto a los pueblos indígenas y tribales. El lector deberá tener presente que a los indígenas les es aplicable tanto los estándares interamericanos descritos de manera general en los anteriores capítulos, como los estándares específicos que a continuación se detallan.

PARTE I:

JURISPRUDENCIA EN CUANTO AL FONDO DEL ASUNTO

Porque hay mas q'oqonk [fuerza espiritual invisible] antes que Dios, digamos, lo que fue hecho, a las sagradas mazorcas de maíz, el sagrado maíz, los granos sagrados, ellos [los soldados] arrancaron su existencia sin cuidado. A veces, tal vez no hubo siembra y no hubo cosecha; ellos, el maíz y todo murieron en la montaña.²

1. Pueblos indígenas y pueblos tribales

Los reclamos por violaciones a los derechos humanos ante el Sistema Interamericano provienen tanto de pueblos originarios -los pueblos indígenas-, como de pueblos que aún cuando no son originarios en nuestro continente conservan todavía gran parte de su cultura y tienen formas de organización propia -los pueblos tribales. Es así que el Tribunal ha tenido que definir si la aplicación de la Convención debe o no ser la misma para cada uno de estos pueblos.

² Anciano Q'eqchi', en Viaene, L., *Voices from the Shadows. The Role of Cultural Contexts in Transitional Justice Processes Maya Q'eqchi' Perspectives from Post-Conflict Guatemala*, Doctoral Dissertation in Law, Ghent University, 2011, p. 204 (traducción de los autores).

En el caso *Pueblo Saramaka Vs. Suriman*, la Corte observó que los miembros de dicho pueblo no eran originarios de la región en la que habitaban, sino que fueron llevados durante la época de la colonización de lo que hoy se conoce como Surinam como esclavos provenientes del África. Sus ancestros escaparon a las regiones del interior del país donde establecieron comunidades autónomas.³ Los Saramaka estaban organizados en doce clanes de linaje materno (*lös*) y se estimaba que el número de la población, al momento de la sentencia de la Corte, iba de 25.000 a 34.000 personas.⁴

La Corte consideró que los miembros del Pueblo Saramaka conformaban una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas eran diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulaban, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. El Tribunal concluyó que su jurisprudencia sobre pueblos indígenas era también aplicable a pueblos tribales, dado que compartían “características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo”.⁵

Teniendo en cuenta lo anterior, todo lo que a continuación se analizará es aplicable tanto a los pueblos indígenas como a los pueblos tribales.

2. Auto-identificación de los pueblos indígenas

En el caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam* citado anteriormente, el Estado argumentó que la inclusión voluntaria de algunos miembros del Pueblo Saramaka en la “sociedad moderna” había afectado su distinción cultural, de modo que sería dificultoso definirlos como una personalidad legal. El Estado cuestionaba si se podía definir legalmente a los Saramaka de una forma que tomara en cuenta los distintos grados en que varios miembros del Pueblo se adherían

³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 79.

⁴ *Ibíd.*, párr. 80.

⁵ *Ibíd.*, párrs. 84-86.

a las leyes, costumbres y economía tradicional, particularmente aquellos que vivían fuera del territorio Saramaka.

La Corte resolvió que el hecho que algunos miembros vivieran fuera del territorio tradicional y en un modo distinto de otros Saramaka que vivían dentro del territorio y de conformidad con las costumbres de su Pueblo no afectaba “la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad”. La cuestión de si algunos miembros podían afirmar ciertos derechos comunales en nombre del Pueblo era una cuestión que debía resolver “sólo el Pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o [la] Corte”. La falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos miembros no podía utilizarse, a criterio de la Corte, como un pretexto para denegar al Pueblo Saramaka sus derechos.⁶

En otro caso, la Corte constató que dos familias que anteriormente pertenecían a la Comunidad Yakye Axa, cuyo caso fue decidido por la Corte con anterioridad,⁷ ahora formaban parte de la Comunidad Sawhoyamaxa. Al respecto, el Tribunal resolvió:

“Si bien es cierto que estas familias figuraron como miembros de la Comunidad Yakye Axa y por lo tanto como víctimas de las violaciones a los derechos humanos declaradas por la Corte Interamericana en su sentencia sobre ese caso, a partir del censo realizado el mes de diciembre del año 2004 figuran como miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa. La decisión de estas familias de separarse de la Comunidad Yakye Axa para integrar la Comunidad Sawhoyamaxa, ambas comunidades indígenas del pueblo Enxet-Lengua, así como la decisión de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa de aceptarlos como parte de su comunidad, no puede más que ser respetada por este Tribunal”.⁸

En *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, el Estado solicitó la suspensión del proceso internacional debido a que encontró “contradicciones” en la denominación y pertenencia étnica de la Comunidad, lo que, según su criterio, “impedirían la titulación de tierras a su favor”.⁹ Señaló distintos escritos presentados por los representantes, documentos legales internos y

⁶ *Ibíd.*, párr. 164.

⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 206.

⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 33.

declaraciones de los miembros de la Comunidad que, a su juicio, producirían confusiones en cuanto a la identificación o pertenencia étnica de la Comunidad, siendo que en algunos casos aparecía como perteneciente al pueblo Enxet, en otros como Enxet-Lengua y en otras oportunidades como Sanapaná. Explicó que la pertenencia étnica a un pueblo constituía un “elemento esencial para una transferencia de propiedad”.¹⁰

La Corte observó que la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, era “un hecho histórico social” que hacía parte de su autonomía. Por tanto, la Corte y el Estado debían limitarse “a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique”. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal, conforme a la prueba aportada, determinó que la historia particular de la Comunidad y de la zona en la que había habitado explicaría su conformación multiétnica, lo que el Estado “conocía o debió conocer previamente”. Adicionalmente, comprobó que, tal y como lo alegaba el Estado, la Comunidad constaba en los registros públicos con un nombre distinto al de Xákmok Kásek. No obstante, los representantes de la Comunidad habían solicitado a las autoridades públicas que corrigiesen tal error, solicitud que no tuvo respuesta. El Tribunal determinó que en vista de que dependía de los organismos estatales correspondientes las rectificaciones solicitadas, “no sería razonable la procedencia de la solicitud del Estado en relación a la suspensión del presente caso”.¹¹

Como puede observarse en los casos citados, el criterio de auto-identificación de quien es parte de una comunidad o pueblo tiene un lugar preferente sobre cualquier identificación que el Estado realice. Asimismo, para la Corte, ella misma y los Estados deben respetar las decisiones que miembros determinados de cierto grupo y el grupo mismo adopten sobre quiénes son los integrantes de tal colectividad, siempre y cuando tales decisiones no violen derechos humanos generalmente reconocidos. Además, aún cuando ciertas personas hayan dejado de compartir la cultura o las prácticas tradicionales de su otrora grupo, ello no es suficiente para negar los derechos que al grupo asisten. Finalmente, los conflictos entre la comunidad y sus integrantes o ex integrantes es una cuestión que, en principio, debe ser resuelta por la propia comunidad.

¹⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 33.

¹¹ *Ibíd.*, párrs. 37, 43 y 49.

3. ¿Violaciones en perjuicio de la comunidad o de sus miembros?

Otro aspecto que la Corte ha tenido que enfrentar es la definición de quién puede ser considerado víctima en casos de violaciones en perjuicio de los indígenas: la colectividad o sus integrantes.

La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas han venido alegando desde hace tiempo que las violaciones de los derechos comunales deben ser declaradas en perjuicio tanto de la colectividad como de sus integrantes. Esta posición ha sido rechazada por la Corte de manera sistemática. El fundamento del rechazo no ha sido dado a conocer por el Tribunal, el que simplemente ha declarado violaciones en perjuicio de individuos y nunca de la colectividad, sin indicar el porqué. La única explicación que se cuenta fue dada por el Juez García Ramírez en su Voto adjunto a la sentencia en *YATAMA VS. Nicaragua*. Según este Juez, a la luz del artículo 1.2 de la Convención Americana el concepto de “persona” incluye solamente al ser humano, al individuo, como titular de derechos y libertades, y el Tribunal no podría “exceder esta frontera establecida por la Convención que fija su competencia”.¹²

Esta tradicional posición de la Corte está empezando a ser repensada desde dentro. El Juez Vio Grossi, en el caso *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, emitió un Voto Concurrente en el que expuso que el actual Derecho Internacional está tomando un giro hacia la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en tanto pueblos. Citó en respaldo de ello al Convenio No. 169 de la OIT de 1989, a la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, y al Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, todos ellos instrumentos que otorgan derechos a los pueblos como entes colectivos. En igual sentido citó al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el cual reconoció en 2005 que el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas también asiste a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos y no únicamente a sus miembros

¹² Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, Voto del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

como sujetos individuales de derechos.¹³ El Juez Vio Grossi también se refirió a la reciente Observación General No. 21 de 2009 del mencionado Comité que interpretó que la expresión “toda persona” contenida en el artículo 15.1.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁴ se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo, pues “una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo”.¹⁵ El Juez Vio Grossi concluyó que los mencionados textos internacionales permitirían

“arribar a una comprensión más amplia de lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención, en orden a que la obligación de respetar y garantizar a toda persona el ejercicio de los derechos consagrados por ella incluiría también a las colectividades o comunidades, como los pueblos indígenas, en la medida que a tales entidades se les reconozcan al menos algunos de esos derechos, los que, por ende, sus miembros únicamente podrían disfrutar y ejercer por su intermedio y en razón de que forman parte de la misma, lo que, en definitiva implicaría que no serían únicamente de carácter individual.

[...]

En otras palabras, habida cuenta lo precedentemente expuesto y aplicando lo previsto en el artículo 29.b y 29.d de la Convención, se podría concluir que, acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sería procedente, por una parte, incluir en el término “persona” contenida en diversos artículos de aquella y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no solo a los miembros, individualmente considerados, de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto tales y por la otra parte, consecuentemente considerar entre esos derechos a los concernientes a dichos pueblos, con lo que no solo se haría justicia, sino que, además, la jurisprudencia se ubicaría así, más nítidamente

¹³ Observación General 17, párrs. 7, 8 y 32.

¹⁴ El artículo 15 del Pacto dispone:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) 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 autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

¹⁵ Observación General 21, párr. 9.

y sin margen para equívocos, en la moderna tendencia que se estaría perfilando con cada vez mayor nitidez en el Derecho Internacional que regula esta materia”.¹⁶

La opinión del Juez Vio Grossi merece al menos tres comentarios. En primer lugar, es de notar que su voto fue concurrente y no disidente, lo que quiere decir que sus apreciaciones, aunque expuestas con mucha claridad y sustento, no fueron suficientes para llevarlo a disentir de la mayoría en el hecho de que las violaciones decretadas en ese caso únicamente fueron reconocidas en perjuicio de los miembros del grupo y no del grupo como tal. Quizá el Juez esté dejando entrever que en futuras oportunidades mantendrá con más fuerza el criterio que ha expuesto, y que disentirá de la mayoría si es que se mantiene la posición tradicional de la Corte. El tiempo lo dirá.

En segundo lugar, el Juez no hizo (ni tampoco la Corte) un estudio de las legislaciones nacionales de los países de América que permita vislumbrar qué Estados de la región han modificado sus leyes internas para reconocer derechos a los pueblos indígenas y tribales como colectividades. Dicho estudio hubiese permitido cotejar si existe un consenso regional que apunta hacia el reconocimiento de derechos colectivos como derechos humanos. En suma, si el Derecho Internacional está ampliándose para cubrir a las colectividades indígenas y tribales como sujetos de derecho y lo mismo está ocurriendo en las legislaciones locales, la Corte podría entender que el artículo 1.2 de la Convención Americana ya no sería un obstáculo para que los grupos mencionados puedan ser considerados como víctimas de violaciones a sus derechos.

Finalmente, es de resaltar que la vanguardista posición de la Corte respecto a los pueblos indígenas y tribales choca con su posición respecto a quién es la víctima de las violaciones que declara. Como se verá más adelante, la Corte ha interpretado que ciertos derechos de la Convención Americana tienen un sentido colectivo. Por ejemplo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad sobre tierras y recursos naturales, o el derecho a la organización propia a efectos de participar en las elecciones, todos ellos han sido interpretados de manera colectiva, pero depositados en los *miembros* del grupo y no en el grupo como tal. Contrariamente, muchas de las reparaciones que se han otorgado por

¹⁶ Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, *op. cit.*, Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 25 y 26.

la violación de esos derechos han sido ordenadas en favor de la comunidad como tal. Este tipo de interpretación crea discrepancias difíciles de solucionar. Por mencionar una, en el caso *Saramaka Vs. Suriname* muchos de los miembros del Pueblo tenían reconocida la propiedad individual de su parcela de terreno; asimismo, ninguno de los miembros del Pueblo se quejó de alguna violación a su derecho individual al reconocimiento de su personalidad jurídica. El problema era que el Pueblo, la colectividad, no tenía reconocido un título de propiedad sobre las tierras tradicionales y el Pueblo, la colectividad, no era reconocido como persona jurídica. En ambas situaciones la Corte encontró una violación a los derechos humanos, pero no depositó la titularidad de los derechos en el Pueblo sino en sus miembros, cuando los miembros individualmente considerados no tenían problema alguno, sino era Pueblo el que no podría ejercer o defender sus derechos. Reconocer entonces que el Pueblo es la víctima de la violación traería lo que Vio Grossi pronostica: más nitidez y menos equívocos.

Por otro lado, la culpa y el castigo, victimización y reparación son vistas como colectivas en muchas sociedades, mientras que los sistemas modernos de justicia están designados para identificar responsabilidades individuales. En este sentido, el reconocimiento de los grupos indígenas como colectividades con identidades, características y requerimientos específicos es esencial. Sin este reconocimiento, es probable que las medidas adoptadas para garantizar verdad, justicia y reparación no cumplan efectivamente con su objetivo y, peor aún, pueden llegar a causar daño al grupo (por ejemplo, causando rupturas dentro de la colectividad o la imposición de las alteraciones de sus tradiciones y costumbres).¹⁷

4. Derecho a la personalidad jurídica (Art. 3 CADH)

4.1 Derecho a la personalidad jurídica de los miembros de una comunidad

En el caso *Aloeboetoe Vs. Surinam*, la identificación de los hijos de las víctimas, sus cónyuges y ascendientes ofreció graves dificultades a las partes y al Tribunal. Se trataba de miembros de un pueblo que vivían en la selva y que se expresaban sólo en su lenguaje nativo. Los matrimonios y los nacimientos generalmente no eran registrados oficialmente y cuando así

¹⁷ Arthur P. (Ed.), *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 24.

ocurría, no se incluían datos suficientes para acreditar enteramente la filiación de las personas. La cuestión de la identificación se tornó aún más difícil debido a la práctica de la poligamia.¹⁸

El Estado surinamés afirmó que a efectos de otorgar las reparaciones solicitadas por las víctimas se requería conocer, basados en datos racionales y ciertamente comprobables, detalles específicos de todas las víctimas, respecto del elenco familiar que quedó desprotegido.

La Corte consideró que la identidad de las personas debía probarse, “en general, mediante la documentación correspondiente”, pero dado que en el caso en cuestión se demostró que la situación en que se encontraban las víctimas se debía en gran medida a que el Estado no mantenía en la región los registros civiles en número suficiente y, por ello, no podía otorgar la documentación a todos los habitantes, el Tribunal resolvió que “Surinam no puede exigir entonces que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región”. Agregó que “Surinam no ha ofrecido en este litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores”.¹⁹

Por tales razones, el Tribunal rechazó el argumento del Estado y procedió a decretar lo pertinente sobre las personas que la Comisión Interamericana identificó con las pruebas que tuvo a su alcance y que fueron calificadas por el Tribunal como “verosímiles”, “teniendo en cuenta las circunstancias del caso”. La Corte, no obstante, no decretó una violación al derecho reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana. De hecho, la Comisión Interamericana tampoco solicitó en su demanda que se declarara tal violación.

Años después, en el caso *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, la Corte tuvo por demostrado que 18 miembros de la Comunidad, que fallecieron y sus muertes fueron atribuidas a omisiones del Estado, no contaron con registros de nacimiento y defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad²⁰. Los miembros de la Comunidad vivían en condiciones de extremo riesgo y vulnerabilidad, por lo que tenían serios impedimentos económicos y geográficos para obtener el debido registro de nacimientos y defunciones, así como otros documentos de identidad.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Aloboetoe y otros Vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 63.

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 64.

²⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 190.

La Corte indicó que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representaba un parámetro para determinar si una persona era titular o no de los derechos de que se trate, y si los podía ejercer. Señaló que la violación de aquel reconocimiento suponía “desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones”, y ponía al individuo en una situación vulnerable. Según el Tribunal, era deber del Estado “procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares”. En especial, el Estado estaba obligado a “garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”.

Al haberse demostrado que: a) los miembros de la Comunidad permanecieron en un “limbo legal” en el que “si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica”; y b) era deber del Paraguay implementar mecanismos que permitan a toda persona obtener el registro de su nacimiento u otros documentos de identificación, resguardando que estos procesos, en todos sus niveles, sean accesibles jurídica y geográficamente, para hacer efectivo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la Corte estimó que el Estado violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrado en el artículo 3 de la Convención.²¹

La Corte reiteró esta jurisprudencia en otro caso indígena contra el Paraguay: el caso *Xákmok Kásek*, en el cual indicó:

“En el presente caso se presentan las mismas falencias que la Corte determinó en el caso *Sawhoyamaxa*. Varias de las personas que fallecieron no tenían actas de nacimiento, o al menos no fueron aportadas, ni tampoco se levantaron las respectivas actas de defunción, careciéndose de los documentos de identidad esenciales para la determinación de derechos civiles”.²²

En suma, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica comprende, entre otros, el derecho a contar con documentos de identidad, que permitan al portador ejercer sus derechos y contraer obligaciones. Para hacer efectivo este derecho, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas que faciliten a las personas en situación de vulnerabilidad, como los

²¹ *Ibíd.*, párrs. 186-194.

²² Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 251.

miembros de pueblos indígenas y tribales, el acceso a tales documentos. La falta de medidas positivas acarrearían la responsabilidad internacional del Estado, tal y como lo demuestran los casos expuestos en contra del Paraguay.

4.2 Derecho a la personalidad jurídica de la Comunidad

En el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte consideró que el otorgamiento de personería jurídica a las comunidades indígenas servía para “hacer operativos” los derechos ya existentes de tales comunidades, “que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”. Es así que “[s]us sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma”. Aunado a lo anterior, la Corte verificó que las comunidades indígenas en la legislación paraguaya habían dejado de ser “una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos”, que no se reducían al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radicaban en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, era “el mecanismo legal” que les confería el estatus necesario para gozar de ciertos derechos y exigir su protección cada vez que se vieran vulnerados. La Corte concluyó que la personería jurídica, bajo el derecho interno paraguayo, era “otro derecho garantizado a la Comunidad indígena, como sujeto de derechos”.²³

Es de notar que en este caso, a pesar de que la legislación nacional consideraba a la comunidad como sujeto de derechos, no fue suficiente para que la Corte declarara una violación en perjuicio de la entidad y se limitó a decretar violaciones en perjuicio de sus miembros (ver discusión en el apartado 3 *supra*).

En este caso la Corte no decretó una violación del artículo 3 de la Convención, puesto que la Comunidad Yakye Axa sí estaba legalmente reconocida en el Paraguay y tenía personalidad jurídica propia. Diferente fue el resultado en el caso *Pueblo Saramaka Vs. Suriman*, en el que el Estado no reconocía al Pueblo Saramaka como entidad jurídica capaz de

²³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párrs. 82-84.

usar y gozar de la propiedad comunal como un grupo tribal. Del mismo modo, el Estado no reconocía al Pueblo como una entidad jurídica capaz de obtener acceso igualitario a la protección judicial frente a alguna violación de sus derechos.²⁴ Esta condición colocaba al Pueblo en una “situación vulnerable”.²⁵ Sobre el particular, la Corte notó que, sin desconocer que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros individuales de las comunidades era necesario, “dicho reconocimiento individual no toma en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el Saramaka en particular, gozan y ejercen un derecho en especial”.²⁶ Particularmente, respecto al derecho a la propiedad comunal la Corte observó que aun cuando todo miembro individual del Pueblo Saramaka podía obtener protección judicial contra violaciones a sus derechos individuales de propiedad y que un fallo a su favor podía también tener un efecto favorable en toda la comunidad, “[e]n un sentido jurídico estos miembros individuales no representan a la comunidad en su conjunto. Las decisiones correspondientes al uso de tal propiedad individual dependen del individuo y no del Pueblo Saramaka conforme a sus tradiciones”. Para el Tribunal,

“el reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho”.²⁷

Además, consideró que el derecho a que el Estado reconozca la personalidad jurídica del grupo es una de las *medidas especiales* que se debía proporcionar a los pueblos indígenas y tribales “a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones”. Ésta era, según la Corte, “la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria”.²⁸ En este caso la Corte declaró la violación del derecho de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención, en relación con su derecho a la propiedad, de acuerdo con el artículo 21 de dicho

²⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, op. cit., párr. 167.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 173.

²⁶ *Ibíd.*, párr. 168.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 171.

²⁸ *Ibíd.*, párr. 172.

instrumento, y al derecho a la protección judicial, conforme al artículo 25 del mismo cuerpo legal.²⁹

5. Derecho a la vida (Art. 4 CADH)

5.1. Masacres

En el caso *Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, el Tribunal tuvo por demostrado que entre los años 1962 y 1996 en Guatemala hubo un conflicto armado interno que significó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. El Ejército, con fundamento en la Doctrina de Seguridad Nacional, identificó a los miembros del pueblo indígena maya como “enemigos internos”, por considerar que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla. Estos pueblos fueron víctimas de masacres y operaciones de tierra arrasada que significaron la destrucción completa de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas.³⁰

Los habitantes de la aldea Plan de Sánchez eran acusados por los militares de pertenecer a la guerrilla, ya que se negaban a participar en las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC). El domingo 18 de julio de 1982, llegó a Plan de Sánchez un comando de aproximadamente 60 militares y patrulleros, que procedieron a maltratar, violar y ejecutar a los habitantes indefensos de la aldea. Alrededor de 268 personas, incluidos niños y niñas, fueron ejecutadas en la masacre.³¹

La Comisión y los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte que calificara los hechos narrados como “genocidio”. La Corte respondió que en materia contenciosa “sólo tiene competencia para declarar violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos que así se la confieren”. No obstante, señaló que hechos como los señalados, que “afectaron

²⁹ *Ibíd.*, párr. 175.

³⁰ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 42.7.

³¹ *Ibíd.*, párrs. 42.12-42.21.

gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres”, causaron un “impacto agravado” que comprometía la responsabilidad internacional del Estado, impacto que la Corte tomó en cuenta “al momento de resolver sobre reparaciones”.³²

Actualmente está pendiente ante la Corte el caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, en donde la Comisión denunció la persecución y eliminación de las presuntas víctimas, mediante una serie de masacres ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las PAC en los años 1980 y 1982, que produjeron más de 500 personas asesinadas. Las masacres fueron planificadas, según la Comisión, por agentes estatales con el objetivo de exterminar la Comunidad, en un contexto de discriminación y racismo. La Comisión también calificó a estos hechos como genocidio.³³

5.2. *Ejecución de un líder comunitario*

En el caso *Escué Zapata Vs. Colombia*, la Comisión y los representantes de la víctima denunciaban que la ejecución del señor Germán Escué Zapata, cometida por miembros del Ejército colombiano, estuvo ligada “a su condición de líder y autoridad tradicional de su Pueblo, y al trabajo que, en esa condición, realizaba de manera activamente comprometida con la recuperación de la tierra ancestral del Pueblo Paez y con la supervivencia y desarrollo de su forma particular de vida”. El Estado controvertió lo anterior señalando que la muerte se produjo como consecuencia de “un conflicto *intra* étnico que derivó en una mala información al Ejército por parte de un indígena de la misma [e]tnia y del abuso de poder de algunos agentes estatales”.³⁴

La Corte no pudo tener por demostrado cuál fue el móvil de la ejecución de la víctima. No se pudo establecer que los militares actuaron por cuenta propia o por incitación de otros indígenas o de terratenientes, con el objetivo específico de ejecutar a Germán Escué Zapata por el liderazgo que tenía dentro de su Comunidad. Lo anterior se debía, en gran medida, a la falta

³² *Ibíd.*, párr. 51.

³³ El escrito de la Comisión de sometimiento de este caso ante la Corte puede encontrarse aquí: <http://www.cidh.org/demandas/12.649Esp.pdf>

³⁴ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 54.

de efectividad de las investigaciones internas que no pudieron esclarecer los hechos. Pese a ello, la Corte reconoció que la pérdida de un líder para el Pueblo Paez significó una “desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y, sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyado por su [C]omunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial”.³⁵

5.3. Entierro y trato al cadáver conforme a la cultura indígena

En el caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, relativo a la desaparición forzada del indígena Efraín Bámaca Velásquez, la Corte consideró que “el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana”. Asimismo, señaló que “los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos”. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asumía “una significación muy especial” en la cultura maya, a la cual pertenecía el señor Bámaca Velásquez. Para esa cultura “las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres”³⁶.

En *Moiwana*, la Corte consideró que una de las principales fuentes de sufrimiento para los miembros de la Comunidad fue que ignoraban el paradero de sus seres queridos que fueron ejecutados en la masacre perpetrada por agentes estatales. Como resultado, no podían honrar a sus muertos y enterrarlos según los principios fundamentales de su cultura. Las afectaciones emocionales también se derivaban del hecho que varios de los cadáveres fueron incinerados, lo cual era contrario a las costumbres tribales. Estos hechos fueron considerados por la Corte como violatorios del artículo 5 (derecho a la integridad personal) de los familiares.³⁷

En *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, caso aún en trámite ante la Corte, la Comisión denuncia que las víctimas ejecutadas extrajudicialmente en las masacres no

³⁵ *Ibíd.*, párr. 124.

³⁶ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 81.

³⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 100.

recibieron sepultura de conformidad con las tradiciones de la Comunidad. Los cuerpos fueron tirados a un barranco y cubiertos con piedras y ramas, enterrados en fosas clandestinas, algunas víctimas fueron enterradas parcialmente y otras dejadas a la intemperie, y ciertos cuerpos fueron calcinados. A diferencia de los casos citados anteriormente, la Comisión no solamente está solicitando a la Corte que declare la violación del derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas ejecutadas, sino que también está solicitando la violación del derecho a la libertad de conciencia y religión, por no haberse respetado las culturas fúnebres indígenas.³⁸

5.4. *Derecho a una vida digna*

En el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, relativo a la situación de miseria y abandono de la citada Comunidad por la falta de devolución de su territorio tradicional, la Corte se pronunció sobre las obligaciones que se derivan del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4.1 de la Convención. El Tribunal sostuvo que “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”. En este sentido, “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.³⁹

La Corte concluyó que los miembros de la Comunidad Yakye Axa vivían en condiciones de miseria extrema “como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales”, así como a la “precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras”. El Tribunal observó que los miembros de la Comunidad Yakye Axa “hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales”. El desplazamiento de los indígenas estas tierras ocasionó que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona

³⁸ Escrito de la Comisión de sometimiento del caso ante la Corte, *supra* nota 33.

³⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 162.

que comprendía su asentamiento temporal no contaba con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad veían imposibilitado “el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios”. Estas condiciones impactaron negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad. A ello se sumaban las especiales deficiencias en la educación que recibían los niños y la inaccesibilidad física y económica de la atención en salud.⁴⁰

La Corte notó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas había señalado que

“[l]os pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la 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 [...] la [...] 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”.⁴¹

Para la Corte Interamericana, las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactaban “de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”. Para los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran “están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia”.⁴² En consecuencia, la Corte declaró que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna.⁴³

⁴⁰ *Ibíd.*, párrs. 164-165.

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 166.

⁴² *Ibíd.*, párr. 167.

⁴³ *Ibíd.*, párr. 176.

En este mismo caso, la Comisión y los representantes alegaban que el Estado era también responsable por la muerte de 16 miembros de la Comunidad por causas que habrían podido evitarse con una adecuada alimentación y asistencia médica. La Corte consideró que no disponía de los elementos probatorios suficientes como para establecer las causas de los mencionados fallecimientos, por lo que no decretó una violación del derecho a la vida imputable al Estado por las mencionadas muertes.⁴⁴

Posteriormente, la Corte conoció el caso *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, en el que la Comunidad Sawhoyamaxa se encontraba en muy similares condiciones de abandono, también a la espera de la devolución de sus tierras tradicionales. En este caso la Corte reiteró su jurisprudencia establecida en el caso *Yakye Axa* y agregó que:

“Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”.⁴⁵

En el caso bajo análisis no existía controversia entre las partes respecto a que las condiciones en las que vivían los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa eran inadecuadas para una existencia digna, ni respecto a la realidad e inminencia del peligro que tales condiciones representan para su vida. La controversia radicaba en determinar si el Estado era responsable de que las víctimas estuviesen en esas condiciones y si había adoptado las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida.⁴⁶

La Presidencia de la República había adoptado un Decreto para la entrega de cierta cantidad de alimentos, atención médico-sanitaria y materiales educativos a la Comunidad. La

⁴⁴ *Ibíd.*, párrs. 177-178.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 155. Ver también, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 123-124.

⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 156.

Corte consideró, no obstante, que la mera emisión de decretos o leyes “no es suficiente para garantizar la plena efectividad de los derechos protegidos por la Convención, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁴⁷ Durante más de seis años de vigencia del Decreto Presidencial, el Estado sólo había entregado víveres a las víctimas en diez ocasiones, así como medicamentos y materiales escolares en dos oportunidades. Estas entregas, así como las cantidades suministradas, eran “a todas luces medidas insuficientes para revertir la situación de vulnerabilidad y riesgo”, tanto así que luego de la entrada en vigor del Decreto de emergencia al menos 19 personas fallecieron,⁴⁸ en su mayoría niños y niñas menores de tres años de edad por “enfermedades razonablemente previsibles, evitables y tratables a bajo costo”.⁴⁹ Los pocos enfermos de la Comunidad que pudieron llegar hasta un profesional médico o un centro asistencial “lo hicieron en forma tardía o fueron tratados muy deficientemente o mejor dicho en forma denigrante para la condición humana”. Por ello, el Tribunal consideró que tales muertes eran atribuibles al Estado⁵⁰.

Pese a esta jurisprudencia que define las medidas necesarias que Paraguay debía tomar para proteger el derecho a la vida digna de los indígenas, un nuevo caso contra el Paraguay, prácticamente idéntico a los anteriores, llegó a la Corte pocos años después. Se trata del caso *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*.

La Corte determinó en dicho caso que las autoridades internas conocían de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de los miembros de la Comunidad, pero luego de analizar la situación alimentaria (incluido el acceso a agua limpia), médica y sanitaria de la Comunidad, el Tribunal destacó que la asistencia estatal brindada no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad de las víctimas, y que esta situación estaba “estrechamente vinculada” a la falta de sus tierras tradicionales. La Corte enfatizó que “la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de [los] miembros [de la Comunidad], 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

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 167.

⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 170.

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 171.

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 176.

distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria”.⁵¹ En este punto, citando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, señaló que “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura”.⁵² La Corte concluyó que el Estado no había brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna de todos los miembros de la Comunidad, lo que equivalía a una violación del artículo 4.1 de la Convención.

De otro lado, los representantes de las víctimas solicitaron que también se atribuyera responsabilidad internacional al Estado por los fallecimientos de 44 miembros de la Comunidad. La Corte resolvió esta cuestión señalando que: a) no tenía competencia *rationae temporis* para conocer las muertes de 16 personas que acontecieron antes de que el Paraguay reconociera la competencia contenciosa del Tribunal; b) carecía de elementos de juicio para determinar la responsabilidad del Estado por la muerte de 2 “no natos”, por la falta de fundamentación de la Comisión y los representantes de las víctimas en este extremo; c) no existían elementos para determinar la responsabilidad estatal respecto de 6 personas sobre quienes no se conocían las causas de muerte o presuntamente murieron por causas naturales o accidentales; y d) no era posible imputar la responsabilidad al Estado por la muerte de 7 personas que recibieron atención médica antes de morir, puesto que no se demostró “que la atención médica dada fuera insuficiente o deficiente, o que exista un nexo causal entre la muerte y la situación de vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad”. En cuanto a las demás personas, el Tribunal observó que fallecieron por “enfermedades que eran de fácil prevención si hubieran recibido asistencia periódica y constante o mediante un control adecuado de salud”. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte declaró que el Estado violó el derecho a la vida contemplado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de 13 personas fallecidas.⁵³

⁵¹ *Ibíd.*, párrs. 214-215.

⁵² *Ibíd.*, párr. 216.

⁵³ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párrs. 223-234.

6. Derecho a la integridad personal (Art. 5 CADH)

6.1. Violación sexual

En el caso *Fernández Ortega y otros Vs. México*, la Corte analizó la violación sexual de una indígena de la comunidad Me'phaa, en Guerrero. El 22 de marzo de 2002, un grupo de aproximadamente once militares se acercaron a la casa de la señora Fernández Ortega. Tres de ellos ingresaron en el domicilio sin su consentimiento y le preguntaron, en varias ocasiones, dónde se encontraría su esposo. Al no tener respuesta, los militares procedieron a violarla sexualmente.

México señaló ante la Corte Interamericana que los múltiples relatos de los hechos que la víctima hizo en el procedimiento interno, así como en el internacional, tenían varias imprecisiones. El Tribunal observó que la señora Fernández Ortega hablaba me'paa y que para ser entendida por el funcionario del Ministerio Público que recibió su denuncia debió contar con la asistencia de una persona que no era intérprete de oficio. Otros relatos de los hechos se realizaron mediante la presentación de un escrito y no por el testimonio directo de la víctima. Dicho escrito, si bien fue firmado por la víctima, fue redactado por un tercero, quien además tuvo que reproducir en español lo que ella manifestaba en me'paa, o redactar lo que un intérprete al español le indicaba, circunstancia que, a criterio de la Corte, “indudablemente puede derivar también en imprecisiones”. En consecuencia, el Tribunal resolvió que “las diferencias de relato, más que un problema de consistencia, pueden deberse a obstáculos en la expresión, a la intervención de terceros, o producto del uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones”. Además, los hechos relatados por la víctima se referían a un momento traumático, cuyo impacto podía causar “determinadas imprecisiones al recordarlos”.⁵⁴

Luego de dar por probados los hechos denunciados, la Corte consideró que la violación sexual constituía un acto de tortura en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.⁵⁵

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 105.

⁵⁵ *Ibíd.*, párrs. 121 a 128.

También señaló que los mismos hechos violaban el derecho reconocido en el artículo 11 de la Convención, pues el concepto de vida privada contemplado en ese artículo era un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprendía, entre otros, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. El Tribunal estableció que la violación sexual de la víctima vulneró “valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas”.⁵⁶ De otro lado, el Tribunal estableció que el Estado había incurrido en deficiencias graves en la investigación de los hechos, entre otras, la falta de traductores que hablaran me’paa⁵⁷. Por todo ello, la Corte concluyó que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia en la investigación de la violación sexual.

Hechos muy similares se presentaron en el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*.⁵⁸ La señora Rosendo Cantú, otra indígena perteneciente a la comunidad Me’phaa, quien al momento de los hechos era menor de edad, denunció que el 16 de febrero de 2002 se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio, cuando ocho militares se acercaron a ella y la rodearon. Dos militares la interrogaron mostrándole la fotografía de una persona y una lista con nombres. Luego de que la víctima contestara que no conocía a tales individuos, los militares procedieron a violarla y golpearla.

Horas después del ataque la señora Rosendo Cantú acudió a un centro de salud e indicó al personal médico que recibió golpes con armas militares, pero no mencionó la violación sexual. Días más tarde acudió a un hospital donde tampoco indicó que había sido violada. La Corte consideró que el hecho de que la víctima no indicara que había sido violada en las dos primeras consultas médicas debía ser contextualizado “en las circunstancias propias del caso y de la víctima”. El Tribunal indicó que “las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar”, y que ello sucedía en las comunidades indígenas “por las particularidades tanto culturales como sociales que la víctima tiene que enfrentar”, en especial el rechazo por parte de su comunidad, así como por miedo a represalias. La Corte tuvo en

⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 129.

⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 184 a 198.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

cuenta que la víctima “era una niña que fue sometida a un evento traumático en el que, además de ser agredida física y sexualmente, recibió por parte de los militares que la atacaron amenazas de muerte contra los miembros de su comunidad”. Es en base a esto que, a criterio del Tribunal, el no haber indicado la violación sexual en un inicio no desacreditaba sus declaraciones posteriores en la que sí narró el ataque.⁵⁹ Finalmente, la Corte indicó que:

“Desde el momento en que el Estado tuvo conocimiento de la existencia de una violación sexual cometida contra quien pertenece a un grupo en situación de especial vulnerabilidad por su condición de indígena y de niña, tiene la obligación de realizar una investigación seria y efectiva que le permita confirmar la veracidad de los hechos y determinar los responsables de los mismos”.⁶⁰

Una vez que el Tribunal tuvo por probados los hechos denunciados, consideró que los mismos cumplían con los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura,⁶¹ por lo que declaró culpable al Estado mexicano de la violación de los artículos 5.2 de la Convención Americana y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Al igual que en el caso *Fernández Ortega*, en este caso la Corte también declaró la violación del derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana.⁶²

Un nuevo caso de violación sexual a mujeres indígenas se encuentra actualmente en trámite ante la Corte. Se trata del caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, en el que la Comisión denunció que durante las masacres realizadas contra la comunidad de Río Negro, varias mujeres y niñas fueron constantemente violadas sexualmente y posteriormente ejecutadas.⁶³

6.2. Integridad psíquica y moral

El 29 de noviembre de 1986 se efectuó una operación militar en la aldea de *Moiwana*. Agentes del Estado y sus colaboradores asesinaron al menos a 39 miembros indefensos de la

⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 95.

⁶⁰ *Ibíd.*, párrs. 103-104.

⁶¹ Para un análisis de los elementos objetivos y subjetivos de la tortura, ver el capítulo sobre el artículo 5 en esta obra.

⁶² Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, *op. cit.*, párrs. 118-121.

⁶³ Ver escrito de la Comisión de sometimiento del caso, *supra* nota 33.

Comunidad e hirieron a otros. La operación quemó y destruyó la propiedad de la Comunidad, y forzó a los sobrevivientes a huir.⁶⁴ A los miembros de la Comunidad les fue imposible recuperar los restos de sus familiares que murieron durante el ataque y proveer los ritos mortuorios requeridos por los principios fundamentales de la cultura N'djuka⁶⁵. La no realización de los diferentes rituales mortuorios era considerada “una transgresión moral” que no solamente provocaba el enojo del espíritu de quien falleció, sino también podía ofender a otros ancestros. Lo anterior tenía como consecuencia una serie de “enfermedades de origen espiritual”, las cuales podían manifestarse como enfermedades físicas y afectar el linaje completo. La justicia y la responsabilidad colectiva eran principios centrales dentro de la sociedad N'djuka. Si se causaba un daño a un miembro de la Comunidad, los familiares estaban obligados a vengar la ofensa cometida. Si alguien asesinaba a un familiar, los N'djuka creían que su espíritu sería incapaz de descansar hasta que se hiciera justicia.⁶⁶

La imposibilidad de honrar adecuadamente a sus seres queridos fallecidos, así como la separación forzosa de sus tierras tradicionales, fueron calificadas por la Corte como “situaciones que afectan los derechos de [los] miembros consagrados en el artículo 5 de la Convención”. Además, el Tribunal consideró que se había afectado la integridad personal de los miembros de la Comunidad “por el sufrimiento que les ha causado la obstaculización, a pesar de sus esfuerzos persistentes, para obtener justicia por el ataque a su aldea, particularmente a la luz del énfasis de los N'djuka en sancionar apropiadamente las violaciones cometidas”.⁶⁷ A pesar de los diversos esfuerzos de los miembros de la Comunidad y de sus representantes legales, así como de la clara evidencia de la responsabilidad del Estado, no existía indicación alguna de que hubiere una investigación seria y completa sobre el ataque a la Comunidad. Los miembros de la Comunidad no recibieron reparación alguna por esos hechos. Tal ausencia de recursos efectivos fue considerada por la Corte como fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas y sus familiares; incluso creó en los miembros de la comunidad la convicción de que el Estado los discriminaba activamente.⁶⁸ Debido a la impunidad continuada por la operación militar de 1986 y al desconocimiento por parte de los miembros de

⁶⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, op. cit., párr. 86.15.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 86.20.

⁶⁶ *Ibid.*, párrs. 86.9-10.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 93.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 94.

la Comunidad acerca de los motivos de tal ataque, éstos habían sufrido “una profunda ansiedad” frente a la posibilidad de enfrentar hostilidades si regresaban a sus tierras tradicionales”.⁶⁹ Por todo lo anterior, la Corte concluyó que los miembros de la Comunidad Moiwana sufrieron emocional, psicológica, espiritual y económicamente, lo que constituía una violación por parte del Estado del artículo 5.1 de la Convención Americana.

En el ya comentado caso de la Comunidad *Xákmok Kásek*, la Corte reiteró su jurisprudencia establecida en el caso *Moiwana*, ante las declaraciones de varias víctimas sobre el pesar que ellas y los miembros de la Comunidad sentían por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que debieron soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo de reivindicación de tierras. Adicionalmente, las condiciones de vida miserables que padecían los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en la que se encontraban generaron, a criterio de la Corte, “sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad”, todo ello en violación del artículo 5.1 de la Convención.⁷⁰

7. Garantías judiciales (Art. 8 CADH)

7.1. Derecho de las víctimas de contar con un intérprete

El acceso a la justicia estatal por parte de los pueblos indígenas está estrechamente relacionado con su capacidad de hacerse entender en su propio idioma. En el caso *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, relativo a la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su pequeña hija, la Corte tuvo por demostrado que los familiares de las víctimas desaparecidas enfrentaron obstáculos para acceder a la justicia, en razón a su pertenencia al pueblo indígena Maya.⁷¹ Para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y que la investigación de los hechos se realizara con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debía “asegurar que aquellas

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 97.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, *op.cit.*, párr. 244.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 97.

puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin”. Asimismo, el Estado debía garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas no tuvieran que hacer “esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación”.⁷²

En el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, cuando la víctima, quien no hablaba español con fluidez, acudió a denunciar la violación sexual que padeció, no se le proveyó la asistencia de un intérprete. Ello fue calificado por la Corte como un hecho que no respetó la identidad cultural de la víctima, y no resultó adecuado “para asegurar la calidad del contenido de la declaración ni para proteger debidamente la confidencialidad de la denuncia”.⁷³

Los dos casos narrados en este acápite muestran que el derecho a contar con un intérprete no es exclusivo de las personas acusadas de un delito, sino que también es un derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos o de sus familiares. Contar con un intérprete a la lengua oficial del órgano investigador o juzgador es una garantía básica para el acceso a la justicia, caso contrario, las violaciones a los derechos de las personas que no hablan el idioma oficial quedarían prácticamente impunes por falta de denuncia. No obstante, varias cuestiones quedan aún por resolver.

En primer lugar, no es clara la fuente normativa de la cual se deriva esta obligación. En los dos casos narrados anteriormente, el Tribunal ubicó sus consideraciones en los acápites relativos al artículo 8 (garantías judiciales) de la Convención, pero no resulta claro a qué obligación concreta del artículo 8 corresponde este derecho. Recordemos que el artículo 8 es una norma que contiene una serie de obligaciones del Estado a cumplirse en procedimientos judiciales y administrativos de variada índole.⁷⁴ Parecería que la sección más adecuada para ubicar este derecho es en el “derecho a ser oído” contenido en el numeral 1 del artículo 8. Una persona no podría ser oída y, por ende, excitar la acción estatal en su beneficio o en su protección, si el Estado no facilita la comprensión entre la víctima y los investigadores y juzgadores.

⁷² *Ibíd.*, párr. 100.

⁷³ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, *op. cit.*, párr. 179.iv)

⁷⁴ Para un recuento de las obligaciones estatales derivadas del artículo 8 de la Convención, ver el capítulo correspondiente en esta obra.

En segundo lugar, no resulta claro si este derecho es únicamente de los indígenas o si correspondería también a no indígenas que no hablan el idioma oficial (e.g. extranjeros). Dado que la regla general es que todas las personas tienen derechos humanos independientemente de su nacionalidad, sexo, religión u otras consideraciones, parece lógico concluir que el derecho de las víctimas de ilícitos de contar con un intérprete es un derecho que protege a todos quienes se encuentran en la jurisdicción de un Estado. No obstante, sería a la vez ilógico exigir al Estado que tenga traductores capacitados en prácticamente todos los idiomas del mundo, en el evento de que un turista extranjero sea víctima de un delito mientras pasea por el territorio nacional. Lo más razonable sería entonces interpretar flexiblemente al deber estatal de proveer un intérprete, siendo más estrictos en ciertos casos y menos en otros. Por ejemplo, frente al caso de extranjeros, el Estado debería adoptar medidas razonables para que quien no hable el idioma oficial pueda hacerse entender a la hora de denunciar el ilícito del que ha sido víctima (e.g. proporcionarle los datos de contacto de la embajada del país al que el extranjero pertenece). En el caso de pueblos indígenas y tribales la obligación del Estado debe ser interpretada de manera mucho más estricta, puesto que los indígenas habitan el territorio estatal, son ciudadanos del Estado en cuestión, y es de esperarse que los Estados tengan políticas públicas que garanticen a los integrantes de estos grupos ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás integrantes de la sociedad. En caso de miembros de pueblos indígenas que hablan idiomas en extinción o que el número total de hablantes sea en extremo reducido, la obligación del Estado podría ser menos estricta, por las dificultades prácticas que encerraría conseguir un intérprete oficial, aunque cabría preguntarse qué responsabilidad tiene el Estado por la pérdida de ese idioma.

En tercer lugar, no resulta claro de la jurisprudencia de la Corte si el no contar con un intérprete a la hora de denunciar un delito podría ser violatorio de otros derechos distintos al derecho a ser oído. En *Tiu Tojín* la Corte habla de “debida diligencia” y “sin discriminación”, mientras que en *Rosendo Cantú* se habla de la “identidad cultural” y la “confidencialidad de la denuncia”, pero no se decretan violados otros derechos más allá del artículo 8 de la Convención. Nada impediría, sin embargo, que dependiendo de las circunstancias del caso concreto, la falta de un intérprete capacitado violaría la igualdad ante la ley, protegida según sea el caso por los artículos 1.1 y 24 de la Convención, o la autonomía personal y vida privada (que incluiría la vida cultural y la secrecía de ciertos datos personales), protegidas por el

artículo 11 de la Convención. Habrá que esperar que la Corte responda en un futuro caso a estas interrogantes.

Finalmente, en *Tiu Tojin* la Corte indicó el deber del Estado es facilitar un intérprete “u otros medios eficaces para tal fin”; es decir que este derecho se podría satisfacer por medios alternativos a un intérprete. Cuáles son esos otros medios es una pregunta que la Corte difícilmente podría responder de manea general. El único estándar que el Tribunal estableció es que tales otros medios sean “eficaces” para conseguir el fin deseado, esto es, para facilitar que las víctimas de violaciones a sus derechos humanos presenten denuncias a las autoridades estatales. Dependerá de cada Estado la elección entre intérpretes u otros medios, pero sea cual sea el medio elegido, el fin último debe tratar de realizarse en la más alta medida posible.

7.2 *Derecho a ser asistido por un defensor*

En el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay* la Corte analizó el proceso penal seguido en contra de algunos miembros de la Comunidad Yakye Axa. Dicho proceso inició por denuncias elevadas a las autoridades por los propietarios de las tierras que la Comunidad reclamaba, quienes acusaban a los indígenas de haber iniciado sistemáticas incursiones dentro del inmueble.⁷⁵

Los líderes de la Comunidad designaron un abogado a fin de que representara a los acusados en el proceso penal, lo cual fue aceptado en un inicio por el Juez de la causa, pero frente a la oposición de la parte actora, el Juez revocó su providencia anterior y no permitió la participación del abogado defensor.⁷⁶

La Corte consideró que la falta de un abogado defensor constituía una violación a las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Señaló que los inculpados tenían derecho, con el objeto de ejercer su defensa, a examinar a los testigos que declararon en su contra y a su favor, así como el de hacer comparecer a personas que pudieran arrojar luz sobre los hechos.⁷⁷ El Tribunal consideró que Paraguay, al impedir la participación

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 50.78.

⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 115.

⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 117.

del abogado defensor de los indígenas, desconoció los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f y 25 de la Convención Americana.⁷⁸

8. Derecho a usar la lengua propia (Art. 13 CADH)

En el caso *López Álvarez Vs. Honduras* se denunciaba que el director de un centro penitenciario prohibió hablar en su idioma tradicional a la población garífuna reclusa en dicho centro, incluido el señor Alfredo López Álvarez.

La Corte indicó que el artículo 13.1 de la Convención consagra expresamente la libertad de difundir oralmente información, y consideró que “uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento”. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas “son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.⁷⁹

La prohibición impuesta al señor López Álvarez y a los demás reclusos garífunas fue calificada por la Corte como una medida injustificada que lesionaba “la individualidad del detenido” y no obedecía a “condiciones de seguridad o a necesidades de tratamiento”. Asimismo, sostuvo que “la observancia de reglas en el trato colectivo de los detenidos dentro de un centro penal, no concede al Estado en el ejercicio de su facultad de punir, la potestad de limitar de forma injustificada la libertad de las personas de expresarse por cualquier medio y en el idioma que elijan”. La prohibición de hablar en lengua garífuna adquiría una “especial gravedad”, puesto que “el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna”. De ese modo, la prohibición “afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad”.⁸⁰

El Tribunal agregó que los Estados “deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 119.

⁷⁹ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 164.

⁸⁰ *Ibíd.*, párrs. 166-169.

población al momento de ejercer sus derechos”. Además, los Estados “deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos”, siendo la lengua “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”. Consecuentemente, declaró que al prohibir al señor Alfredo López Álvarez expresarse en el idioma de su elección durante su detención, “el Estado aplicó una restricción al ejercicio de su libertad de expresión incompatible con la garantía prevista en la Convención y que, a su vez, constituyó un acto discriminatorio en su contra”, lo cual implicó una violación de la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho a la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana.⁸¹

9. Derecho a la familia (Art. 17 CADH)

En el caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, la Corte reconoció el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte.⁸² En dicho caso, la familia Chitay sufrió constantes amenazas y persecuciones, sus integrantes tuvieron que desplazarse fuera de su comunidad, el núcleo familiar se vio fragmentado y el padre de familia, señor Florencio Chitay, fue desaparecido forzosamente. La Corte estimó que existió una afectación directa a los miembros de la familia Chitay, lo que constituía un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger a toda persona contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia. Consecuentemente, declaró la violación del derecho reconocido en el artículo 17 de la Convención.⁸³

⁸¹ *Ibíd.*, párrs. 170-174.

⁸² Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 159.

⁸³ *Ibíd.*, párr. 163.

10. Derecho a la propiedad comunal (Art. 21 CADH)

10.1. Fuente normativa del derecho a la propiedad comunal

En ninguno de los instrumentos internacionales que conforman el Sistema Interamericano se reconoce textualmente el derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios tradicionales. Sin embargo, la Corte Interamericana ha interpretado que tal derecho se encuentra garantizado en el artículo 21 de la Convención Americana, que protege el derecho a la propiedad privada.⁸⁴

La primera tarea que tuvo el Tribunal fue entonces interpretar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana. De la lectura de tal artículo, la Corte concluyó, en *Awás Tingni Vs. Nicaragua*, que el término “bienes” se refería a “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”. Tal concepto comprendería “todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.⁸⁵

Mediante una “interpretación evolutiva” de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de dicho tratado - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos- , la Corte consideró que el artículo 21 de la Convención protegía “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”.⁸⁶

⁸⁴ El artículo 21 de la Convención dispone:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. 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.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

⁸⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144.

⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 148.

Posteriormente, la Corte Interamericana resaltó que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”.⁸⁷

De manera similar, la Comisión Interamericana ha interpretado que el derecho a la propiedad bajo el artículo XXIII de la Declaración Americana⁸⁸ “debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos”.⁸⁹

10.2. Importancia del territorio para los pueblos indígenas y tribales

En *Awás Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte reconoció que entre los indígenas

“existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.⁹⁰

En el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte volvió a resaltar la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra, la cual debía de ser “reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”.⁹¹ Asimismo, sostuvo que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas “corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 143.

⁸⁸ El artículo XXIII de la Declaración Americana establece: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

⁸⁹ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 149.

⁹¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 131.

tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.⁹²

Lo anterior, según la Corte, guardaba relación con lo expuesto en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados debían respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. En consecuencia, el Tribunal declaró que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, debían ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención.⁹³

10.3. Titularidad del derecho

Con fue indicado en el acápite 3 de este capítulo, la Corte Interamericana se ha rehusado a decretar violaciones en perjuicio del sujeto colectivo, pues considera que los derechos protegidos en la Convención Americana son de titularidad de los individuos que forman parte de tal colectivo. En este sentido, el Tribunal ha caracterizado reiteradamente el derecho a la propiedad territorial como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. De manera paralela, la Comisión Interamericana ha venido sosteniendo que el derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales también es un derecho colectivo, cuyo titular también es el pueblo correspondiente.⁹⁴ Según la Comisión, “[e]sta dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual del derecho”.⁹⁵

⁹² *Ibíd.*, párr. 135.

⁹³ *Ibíd.*, párrs. 136-137.

⁹⁴ 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. 244.

⁹⁵ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 diciembre 2009, párr. 62.

La dimensión colectiva radica, según la Comisión, en que “los derechos y libertades indígenas frecuentemente se ejercen y gozan en forma colectiva, en el sentido de que sólo pueden ser debidamente asegurados a través de su garantía a una comunidad indígena como un todo”.⁹⁶

A pesar de las reticencias de la Corte respecto a la titularidad del derecho, ésta no ha dejado de notar que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.⁹⁷ Para la Corte, “[e]sta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”.⁹⁸

10.4. La posesión de las tierras basta para el reconocimiento oficial

Según los órganos del Sistema Interamericano, la propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales se fundamenta “no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos”.⁹⁹ El derecho a la propiedad comunal se deriva en primer lugar del uso y ocupación tradicional de la tierra y recursos necesarios para la subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros,¹⁰⁰ y en segundo lugar de los sistemas consuetudinarios de propiedad de allí derivados. Según ha explicado la Comisión, los pueblos indígenas y tribales tienen, por ende, derechos de

⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 63. Ver también, CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), *op. cit.*, párr. 113.

⁹⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párr. 149.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 120, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 87.

⁹⁹ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, *op. cit.*, párr. 231.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 96.

propiedad, posesión y dominio respecto de las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente.¹⁰¹

En *Awás Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte indicó a tal efecto que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debía ser tenido especialmente en cuenta. Como producto de la costumbre, “la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.¹⁰²

En *Moiwana Vs. Surinam* las partes comparecientes ante la Corte estaban de acuerdo en que los miembros de la Comunidad no tenían un título legal formal –colectivo o individual– sobre sus tierras tradicionales. El territorio pertenecía al Estado.¹⁰³ La Corte tuvo en cuenta que los miembros de la Comunidad Moiwana poseían una “relación omnicompreensiva” con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centraba en el individuo, sino en la Comunidad como un todo. Además, su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes había sido reconocida y respetada durante años por otros clanes y por las comunidades indígenas vecinas. Por ello, dicha ocupación tradicional debía, a criterio del Tribunal, “bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad”, aunque los límites exactos de ese territorio debían determinarse “previa consulta con dichas comunidades vecinas”.¹⁰⁴

En vista de que el fundamento de la propiedad comunal es el uso y ocupación históricos, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, “existen aún sin actos estatales que los precisen”,¹⁰⁵ o sin un título formal de propiedad.¹⁰⁶ Las acciones de reconocimiento oficial “deben ser consideradas no como meras transferencias sino como procesos de otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior”,¹⁰⁷ y no como el otorgamiento de nuevos derechos.¹⁰⁸ El ejercicio del derecho de

¹⁰¹ CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), *op. cit.*, párr. 115.

¹⁰² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párr. 151.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 130.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 133.

¹⁰⁵ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, *op. cit.*, párr. 69.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 128.

¹⁰⁷ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo X, párr. 19.

propiedad comunal no está condicionado a su reconocimiento expreso por el Estado, pues la existencia de un título formal de propiedad no es requisito para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena bajo el artículo 21 de la Convención.¹⁰⁹ La disociación entre el derecho consuetudinario de propiedad indígena y la existencia o no de un título formal de propiedad implica que el acto de titulación por parte del Estado es un acto de reconocimiento y protección oficiales, pero no constitutivo de derechos. La posesión y uso consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser el criterio rector en la identificación y garantía de estos derechos a través de la titulación.

Para definir cuáles son las tierras que un pueblo o comunidad determinada usa o posee debe observarse las “formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes”.¹¹⁰ Como lo ha expuesto la Corte Interamericana, la relación única con el territorio tradicional “puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.¹¹¹ La noción de posesión del territorio indígena es entendida por la Corte en un sentido amplio, que comprende la ocupación física del territorio, así como actividades de carácter permanente o estacional y usos relacionados a la cultura y espiritualidad de los pueblos indígenas o tribales.

10.5. Delimitación de los territorios indígenas

Si bien el reconocimiento oficial no es constitutivo del derecho de propiedad comunal sobre los territorios tradicionales, esto no quiere decir que el Estado esté exento de reconocer y delimitar el territorio indígena. La delimitación es necesaria tanto para asegurar los derechos

¹⁰⁸ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, op. cit., párr. 69.

¹⁰⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 128.

¹¹⁰ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 131.

territoriales,¹¹² como para ofrecer seguridad jurídica. Por ejemplo, en *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, al momento en que la Corte resolvió el caso, existían “traslapes” o sobreposiciones en las que otras comunidades indígenas alegaban derechos sobre las mismas tierras reclamadas por la Comunidad Awas Tingni. El Estado sostenía que parte de las tierras reclamadas eran de su propiedad. La Comunidad Awas Tingni no tenía un título oficial de propiedad sobre las tierras que reclamaba.¹¹³ El Tribunal advirtió que los límites del territorio sobre el cual existía el derecho de propiedad de la Comunidad Awas Tingni no habían sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta 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.

Por este y otros motivos, la Corte declaró que el Estado había violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Awas Tingni, y estimó que los indígenas tenían derecho a que el Estado: a) delimitara, demarcara y titulara el territorio tradicional; y b) se abstuviera de realizar, hasta tanto no se procediera con la delimitación, actos que pudieran llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actuaran con su aquiescencia o su tolerancia, afectaran la existencia, valor, uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica de la Comunidad.¹¹⁴

Para efectos de identificar el territorio tradicional, la Corte ha examinado la ocupación y utilización históricas de las tierras y recursos por parte de la comunidad, el desarrollo de prácticas tradicionales en tales tierras, la toponimia de la zona, y estudios y documentación técnicos,¹¹⁵ siempre teniendo en cuenta que “el territorio tradicional relevante, a efectos de la

¹¹² La Comisión Interamericana ha señalado que el reconocimiento y titulación de los derechos de propiedad indígenas y tribales sobre sus territorios, así como el debido registro de los títulos correspondientes, “significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria” (CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 16).

¹¹³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párr. 103.

¹¹⁴ *Ibíd.*, párr. 153.

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párrs. 93-107.

protección del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la Comunidad, no es el de sus ascendientes sino el de la propia Comunidad”.¹¹⁶

En suma, el reconocimiento oficial de la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios no es un acto que queda en la discreción del Estado, sino una obligación,¹¹⁷ que requiere de medidas positivas.¹¹⁸ Tal reconocimiento oficial debe estar plasmado en un título jurídico formal,¹¹⁹ debidamente registrado.¹²⁰ Dado que la visión indígena sobre sus territorios es de carácter colectiva, la titulación y el correspondiente registro oficial deben también ser de carácter colectivo, reflejándose la propiedad comunitaria de la tierra,¹²¹ sin perjuicio de las formas de organización interna de los pueblos indígenas en cuanto a la tenencia de la misma.¹²²

El título de propiedad sobre los territorios indígenas debe, además, otorgar seguridad jurídica. Según la Comisión Interamericana, se afecta la seguridad y estabilidad jurídica de las tierras cuando la ley no garantiza su inalienabilidad.¹²³ Garantías como la indivisibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras tituladas a favor de los pueblos indígenas han sido catalogadas por la Comisión como mecanismos idóneos para garantizar la seguridad jurídica de los derechos de propiedad territorial indígena.¹²⁴

Finalmente, la Corte Interamericana ha señalado que otorgar a los indígenas meros privilegios para usar las tierras, en vez de garantizarles el uso y goce permanente de su

¹¹⁶ *Ibíd.*, párr. 95.

¹¹⁷ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, *op. cit.*, párr. 19.

¹¹⁸ CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, *op. cit.*, párr. 193.

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 194; CIDH, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, *op. cit.*, párr. 130.

¹²⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *op. cit.* párrs. 153-1; CIDH, *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú*, *op. cit.*, párrs. 23-25.

¹²¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*, 194.

¹²² Convenio 169 de la OIT, artículo 17.1 (“Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”); Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 26.3 (“Los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”).

¹²³ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, *op. cit.*, párr. 18.

¹²⁴ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, *op. cit.*, párr. 89.

territorio, no es suficiente para garantizar su derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención.¹²⁵

10.6. Devolución del territorio tradicional perdido

En tres casos ante la Corte (*Yakye Axa Vs. Paraguay*,¹²⁶ *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*¹²⁷ y *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*¹²⁸) las comunidades peticionarias alegaban la violación al artículo 21 de la Convención porque sus solicitudes de devolución de su territorio tradicional habían sido sistemáticamente denegadas por el Estado, el cual argüía que estaba imposibilitado de hacer entrega del territorio perdido ya que éste se encontraba en manos privadas.

Como se indicó anteriormente, el artículo 21 de la Convención protege tanto el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales, como el derecho a la propiedad privada de los particulares. Sea cual fuere el caso –propiedad privada o comunitaria–, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y, por tanto, su protección tampoco lo es. La Corte ha sostenido –respecto a la propiedad comunal– que aunque “reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones”.¹²⁹

En cuanto a la propiedad privada, el Tribunal ha señalado que

“[e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los

¹²⁵ El Tribunal indicó: “más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra” (Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 115).

¹²⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*

¹²⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *op. cit.*

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, *op. cit.*

¹²⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 127.

supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional”.¹³⁰

Dado que ambos derechos (propiedad comunal y propiedad privada) no son absolutos, ¿cómo deberían resolverse los casos en que los derechos territoriales de los pueblos indígenas entran en colisión con el derecho a la propiedad privada de terceros, sean éstos individuos o empresas?

Para resolver este tipo de asuntos la Corte analizó tres cuestiones: a) si los indígenas tienen derecho a reclamar la devolución del territorio perdido; b) si el derecho a solicitar la devolución, de existir, tiene un límite temporal, y c) bajo qué supuestos sería aceptable despojar a los dueños actuales de las tierras para entregárselas a los indígenas, o viceversa, negar a los indígenas su reclamo territorial reconociendo el derecho a la propiedad privada que asiste a los dueños actuales.

a) El derecho a la devolución de las tierras

Según la jurisprudencia de la Corte, si una comunidad ha perdido la posesión de sus tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad, mantiene el derecho de propiedad sobre las mismas, “aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe”.¹³¹

En este aspecto las cuestiones de prueba deben enfocarse a demostrar que el abandono de las tierras fue un acto forzado o no querido. Además, para que se aplique la salvedad señalada, corresponde al Estado demostrar que los actuales propietarios de las tierras las adquirieron de buena fe; por ejemplo, deberá demostrar que los actuales dueños no fueron quienes expulsaron a la fuerza a los indígenas para apropiarse de sus tierras o recursos naturales.

Si los indígenas ya no tienen la posesión de sus tierras y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros poseedores de buena fe, se entenderá que los indígenas perdieron la propiedad de las tierras, pero “tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”. La posesión, entonces, “no es un requisito que condicione la

¹³⁰ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 60.

¹³¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *op. cit.*, párr. 128. Ver también, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *op. cit.*, párr. 111.

existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”.¹³² Cabe indicar, sin embargo, que así como el derecho a la propiedad no es absoluto, el derecho a solicitar la recuperación de éstas tampoco lo es. Puede ser delimitado en el tiempo y puede ser derrotado frente a otro tipo de derechos (propiedad privada) o intereses colectivos (bien común o interés público). Esto lo analizaremos a continuación.

b) Caducidad del derecho a reclamar las tierras

El segundo punto consiste en dilucidar si el derecho a solicitar la devolución de las tierras tiene un límite temporal. Para responder a este interrogante la Corte tomó en cuenta que “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales”, y concluyó que “[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”.¹³³

La Corte además dio luces sobre cómo debe enfocarse la prueba. Señaló que la relación con la tierra

“puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.¹³⁴

De lo anterior se deduce que si una comunidad logra demostrar que i) las tierras que reclama son sus tierras tradicionales, y ii) que mantiene una relación con las mismas a pesar de que están en manos de terceros, puede afirmarse que el derecho a reclamarlas permanece vigente.

A lo anterior debe agregarse una consideración especial que la Corte señaló acertadamente: la relación con la tierra debe ser posible. Aplicando esta consideración al caso *Sawhoyamaxa* la Corte señaló:

“[E]n casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas

¹³² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *op. cit.*, párr. 128.

¹³³ *Ibíd.*, párr. 131.

¹³⁴ *Ibíd.*

actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan”.¹³⁵

El Tribunal concluyó que la relación entre la Comunidad Sawhoyamaya y su territorio no había caducado. A similar conclusión llegó la Corte en *Xákmok Kásek*.¹³⁶

c) ¿A qué derecho dar prioridad?

El siguiente paso tiene que ver con la posibilidad de que las tierras de una comunidad indígena o tribal estén en manos de terceros inocentes –que actuaron de buena fe al adquirirlas– y que el derecho de tal comunidad a reclamarlas permanezca vigente.

Lo primero que se debe tener presente es que ambos derechos gozan del mismo nivel de protección de la Convención y, por ello, no puede alegarse sin más que siempre que se presenta esa colisión de derechos uno prevalezca sobre el otro. Así lo señaló el Tribunal cuando expuso que “el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo ‘objetivo y fundamentado’ suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales”.¹³⁷

Un segundo elemento que hay que tener en cuenta es que en ciertos casos otros bienes, derechos o principios pudiesen estar acompañando al derecho a la propiedad privada o al derecho a solicitar la devolución de las tierras tradicionales, de tal forma que sea un conjunto de derechos el que esté en pugna con otro conjunto de derechos, o uno contra varios. Por ejemplo, podría darse el caso de que en las tierras que la comunidad reclama se encuentren cementerios, lugares sagrados o de culto o bienes culturales indispensables para el ejercicio de su libertad religiosa y el mantenimiento de su cultura.

¹³⁵ *Ibíd.*, párr. 132.

¹³⁶ Corte IDH., *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, *op cit.*, párr. 116.

¹³⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *op cit.*, párr. 138.

La respuesta a este tipo de casos está en lo que la Corte llamó “juicio de proporcionalidad”.¹³⁸ Este juicio tiene en cuenta: a) la legalidad de la restricción; b) el fin que se persigue con la restricción y la idoneidad de las medidas que sirven para cumplir con ese fin; c) la necesidad de la restricción; y d) la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si se garantiza en forma amplia un derecho, sin hacer nugatorio el otro.¹³⁹

i. Legalidad de la restricción

En el caso que estamos analizando (*Sawhoyamaya*), la legalidad de la restricción se refiere a si existía en el Paraguay un procedimiento establecido por ley que hubiese permitido solicitar la expropiación de tierras de manos de los particulares con el fin de entregarlas a los indígenas. Este procedimiento existía y por tanto la posible restricción a la propiedad privada hubiese sido legal.

Ahora, supongamos que en un determinado país no existe normativa que permita la expropiación y (A) se expropia de todos modos las tierras de los particulares y se las entrega a los indígenas, o (B) todos los reclamos indígenas son rechazados por falta de ley. En el supuesto (A), aun cuando el derecho de los indígenas pueda quedar satisfecho, los propietarios particulares podrían denunciar que el Estado procedió a despojarles de sus tierras ilegalmente. En este supuesto el Estado habría incumplido el juicio de proporcionalidad y sería responsable frente a los particulares. Por su parte, en (B) los indígenas pudieran demandar al Estado por no ofrecerles un procedimiento que les permita el reclamo de sus tierras. Así lo entendió la Corte cuando señaló

“[d]e conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de

¹³⁸ El término “juicio de proporcionalidad” fue utilizado por primera vez por la Corte en el caso *Kimel vs. Argentina* (Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 51). Sin embargo, anteriormente el Tribunal había utilizado criterios similares de ponderación, por ejemplo en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.*

¹³⁹ Antes de la jurisprudencia que introdujo el “juicio de proporcionalidad”, el orden en que se presentaban los elementos evaluativos de las restricciones era el siguiente: “cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op cit.*, párr. 144).

resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos”.¹⁴⁰

ii. Finalidad e idoneidad de la restricción

Para la Corte “[e]n este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención”.¹⁴¹

Como se señaló anteriormente, tanto la protección a la propiedad privada como a la comunal son fines compatibles con la Convención. Ambos derechos están protegidos por el artículo 21 de dicho tratado y ambos derechos son necesarios para una sociedad democrática.

En cuanto a la idoneidad de la medida, en el caso *Sawhoyamaxa* no había discusión entre las partes respecto a que privar a los particulares de sus tierras de manera legítima era un medio idóneo para satisfacer el derecho a la propiedad comunal de los indígenas. Por esta razón la Corte consideró cumplido este segundo paso del juicio de proporcionalidad.

En lo que a prueba se refiere, la finalidad parecería –en principio– que no requiere de mayor prueba, pero sí de una eficiente argumentación que convenza al juzgador de que el objetivo buscado es compatible con la Convención. En cambio, para la idoneidad tendría que demostrarse que la medida propuesta –expropiación– es el medio adecuado para satisfacer la propiedad comunal.

iii. Necesidad de la restricción

En el juicio de necesidad, la Corte debe “examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas”.¹⁴²

¹⁴⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 102. Para un estudio a profundidad del deber del Estado de adecuar su derecho interno, ver el capítulo sobre el artículo 2 en esta obra.

¹⁴¹ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*, op. cit., párr. 70.

En este paso del análisis los indígenas deben demostrar cualquiera de estas dos opciones excluyentes: (A) que salvo la expropiación no existe otra alternativa para satisfacer su derecho a la propiedad comunal, o (B) que aun cuando existan otras alternativas –que también hayan satisfecho el juicio de idoneidad– la expropiación es la única que satisface la propiedad comunal. Por su parte, el Estado demandado debe demostrar que además de la expropiación existen otras medidas menos gravosas sobre el derecho a la propiedad privada con las cuales se podría obtener el mismo fin –por ejemplo, demostrando que una expropiación parcial de los territorios en los cuales se encuentran los cementerios tradicionales más la entrega de tierras alternativas cumple el mismo fin que la expropiación total. Dicho de otro modo, deberá demostrarse que no existe ninguna medida alternativa que, de manera clara y contundente, alcance el mismo resultado a un menor costo. En los casos *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* y *Xákmok Kásek* no hubo prueba de la existencia de otras medidas idóneas menos lesivas.

iv. *Estricta proporcionalidad de la restricción*

Finalmente, debe evaluarse “si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”.¹⁴³ La proporcionalidad persigue determinar si los beneficios que se derivan de la restricción superan los perjuicios que se causan con la misma.

Al analizar este aspecto en el caso *Yakye Axa*, la Corte señaló:

“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.

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

¹⁴² *Ibíd.*, párr. 74.

¹⁴³ *Ibíd.*, párr. 83.

Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”.¹⁴⁴

En *Pueblo Saramaka Vs. Suriname*, la Corte añadió que un criterio fundamental a la hora de resolver respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, es 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.¹⁴⁵

De otro lado, el Tribunal, teniendo en cuenta el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT,¹⁴⁶ consideró en *Yakye Axa* que cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de devolver el territorio tradicional a las poblaciones indígenas, deberá compensarlas, ya sea con la entrega de tierras alternativas o con una indemnización en dinero o especie.¹⁴⁷

En dicho caso la Corte no señaló cuáles son esas razones justificadas que pudiesen exonerar al Estado de devolver el territorio a los indígenas. Sin embargo, en el caso *Sawhoyamaya* el Tribunal excluyó como razón justificada el hecho de que las tierras se encuentren en plena productividad.¹⁴⁸ En *Xákmok Kásek* la Corte fue aún más enfática. Indicó que cualquier argumento bajo el cual los indígenas no puedan, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, “mira la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos”.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op cit., párrs. 146-148.

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, op. cit., 128.

¹⁴⁶ El artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT establece en lo pertinente que “cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”.

¹⁴⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 149.

¹⁴⁸ Corte IDH., *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, op cit., párr. 139.

¹⁴⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, op cit., párr. 146.

En suma, cuando el derecho a la devolución de las tierras perdidas se enfrente al derecho a la propiedad privada de terceros de buena fe, debe seguirse el test de estricta proporcionalidad indicado líneas arriba. Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los derechos, tanto mayor deberá ser el grado de satisfacción del otro. Ésta es una cuestión compleja de argumentación y prueba. Cada parte deberá demostrar o contradecir, según el caso, que la interferencia en el goce de uno de los derechos satisface al máximo el otro derecho u otros derechos o principios derivados de aquél. En caso de que prime la propiedad comunal sobre la propiedad privada, deberá otorgarse una justa indemnización a los particulares;¹⁵⁰ y en el caso contrario, los indígenas deberán recibir ya sea tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie. La elección de cualquiera de estas alternativas (tierras alternativas o indemnización) debe ser consensuada con los indígenas interesados, “conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”.¹⁵¹ De elegirse tierras alternativas, el Estado deberá asegurarse que éstas sean de extensión y calidad suficientes para que la comunidad indígena o tribal desarrolle sus prácticas tradicionales y preserve su cultura.¹⁵² Las tierras alternativas deberán en lo posible encontrarse dentro del territorio de los ancestros de la comunidad.¹⁵³

10.7. Deber del Estado de otorgar un recurso efectivo para resolver los reclamos territoriales indígenas

En el caso *Awás Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte señaló que el Estado no había creado un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.¹⁵⁴ Por tal motivo, y teniendo en cuenta que el Estado no se ciñó a un plazo razonable en la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la Comunidad para la

¹⁵⁰ El Tribunal ha señalado que en casos de expropiación “el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. [...] P]ara alcanzar el pago de una justa indemnización ésta debe ser adecuada, pronta y efectiva” (Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs Ecuador*, op. cit., párr. 96).

¹⁵¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 151.

¹⁵² Corte IDH. *Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, op. cit., párrs. 117-121.

¹⁵³ *Ibíd.*, párr. 286.

¹⁵⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 138.

protección de sus tierras, la Corte declaró la violación del artículo 25 de la Convención Americana.

En *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte señaló que en lo que respecta a pueblos indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.¹⁵⁵ La Corte notó que el Convenio No. 169 de la OIT en su artículo 14.3 dispone que “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. A criterio del Tribunal, esta norma internacional, en conjunción con los artículos 8 y 25 de la Convención, “obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal”.¹⁵⁶

El procedimiento administrativo paraguayo analizado en el caso *Yakye Axa* no se ajustaba a los estándares expuestos y se había mostrado “abiertamente inefectivo”, puesto que únicamente autorizaban a las autoridades administrativas a

“disponer de tierras fiscales, expropiar tierras irracionalmente explotadas o negociar con los propietarios privados, a efectos de entregarlas a las comunidades indígenas, pero cuando los propietarios particulares se niegan a vender las tierras y demuestran la explotación racional de las mismas, los miembros de las comunidades indígenas no tienen un recurso administrativo efectivo que les permita reclamarlas”.¹⁵⁷

En *Sawhoyamaxa* la Corte volvió a pronunciarse sobre el procedimiento administrativo. Señaló que presentaba al menos tres falencias. La primera radicaba en la remisión que la ley interna hacía al “Estatuto Agrario”, el cual tomaba como punto de partida la “explotación racional” de las tierras reclamadas, sin entrar a considerar aspectos propios de los pueblos indígenas, como la significación especial que las tierras tenían para éstos. Bastaba que se comprobara que las tierras estaban explotadas racionalmente para que las autoridades estatales se vieran impedidas de restituir las tierras a las comunidades indígenas que las reclamaban.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 63.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, párrs. 95-96.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 97.

¹⁵⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 104.

El procedimiento legislativo ante el Congreso Nacional presentaba las mismas dificultades. Según el propio Estado este procedimiento no había sido efectivo porque el Congreso había considerado la productividad o la utilización económica de la tierra, que era “lo que privilegia la ley de un país que requiere de todos los recursos disponibles para lograr el desarrollo integral de su población y cumplir con sus compromisos internos e internacionales”.¹⁵⁹

En segundo lugar, el procedimiento descansaba en la voluntad de las partes –que acceda a la venta por un lado, o al reasentamiento por el otro- y no en una valoración judicial o administrativa que dirima la controversia.¹⁶⁰

Finalmente, las autoridades administrativas paraguayas no habían realizado suficientes estudios técnicos. Ninguno de los informes presentados hacía un estudio lo suficientemente detallado que identificara la parte específica del territorio que pertenecía a la Comunidad Sawhoyamaxa. Esta falta de diligencias técnico-científicas convirtieron al procedimiento administrativo en inoperativo.¹⁶¹

Por las razones señaladas, la Corte reiteró su jurisprudencia anterior,¹⁶² en el sentido de que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras había sido inefectivo y no había mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa recuperen sus tierras tradicionales.¹⁶³ Consecuentemente, decretó la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención.¹⁶⁴

Posteriormente, en el caso *Xákmok Kásek* la Corte volvió a condenar a Paraguay, pues todavía no había realizado las modificaciones pertinentes en su ordenamiento interno.¹⁶⁵

En *Pueblo Saramaka* la Corte consideró que el recurso judicial disponible conforme al Código Civil de Surinam era inadecuado e ineficaz para reparar las violaciones al derecho de propiedad comunal por dos razones. Primero, dicho recurso sólo estaba disponible para las personas que reclamaban una violación de sus derechos individuales. El Pueblo Saramaka, como entidad colectiva cuya personalidad jurídica no estaba reconocida por el Estado, no podía

¹⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 105.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 106.

¹⁶¹ *Ibíd.*, párr. 107.

¹⁶² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 98.

¹⁶³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 108.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 112.

¹⁶⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 90.

utilizar dicho recurso para afirmar el derecho a la propiedad comunal. Segundo, el derecho a la propiedad comunal no estaba reconocido por el Estado.¹⁶⁶

10.8. Explotación de recursos naturales en territorios indígenas

Si bien en los casos *Yakye Axa Vs. Paraguay* y *Sawhoyamaya Vs. Paraguay* la Corte ya había considerado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre su territorio tradicional se hacía extensivo a los recursos naturales que en él se encontraran,¹⁶⁷ fue en el caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam* en donde se desarrolló esta idea en extenso.

De acuerdo con el marco constitucional y legal de Surinam, los Saramaka no tenían derecho a la propiedad, sino un mero privilegio o permiso de usar y ocupar las tierras en cuestión. Los derechos de propiedad de todos los recursos naturales, conforme a la legislación interna, pertenecían al Estado.

La Corte resolvió que 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”. El reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales “deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida”. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, “es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad”. De este análisis, la Corte entendió que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos por el artículo 21 “son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.¹⁶⁸

Consecuentemente, las cuestiones probatorias tienen que enfocarse a demostrar que: i) existe una relación especial con los territorios; ii) existe una relación especial con los recursos

¹⁶⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, op. cit.*, párr. 179.

¹⁶⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, op. cit.*, párr. 118.

¹⁶⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, op. cit.*, párr. 122.

naturales—debe indicarse cuáles—; y iii) territorio y recursos son necesarios para la supervivencia física o cultural de la comunidad o pueblo en cuestión.

La Corte también consideró que toda actividad de exploración o extracción de recursos naturales en el territorio de una comunidad podría afectar directa o indirectamente los recursos tradicionales de esa comunidad. La afectación es directa cuando el recurso tradicional es precisamente el recurso explotado. La afectación es indirecta cuando por la extracción de recursos no utilizados por la comunidad se causa perjuicio, en mayor o menor grado, al uso y goce de algún recurso tradicional. En el caso concreto de los Saramakas la tala de bosques era una afectación directa, pues el bosque mismo era un recurso tradicional. Pero además, al talar los bosques los despojos de esta actividad bloquearon los arroyos, varias zonas que los Saramakas utilizaban para sus cultivos se inundaron, el pueblo empezó a tener dificultades para acceder a fuentes de agua limpia y el desarrollo normal de sus actividades pesqueras se vio interrumpido. Todas estas eran afectaciones indirectas que podían ser tanto o más dañinas que las afectaciones directas. De hecho, las actividades madereras llevadas a cabo dentro del territorio Saramaka causaron, conforme a los peritos que declararon ante el Tribunal, impactos sociales, ambientales y de otra índole “graves y traumáticos”, siendo caracterizada como una de las “peor planeadas, más dañinas y derrochadoras” explotaciones forestales.¹⁶⁹

Por estas razones y teniendo como fin evitar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio sean evidentemente desproporcionadas, la Corte consideró que el Estado tenía la obligación de i) asegurar la participación efectiva de los miembros del Pueblo Saramaka, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, [en] todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka”; ii) garantizar que los Saramakas “se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”; y iii) “garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”.¹⁷⁰

¹⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 151.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 129.

El requisito señalado en (i) se refiere a la consulta libre, previa e informada, la cual, por su importancia, será analizada en el siguiente acápite. El requisito señalado en (ii) se refiere al deber de compartir razonablemente los beneficios de los proyectos de explotación con el pueblo indígena afectado. La justificación de este deber se encuentra, a criterio de la Corte, en el artículo 21.1 de la Convención, que establece que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa”. El derecho a recibir el pago de una indemnización “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado [...], sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”. En el caso de pueblos indígenas y tribales, la indemnización “se traduce en el derecho [de los indígenas] a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia”.¹⁷¹

Finalmente, el tercer requisito se refiere al deber del Estado de realizar estudios de impacto ambiental y social. En *Pueblo Saramaka* las concesiones madereras no habían sido precedidas de tales estudios, lo que desencadenó importantes daños al ambiente y un “impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del Pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente”.¹⁷² De ello podemos concluir que los Estados deben llevar a cabo o supervisar estudios ambientales y sociales previos, a fin de asegurar que las concesiones o cualquier proyecto de desarrollo afecten en la menor medida de lo posible los derechos de los miembros del pueblo indígena o tribal en cuestión.

11. Consulta previa, libre e informada

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados ha sido desarrollado por la Corte principalmente en el caso *Pueblos Saramaka Vs. Suriname*. Actualmente, la Corte se encuentra conociendo el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros Vs. Ecuador*,¹⁷³ en el cual se espera que la Corte expanda o clarifique su análisis.

¹⁷¹ *Ibíd.*, párr. 139.

¹⁷² *Ibíd.*, párr. 154.

¹⁷³ La demanda de la Comisión ante la Corte en este caso puede encontrarse en el siguiente enlace: <http://www.cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf>

Por su parte, la Comisión Interamericana ha tenido la posibilidad de analizar de forma más detallada este derecho en su Informe *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*,¹⁷⁴ documento que será la base de la presente sección.

11.1. El derecho a la consulta y su vinculación con otros derechos humanos

El derecho a la consulta se vincula particularmente con el derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana.¹⁷⁵ Este artículo reconoce el derecho de todos los ciudadanos a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos [...] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”.¹⁷⁶

La Comisión Interamericana ha señalado que, además del derecho a la participación del artículo 23, el derecho a ser consultado “es fundamental para el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente”.¹⁷⁷ Para la Comisión “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”.¹⁷⁸

El derecho a la consulta, también está relacionado con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por las decisiones que se tomen sin la participación de los indígenas.¹⁷⁹

¹⁷⁴ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, op. cit.

¹⁷⁵ *Ibid.*, párr. 274.

¹⁷⁶ Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 225.

¹⁷⁷ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, op. cit., párr. 275; CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), op. cit., párr. 142.

¹⁷⁸ CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), op. cit., párr. 142.

¹⁷⁹ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

Finalmente, la consulta es parte integrante del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales,¹⁸⁰ derecho que ha sido reconocido por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*.¹⁸¹ La libre determinación de los pueblos indígenas responde, a criterio del Relator Especial de la ONU, “a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones que los afecten [lo que] tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión”.¹⁸²

11.2. ¿Sobre qué se debe consultar?

El Convenio 169 de la OIT dispone en su artículo 6.1(a) que los Estados deberán “consultar a los pueblos interesados [...] cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 19 que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados [...] antes de adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten”.

De la normativa transcrita se desprende claramente que la consulta es sobre todas las medidas que se planeen adoptar, sea por vía legislativa o administrativa, que afecten de manera directa a los indígenas. La consulta, entonces, no se limita únicamente a asuntos que afecten las tierras ancestrales o los recursos naturales de los pueblos indígenas o tribales, sino que comprende todas las acciones administrativas o legislativas de los Estados que puedan tener un

¹⁸⁰ El Relator Especial ha señalado que el derecho a la consulta “es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad [...]. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. [...] En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados” (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, párr. 41).

¹⁸¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 80).

¹⁸² 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/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 79.

impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.¹⁸³ Tal y como lo ha expuesto la Comisión Interamericana, la obligación estatal de consultar abarca incluso la reglamentación legal de los procedimientos de consulta.¹⁸⁴

11.3. ¿Quiénes deben participar en la consulta?

Según la Comisión Interamericana, la participación en los procesos de consulta corresponde a los miembros individuales de los pueblos indígenas y tribales, y a los pueblos como un todo.¹⁸⁵ Además, la Comisión ha señalado que todos los miembros de tales pueblos deben ser “plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso” y deben contar con una “oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.¹⁸⁶ De darse el caso en que algunos miembros de tales pueblos no jueguen un rol efectivo en la selección, autorización o instrucción de quienes actúan a nombre del pueblo frente a las autoridades, según la Comisión, se desconoce el requisito de participación plena.¹⁸⁷ Del mismo modo, conforme lo indica la Comisión, no podría hablarse de plena participación, si la consulta se realiza “sólo a una determinada banda, clan o segmento del pueblo correspondiente, sin mandato aparente de las demás bandas, clanes o segmentos del mismo; o cuando no se desarrollan consultas apropiadas entre los miembros de todo el pueblo al momento de adoptar decisiones sustanciales sobre dichos derechos o intereses, en particular cuando dichas decisiones conllevan la extinción de los derechos sobre los territorios ancestrales”.¹⁸⁸

La Corte Interamericana ha adoptado una posición menos definida. En *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte omitió en la sentencia de fondo cualquier consideración específica en relación a quién debería ser consultado. Ello motivó al Estado a solicitar al Tribunal que aclarara con quién debe consultar para establecer el mecanismo por el cual se garantizara la participación efectiva del Pueblo Saramaka. El Estado preguntó si estaba obligado a consultar “con la colectividad de los capitanes Saramaka, o con los capitanes

¹⁸³ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, op. cit., párr. 273.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 300.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, párr. 286.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ CIDH, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), op. cit., párr. 140.

¹⁸⁸ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, op. cit., párr. 286; CIDH, *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), op. cit., párr. 140.

individuales de cada territorio, o con el Jefe Máximo (el *Gaa'man*), o con otras entidades subsidiarias dentro de la cultura, costumbres y tradiciones del pueblo Saramaka".¹⁸⁹

En su sentencia de interpretación, la Corte Interamericana reconoció que deliberadamente omitió señalar quiénes deberían ser específicamente los consultados, puesto que esa decisión recaía en el Pueblo Saramaka y no en el Estado. Reiteró que la consulta se debe realizar de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo en cuestión, siendo el pueblo el que decida sobre quién o quiénes lo representarán en cada proceso de consulta.¹⁹⁰

Lo que aún está por definirse en este punto es hasta donde llega la discreción del pueblo indígena o tribal en la designación de sus representantes o en los procesos internos de toma de decisión. Por ejemplo, ¿podría argüirse que un proceso deliberativo al interior de una comunidad es válido a pesar de que conforme a la cultura de esa comunidad sectores poblacionales como mujeres u homosexuales no tuvieron voz? ¿Debería el Estado incidir para que los sectores excluidos sean tomados en cuenta por el resto de comunidad? Estas y otras preguntas son temas pendientes en el Sistema Interamericano, pero podría pensarse que los criterios expuestos por la Comisión líneas arriba apuntarían a que si un segmento de la población (en nuestro supuesto mujeres u homosexuales), no participaron en los procesos de consulta, no podría hablarse de "plena participación".¹⁹¹

Otra cuestión a tener en cuenta es la naturaleza de la medida propuesta y el alcance de su impacto. Así, por ejemplo, en casos de reformas legislativas que interesan a los pueblos indígenas, el derecho a la consulta exige "mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos los pueblos indígenas y al alcance de estos".¹⁹² En cambio, medidas que afecten a un determinado pueblo o comunidad, como afectaciones a su territorio tradicional, requerirán que únicamente se consulte al pueblo afectado.

¹⁸⁹ 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 No. 185, párr. 11.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 18.

¹⁹¹ La Comisión también ha indicado que la consulta no puede ser interpretada de forma tal que se limiten derechos humanos o el ejercicio de formas pacíficas de protesta social (CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, *op. cit.*, párr. 321).

¹⁹² 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/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 82.

11.4. No causar perjuicio a otros pueblos indígenas

Cuando los Estados realicen procesos de consulta a los pueblos indígenas o tribales sobre las tierras tradicionales, deben tener cuidado de no causar perjuicio a otras comunidades indígenas.¹⁹³

La ausencia prolongada de títulos efectivos de propiedad indígenas ha conducido en muchos países a un alto nivel de inseguridad jurídica en torno a los derechos que ostentan las comunidades indígenas sobre sus tierras y territorios tradicionales, lo que en ocasiones se ha traducido en conflictos de propiedad entre las propias comunidades indígenas. En este contexto, la Corte Interamericana ha tomado en consideración los reclamos legítimos que puedan ostentar comunidades indígenas vecinas sobre las mismas áreas geográficas, y ha estipulado que en los procesos de demarcación, los límites exactos de los territorios indígenas “sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas”, con su participación y consentimiento informado.¹⁹⁴

11.5. Participación en todas las instancias

A través de los procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas y tribales “en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación”.¹⁹⁵

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación. El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos meramente formales,¹⁹⁶ o limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños.¹⁹⁷

¹⁹³ CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), *op. cit.*, párrs. 193 y 197, recomendación 1.

¹⁹⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*, *op. cit.*, párrs. 133 y 210.

¹⁹⁵ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, *op. cit.*, párr. 248.

¹⁹⁶ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, *op. cit.*, párr. 317.

¹⁹⁷ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, *op. cit.*, párr. 248.

11.6. ¿Quién debe realizar la consulta?

La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado y no de terceros particulares, como podrían ser las empresas que buscan explotar los recursos naturales en territorios indígenas. La Comisión Interamericana ha denunciado que en varios países de la región se ha privatizado la responsabilidad del Estado al haberse transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas. El resultado ha sido que con frecuencia los procesos de negociación no han tomado en cuenta los derechos de los pueblos indígenas, “porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias”.¹⁹⁸ Por ello, la Comisión ha resaltado que “[l]a consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes”.¹⁹⁹

11.7. Marco regulatorio adecuado

La Comisión Interamericana ha considerado que los Estados tienen el deber, derivado de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de regular adecuadamente los procesos de consulta, “de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados”.²⁰⁰ Las medidas a adoptarse con tal fin deben desarrollar los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros, garantizar su participación en la toma de decisiones que afecten sus derechos, así como incrementar su participación en las decisiones que se tomen a nivel nacional.²⁰¹ Temas como la información que debe ser compartida con los indígenas afectados, deben ser regulados, buscándose describir reglas y requisitos claros para todo el proceso de la consulta.²⁰²

¹⁹⁸ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, op. cit., párr. 291.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 291.

²⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 298.

²⁰¹ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, op. cit., Capítulo X, párr. 39 y recomendación 1.

²⁰² CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, op. cit., párr. 143.

La ausencia de regulación de los procesos de consulta no exime al Estado del deber de cumplir con todos los aspectos relacionados con el derecho que asiste a los pueblos indígenas y tribales de ser consultados.²⁰³

11.8. La consulta debe ser previa

La consulta con los pueblos indígenas o tribales debe realizarse con suficiente antelación a la adopción de la medida legislativa o administrativa que pueda afectar sus intereses. En el caso de planes o proyectos de inversión o desarrollo, o en el caso de concesiones, la consulta debe darse durante las primeras etapas de estas medidas y “no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad [...]. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”.²⁰⁴ La Comisión Interamericana también ha señalado que los procedimientos de consulta se deben desarrollar “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”.²⁰⁵

11.9. La consulta debe ser culturalmente adecuada

Para la Corte Interamericana, la consulta debe realizarse “a través de procedimientos culturalmente adecuados”, “de conformidad con sus propias tradiciones”, y teniéndose en cuenta “los métodos tradicionales del pueblo [correspondiente] para la toma de decisiones”.²⁰⁶

11.10. La consulta debe ser informada

Para la Corte, la consulta informada implica que los pueblos indígenas tengan “conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten

²⁰³ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, op. cit., párr. 298.

²⁰⁴ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, op. cit., párr. 133.

²⁰⁵ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, op. cit., párr. 249.

²⁰⁶ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, op. cit., párr. 133.

el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”.²⁰⁷ Deber que “implica una comunicación constante entre las partes”.²⁰⁸

Según la Comisión, “[l]os procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta”.²⁰⁹ La consulta informada exigiría que los Estados se aseguren que los pueblos indígenas o tribales consultados “puedan comprender y hacerse comprender [...], facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes”.²¹⁰ De ser el caso, debería también ofrecerse a los indígenas asistencia técnica independiente, con miras a que “tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas”.²¹¹ Por último, el Estado debe informar sobre los beneficios que serán percibidos por los afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ocasionados.²¹²

11.11. La consulta debe ser de buena fe

Al decir de la Corte Interamericana, “las consultas deben realizarse de buena fe”, y “deben tener como fin llegar a un acuerdo”.²¹³

La Comisión ha explicado que la buena fe es una obligación que recae tanto en el Estado como en los pueblos indígenas. Por un lado, los Estados deben abstenerse de: i) cualquier tipo de coerción, ya sea de forma directa (a través de agentes estatales) o indirecta (a través de terceros que actúan con el apoyo, tolerancia o aquiescencia del Estado);²¹⁴ y ii) cualquier tipo de intento por desintegrar la cohesión social del pueblo indígena o tribal afectado, “sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, *op. cit.*, párr. 308.

²¹⁰ *Ibíd.*, párr. 311.

²¹¹ *Ibíd.*, pár. 312.

²¹² *Ibíd.*, párr. 313. Ver también, CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, *op. cit.*, párr. 248.

²¹³ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 133.

²¹⁴ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, *op. cit.*, párr. 318.

liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales”.²¹⁵

Por otro lado, la Comisión añadió que la buena tiene una serie de implicaciones para los propios pueblos indígenas. “Como partes en procesos de negociación y diálogo de buena fe en el marco del deber estatal de consultar, los pueblos indígenas tienen la responsabilidad primaria de participar activamente en dichos procesos”.²¹⁶ En *Pueblo Saramaka*, la Corte añadió dos obligaciones que recaen sobre los pueblos indígenas y tribales en los procesos de consulta: i) el pueblo indígena debe informar al Estado sobre quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta, y ii) una vez realizada la consulta, el pueblo debe dar a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, “así como sus fundamentos”.²¹⁷ Esta última obligación significaría que los pueblos indígenas no podrían negarse sin más a cualquier proyecto impulsado por el Estado. Deberán explicar las razones de su negativa.

Finalmente, ambas partes, Estado e indígenas, deben velar por el establecimiento de un clima de confianza y respeto mutuo.²¹⁸ Las partes deben mostrar “flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego”.²¹⁹ Posiciones cerradas o intransigentes de cualquiera de las partes irían en contra del principio de buena fe que debe regir la consulta. Para los Estados, la flexibilidad radica, *inter alia*, en “ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas”.²²⁰ En otras palabras, los pueblos consultados deben estar en la capacidad de modificar el plan inicial, lo que requiere que las autoridades estatales presten la consideración debida a los resultados de la consulta.²²¹

11.12. El deber de adoptar decisiones motivadas

La Corte Interamericana ha señalado que “las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar los derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo

²¹⁵ *Ibíd.*, párr. 319.

²¹⁶ *Ibíd.*, párr. 321.

²¹⁷ *Ibíd.*, pár. 19.

²¹⁸ *Ibíd.*, párr. 320.

²¹⁹ *Ibíd.*, párr. 324.

²²⁰ *Ibíd.*

²²¹ *Ibíd.*, párr. 325.

contrario serían decisiones arbitrarias”.²²² Asimismo, la Corte ha subrayado que la fundamentación de las decisiones estatales es una garantía que “otorga credibilidad [a] las decisiones jurídicas en una sociedad democrática”, “proporciona la posibilidad de criticar la resolución y un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores” y, en consecuencia, es “una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.²²³

En el caso de la consulta libre, previa e informada, el deber de motivación estatal se traduce en la justificación de las razones que llevaron al Estado a no incorporar – total o parcialmente– los resultados de la consulta en el diseño y en la implementación del plan o proyecto consultado. Los motivos que el Estado arguya para la no incorporación de los resultados de la consulta deben ser “objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática”.²²⁴ La decisión estatal debe ser formalmente comunicada al pueblo indígena o tribal respectivo, y además, dicha decisión debe estar sujeta a revisión “por parte de las instancias administrativas y judiciales de nivel superior, a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre los derechos e intereses en juego”.²²⁵

11.13. ¿Derecho al veto?

En *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte indicó que en ciertas ocasiones el Estado no solamente debe consultar a los pueblos indígenas o tribales sino también obtener su consentimiento.²²⁶ Para el Tribunal “consulta” y “consentimiento” no son lo mismo.²²⁷ El consentimiento sería algo adicional a la consulta, que se aplicaría en casos de “grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad

²²² Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros “Corte Primera de lo Contencioso Administrativo” Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de Agosto de 2008, Serie C N° 182, párr. 78.

²²³ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas., Sentencia de 27 de enero de 2007, Serie C, No. 193, párrs. 152-153.

²²⁴ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, op. cit., párr. 327.

²²⁵ *Ibíd.*, párr. 328.

²²⁶ La Corte indicó: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar [a los pueblos en cuestión], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, op. cit., párr. 134).

²²⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, op. cit., párr. 134.

de los miembros del pueblo [indígena o tribal] a gran parte de su territorio”, en donde el Estado no solamente estaría obligado a consultar sino, “adicionalmente [...], obtener el consentimiento”.²²⁸

La consecuencia de esta posición –que la Corte no reconoce directamente en su sentencia– sería que si el pueblo consultado se niega al plan o proyecto, o lo que es lo mismo, el Estado no obtiene su consentimiento, el plan o proyecto no debería llevarse a cabo. ¿Estaría entonces la Corte reconociendo un derecho al veto?

Para responder esta pregunta es necesario estudiar las fuentes que la Corte utilizó para diferenciar la consulta del consentimiento. La primera fuente fue un informe del Relator Especial, quien, según la Corte, ha señalado que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.²²⁹ La Corte también citó al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el cual, según la Corte, ha indicado lo siguiente:

“[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomiendo que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”.²³⁰

En las dos fuentes citadas por la Corte (el Relator Especial y el CERD) para justificar la distinción que hizo entre consulta y consentimiento, existen secciones que no fueron mencionadas por el Tribunal y que aparentemente cambian el sentido de lo recogido. En primer lugar, el Relator Especial si bien menciona en el párrafo que la Corte cita que el consentimiento es esencial en relación con grandes proyectos de desarrollo, en el mismo párrafo el Relator indica cuáles son las consecuencias del consentimiento, las cuales no implican un derecho al veto. El Relator Especial indicó textualmente lo siguiente:

“En relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos

²²⁸ *Ibíd.*, párr. 137.

²²⁹ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 135.

²³⁰ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 136 y nota al pie de página 133.

independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado”.²³¹

Si se compara la sección no subrayada de la cita que aparece en el párrafo anterior, que corresponde al texto oficial en español del informe del Relator Especial, con la cita que la Corte Interamericana incluyó en su sentencia de *Pueblo Saramaka*, salta a la vista que aunque se recoge la misma idea, las citas no son iguales. Quizá esta incompatibilidad se deba a que la sentencia en *Pueblo Saramaka* fue elaborada en inglés y traducida al español, pues el inglés era el idioma del caso.²³² En segundo lugar, y más importante aún, es la parte subrayada de la cita, que no aparece en el texto de la sentencia de la Corte. Para el Relator Especial, el consentimiento no implica un derecho al veto, sino que implica una distribución aceptable de los beneficios del plan o proyecto y la implementación de mecanismos independientes para la solución de controversias.

Algo similar ocurre con el párrafo del CERD. La versión oficial en español reza:

“En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación. En su próximo informe periódico, el Estado Parte debe facilitar información detallada sobre la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas, así como sobre los recursos de que disponen los indígenas para reclamar una indemnización en caso de empobrecimiento del medio ambiente de sus tierras tradicionales.”²³³

Nuevamente la versión citada por la Corte adolece de dos falencias. No se utiliza el texto oficial en español, por un lado, y se omite información relevante (la que aparece subrayada), por el otro. El párrafo del CERD no distingue, como la Corte sí lo hace, entre planes de

²³¹ ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66.

²³² Según el artículo 22.2 del Reglamento de la Corte, “[l]os idiomas de trabajo serán los que acuerde la Corte cada año. Sin embargo, para un caso determinado, podrá adoptarse también como idioma de trabajo el del Estado demandado, o en su caso, del Estado demandante, siempre que sea oficial”.

²³³ ONU, Comité 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*, Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

inversión a gran escala que requerirían del consentimiento, y planes de inversión a pequeña escala que sólo requerirían de consulta. Para el CERD, la “mera consulta” es inaceptable, lo que no necesariamente debe interpretarse como que los indígenas tienen el derecho al veto, sino como una prohibición de consultas meramente formales o realizadas sin buena fe. Adicionalmente, el CERD habla de que la consulta debe ser informada (“con conocimiento de causa”) y de la necesidad de la “división equitativa” de los recursos, mas no de veto. Por último, en su Recomendación General No. XXIII, que el CERD mencionó en el párrafo que estamos comentando, no existe ninguna alusión al supuesto derecho al veto de los pueblos indígenas.

El actual Relator Especial, con posterioridad al caso *Pueblo Saramaka*, ha aclarado la duda de si en verdad los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho al veto. El Relator sostuvo que si bien la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT sostienen que las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse de buena fe, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, no debe considerarse que dichos instrumentos internacionales confieran a los indígenas un poder de veto en términos generales.²³⁴

No obstante, el mismo Relator indicó que la importancia de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses en juego. Si una medida tiene un efecto “directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas”, existirá “una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas”. Esta presunción podría en determinados contextos pasar a “convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas”.²³⁵

Para el Relator, la Declaración de la ONU consagra dos situaciones “en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento”. Esas situaciones son las consagradas en los artículos 10 y 29.2 de la Declaración. El artículo 10 señala:

²³⁴ 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. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46.

²³⁵ *Ibíd.*, párr. 47. Ver también, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 83.

“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.”

Mientras que el artículo 29.2 dispone:

“Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.”

Ahora bien, pese a la importancia de la Declaración, ésta no es un tratado vinculante para los Estados, como sí lo es el Convenio 169 de la OIT, el cual, en su artículo 16.2 dispone:

“Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados” (énfasis fuera del texto).

Como puede observarse, el Convenio 169, a diferencia de la Declaración de la ONU, consagra la posibilidad de que el consentimiento no pueda obtenerse, lo que permite concluir que la única norma vinculante en la materia no reconoce un derecho al veto. Además, el Relator Especial ha reconocido que la obtención del consentimiento de los indígenas es una exigencia que no les confiere un poder de veto “sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas”.²³⁶ Lamentó que se haya planteado el debate actual de si los pueblos indígenas tienen o no un derecho al veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo, pues consideró que tal debate “no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración”.²³⁷

En suma, para el Relator Especial, el consentimiento es la finalidad que todo proceso de consulta debe buscar de buena fe, sea para proyectos de inversión a gran escala como para proyectos de mediana o pequeña escala u otro tipo de cuestiones que puedan afectar los

²³⁶ *Ibíd.*, párr. 48.

²³⁷ *Ibíd.*

intereses de los pueblos indígenas y tribales. El deber de consultar “ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia”,²³⁸ pero no puede ser utilizado como una herramienta que permita a los pueblos indígenas “imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público”.²³⁹

Lo anterior no obsta a que en contadas circunstancias las afectaciones y daños que podrían ocasionarse a la vida o territorios de los pueblos indígenas sean a todas luces desmedidas. En tales casos excepcionales, la negativa de los indígenas debería ser considerada como una prohibición de la medida, porque los sacrificios que se les pediría no serían tolerables, proporcionales o necesarios en una sociedad democrática.

La Corte Interamericana indicó en *Gelman Vs. Uruguay* que “en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”.²⁴⁰ Haciendo una analogía al tema que estamos tratando, podría decirse que en casos de severas afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, la medida o el proyecto propuesto por el Estado, aun cuando busque el bien común, no podría llevarse a cabo, pues la mayoría no podría beneficiarse legítimamente de un sacrificio desproporcionado de una minoría. El test a usarse, por ende, no es diferenciar entre consulta y consentimiento, sino establecer la estricta proporcionalidad de la restricción. Sea cual sea la medida a implementarse (proyectos de inversión a gran o pequeña escala, concesiones, incursiones en territorios indígenas, apropiación de conocimientos tradicionales, etc.), si los indígenas no dan su consentimiento, las autoridades públicas deben realizar un ejercicio de ponderación en el que no se exija a los pueblos indígenas sacrificios desproporcionados que tengan un impacto directo en su vida y territorios. En caso de concluirse que la afectación a los indígenas no es proporcional y aceptable en una sociedad democrática, la medida impulsada por el Estado no debería llevarse a cabo. Esta valoración debe ser realizada, como se dijo anteriormente, por la autoridad pública a

²³⁸ *Ibíd.*, párr. 49.

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ Corte IDH. *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 239.

cargo de impulsar la medida en cuestión, pero también debe otorgarse a los afectados la posibilidad de cuestionar judicialmente las decisiones de la autoridad administrativa.

Como se indicó al inicio de esta sección, actualmente la Corte Interamericana tiene en sus manos el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros Vs. Ecuador*,²⁴¹ en donde también se está alegando una violación al derecho a la consulta. Habría que esperar que la Corte Interamericana clarifique su jurisprudencia en este tema.

12. *Derechos de los niños (Art. 19 CADH)*

En el caso *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, la Corte comprobó las condiciones de miseria en las que se encontraban los miembros de la Comunidad como consecuencia de la no restitución de sus tierras tradicionales. Las condiciones de extrema vulnerabilidad afectaron en forma particular a los niños y niñas, pues su desarrollo se había visto comprometido y los índices de atrofia en su crecimiento, así como de desnutrición, habrían aumentado. Igualmente, 11 de los 13 miembros de la Comunidad cuya muerte fue imputada al Estado, eran niños o niñas.²⁴²

El Tribunal recordó que los niños poseían los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tenían, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que correspondían deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.²⁴³ La prevalencia del interés superior del niño debía ser entendida “como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”. Asimismo, el Estado debía “prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”.²⁴⁴

²⁴¹ La demanda de la Comisión ante la Corte en este caso puede encontrarse en el siguiente enlace: <http://www.cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf>

²⁴² Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párrs. 259-260.

²⁴³ *Ibíd.*, párr. 257. Ver también, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

²⁴⁴ *Ibíd.*

La Corte estableció que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponían “diversas medidas de protección” y constituían “los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños”.²⁴⁵

Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advirtió que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecía una obligación adicional y complementaria que dotaba de contenido al artículo 19 de la Convención, y que consistía en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma. Asimismo, el Tribunal estimó que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural estaba incluida “la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas”.²⁴⁶

Finalmente, indicó que la pérdida de prácticas tradicionales y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectaban en forma particular “el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura, si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos”.²⁴⁷

En el caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, la familia Nech se vio desintegrada como consecuencia de la desaparición forzada del padre de familia y el desplazamiento que el resto del grupo familiar tuvo que realizar por las amenazas que recibía. La desintegración familiar repercutió de manera notable en la condición de los menores. El Tribunal señaló que el desarrollo del niño “es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”. Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, “los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”.²⁴⁸ En razón de que los niños Chitay se vieron privados de su vida cultural, la Corte consideró que el Estado era responsable de la violación del artículo 19 de la Convención.

²⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 258.

²⁴⁶ *Ibíd.*, párrs. 261-262.

²⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 263.

²⁴⁸ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 169.

En el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, en el que se denunciaba que la niña Rosendo Cantú, de 17 años de edad, fue violada por militares, la Corte señaló que, de conformidad con sus obligaciones convencionales, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a su favor, no sólo durante la denuncia penal, “sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad”.²⁴⁹

En el caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, que aún se encuentra pendiente en la Corte, la Comisión denunció que niños y niñas indefensos fueron ejecutados extrajudicialmente por patrulleros y miembros del ejército de Guatemala. Al menos 144 niños, la gran mayoría menores de 10 años de edad, perdieron la vida durante las diferentes masacres de que fue víctima la comunidad maya de Río Negro.²⁵⁰ La Comisión consideró que estos hechos, además de violentar el derecho a la vida de los niños y niñas, constituían una violación a los derechos que se derivan del artículo 19 de la Convención.

De otro lado, varios niños que sobrevivieron las masacres fueron trasladados forzosamente y obligados a convivir con sus victimarios, en condiciones de servidumbre, desarraigándolos de sus familiares sobrevivientes y de los valores étnicos y culturales de su comunidad. Para la Comisión, estos hechos constituirían una violación de los derechos del niño, a no ser sometido a trabajo forzado y a la familia.²⁵¹

13. Libertad de circulación (Art. 22 CADH)

En el caso *Moiwana Vs. Surinam* se demostró que los miembros de la Comunidad tenían la convicción de que no podrían regresar a su territorio ancestral mientras no obtuvieran justicia por el ataque perpetrado en su contra por parte del Estado, el cual dejó varios muertos y forzó a los sobrevivientes a huir de sus tierras tradicionales. Los testigos que declararon ante la Corte expresaron temores con respecto a espíritus vengadores, y afirmaron que sólo podrían vivir en

²⁴⁹ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, op. cit., párr. 201.

²⁵⁰ Ver escrito de la Comisión de sometimiento del caso, *supra* nota 33.

²⁵¹ *Ibíd.*

la aldea de Moiwana nuevamente si se purificaban primero sus tierras.²⁵² La Corte constató que el Estado no había establecido las condiciones, ni provisto los medios que permitieran a los miembros de la Comunidad “regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales”, dado que objetivamente no existía garantías de que serían respetados sus derechos humanos. Al no haberse establecido tales elementos, incluyendo, sobre todo, una investigación penal efectiva que pusiera fin a la impunidad, Surinam no había garantizado, a criterio del Tribunal, el derecho de circulación y residencia a los miembros de la Comunidad. Por ello, declaró la violación del artículo 22 de la Convención.²⁵³

En *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, los familiares de la víctima tuvieron que huir de su comunidad para proteger sus vidas ante las graves amenazas y constantes persecuciones que sufrieron, así como la posterior desaparición de Florencio Chitay. El Tribunal estimó que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas. El abandono de la Comunidad no sólo fue material para las familias que tuvieron que huir, “sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual”. El desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad “provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral”. El Tribunal agregó que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad podía colocarlos en una situación de especial vulnerabilidad, que por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural generaba un claro riesgo de extinción, cultural o físico.²⁵⁴

En *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros Vs. Ecuador*, aún en trámite ante la Corte, la Comisión se encuentra denunciando que una comunidad indígena vecina al Pueblo Sarayaku habría impedido el paso de los Sarayaku por la única vía de transporte en la zona, esto es el río Bobonaza. El Estado habría tenido pleno conocimiento del problema de libre circulación que afectaba a las presuntas víctimas por al menos dos años, sin que haya ofrecido ni implementado medidas para subsanar esta situación. Para la Comisión Interamericana, la responsabilidad del Ecuador se vería comprometida por no haber protegido a los miembros del Pueblo de Sarayaku, con la finalidad de que pudieran circular libremente por

²⁵² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, op. cit., párr.113.

²⁵³ *Ibíd.*, párrs. 120-121.

²⁵⁴ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, op. cit., párrs. 145-147.

el río Bobonaza, a sabiendas que la comunidad indígena vecina había hecho pública su intención de no dejarlos pasar. Asimismo, la Comisión considera que el Estado sería responsable por haber impedido, a través de destacamentos militares, el libre tránsito y circulación de los miembros del Pueblo de Sarayaku. Finalmente, la Comisión indicó que la empresa privada que recibió la concesión para explotar petróleo en el territorio Sarayaku habría colocado explosivos en el dicho territorio como parte de sus actividades petroleras. Estos hechos, según la Comisión, impactaron la libre circulación de los Sarayaku, al reducir las áreas en que ellos podrían circular, buscar alimentos y procurar su subsistencia, además del riesgo para el derecho a la vida que los explosivos acarrearán.²⁵⁵

14. Derechos políticos (Art. 23 CADH)

La organización indígena Yapti Tasba Nanih Aslatakanka (YATAMA), que significa la “organización de los hijos de la madre tierra”, era una organización indígena que representaba a numerosas comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua, primordialmente a los miembros del pueblo indígena miskitu.

YATAMA participó en elecciones regionales y municipales desde 1990 hasta 1998 bajo la figura de “asociación de suscripción popular”, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Electoral de 1990. Dicha figura permitía la participación política de los indígenas conforme a su propia forma organizativa.

El 24 de enero de 2000 se adoptó una nueva Ley Electoral, la cual no contemplaba la figura de las asociaciones de suscripción popular. Sólo se permitía la participación en los procesos electorales a través de la figura jurídica de partidos políticos. La Ley Electoral disponía que para presentar candidatos debía acompañarse a la solicitud de inscripción el 3% de las firmas requeridas del padrón electoral de cada circunscripción electoral, y para las elecciones municipales los partidos políticos debían inscribir candidatos al menos en el 80% de los municipios y al menos en el 80% del total de las candidaturas.

YATAMA, después de innumerables esfuerzos para cumplir con los requisitos de la nueva Ley Electoral, logró obtener personalidad jurídica como “partido político regional”. Sin

²⁵⁵ Ver demanda de la Comisión ante la Corte, *supra* nota 173.

embargo, las autoridades electorales consideraron que YATAMA no había cumplido con otros de los requisitos establecidos en la Ley Electoral y excluyeron a YATAMA de las elecciones municipales de 2000.

La Corte indicó que “no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político”, y sin desconocer la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, el Tribunal reconoció que “hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales”.²⁵⁶

La Corte consideró que la participación en los asuntos públicos de organizaciones distintas a los partidos “es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa”.²⁵⁷ Declaró que “la restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000”. El Estado no justificó que dicha restricción atendiese a un propósito útil y oportuno que la tornara necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implicaba “un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA”.²⁵⁸

La Corte estimó que la limitación analizada en los párrafos precedentes constituía una “restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al

²⁵⁶ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 215.

²⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 217.

²⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 218.

derecho a ser elegido”.²⁵⁹

En cuanto a la exigencia de la Ley Electoral de presentar candidatos en al menos 80% de los municipios de la respectiva circunscripción y 80% del total de candidaturas, la Corte consideró que constituía “una restricción desproporcionada que limitó indebidamente la participación política de los candidatos propuestos por YATAMA para las elecciones municipales de noviembre de 2000”, ya que no se tomó en cuenta “que la población indígena y étnica es minoritaria”, ni que habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo.²⁶⁰

En razón de todo lo anterior, la Corte encontró que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por YATAMA, ya que se vieron “afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000”.²⁶¹

Las violaciones a los derechos de los candidatos propuestos por YATAMA fueron declaradas por la Corte como “particularmente graves” porque también se afectó a los electores. La exclusión significó que los candidatos propuestos por YATAMA no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual “representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supone una consecuencia grave para la democracia”.²⁶²

Posteriormente, se presentó a la Corte el caso *Castañeda Gutman Vs. México*, en el que la Comisión Interamericana denunciaba que los Estados Unidos Mexicanos eran responsables de la violación de los derechos políticos del señor Jorge Castañeda Gutman, porque se le impidió participar como candidato independiente para las elecciones presidenciales, exigiéndosele que participara a través de partidos políticos. La Comisión usaba al caso *YATAMA Vs. Nicaragua* como fundamento de su reclamo.

La Corte Interamericana rechazó la solicitud de la Comisión y consideró que México no había violado el artículo 23 de la Convención Americana al exigir al señor Castañeda que

²⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 219.

²⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 223.

²⁶¹ *Ibíd.*, párr. 224.

²⁶² *Ibíd.*, párr. 226.

participara a través de un partido político. Diferenció el caso *Castañeda* del caso *YATAMA* de la siguiente manera:

“El caso *Yatama* trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua que se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, que enfrentaban serias dificultades que los mantenían en una situación de vulnerabilidad y marginalidad para participar en la toma de decisiones públicas dentro de dicho Estado, y donde el requisito de participar políticamente a través de un partido político se traducía en una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, que impedía, sin alternativas, la participación de dichos candidatos en las elecciones municipales respectivas. En cambio, el presente caso se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato”.²⁶³

El caso *Castañeda* muestra que ciertas exigencias legales en contextos no-indígenas pueden estar en conformidad con la Convención Americana, pero las mismas exigencias legales en contextos indígenas o tribales serían una violación a la Convención.

En *Escué Zapata Vs. Colombia*, relativo a la ejecución de un líder indígena por parte del Ejército colombiano. Los representantes de la víctima alegaron que, además del derecho a la vida del señor Germán Escué Zapata, se violaban también los derechos políticos del propio señor Escué y los derechos políticos de su pueblo: el Pueblo Paez.²⁶⁴

Respecto a la alegada violación de los derechos políticos del Pueblo Paez, la Corte indicó que no la analizaría, puesto que el mismo no fue identificado por la Comisión Interamericana como víctima del caso.²⁶⁵ En cuanto a la alegada violación de los derechos políticos del señor Escué Zapata, la Corte recordó su jurisprudencia según la cual “la privación

²⁶³ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párrs. 172.

²⁶⁴ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 118.

²⁶⁵ *Ibid.*, párr. 121. La Corte ha establecido reiteradamente que “las víctimas deben estar señaladas en la demanda y en el informe de la Comisión según el artículo 50 de la Convención. Además, de conformidad con el artículo 33.1 del Reglamento, corresponde a la Comisión y no [al] Tribunal, identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante esta Corte” (Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) *Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 229).

arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación [...] de otros derechos consagrados en la Convención Americana”. Agregó que “los derechos políticos establecidos en el artículo 23 de la Convención Americana tienen, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio”, y los representantes de la víctima, más allá de la muerte de ésta, no indicaron “otro hecho que vulnere ese contenido jurídico específico” de los derechos políticos. El Tribunal concluyó que no se había demostrado una violación de los derechos consagrados en el artículo 23.1 de la Convención en perjuicio del señor Escué Zapata.²⁶⁶

Diferente resultado tuvo el caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, relativo a la desaparición forzada del señor Florencio Chitay Nech, maya *kaqchikel*, quien ocupaba el cargo de Concejal Primero del Consejo Municipal de San Martín Jilotepeque. La Corte consideró que el contexto en el cual se produjo la desaparición de la víctima mostraba un evidente patrón de hostigamiento contra la población considerada como “enemigo interno”, en su mayoría mayas. Tal hostigamiento tuvo como objetivo la vulneración no sólo de sus bases sociales, sino también de sus líderes, representantes sociales y políticos. El móvil de la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros indígenas que ejercían cargos públicos, demostraba la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política”.²⁶⁷

La Corte declaró que con el hostigamiento y posterior desaparición de Florencio Chitay no sólo se truncó el ejercicio de su derecho político dentro del período comprendido en su cargo, sino que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios. La comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos ámbitos de su estructura social y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resultaba ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático.²⁶⁸ Por tanto, la Corte declaró que el Estado incumplió su deber de respeto y

²⁶⁶ *Ibíd.*, párrs. 122-123.

²⁶⁷ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 108.

²⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 113.

garantía de los derechos políticos de Florencio Chitay Nech, debido a que con motivo de su desaparición forzada, configurada como una desaparición selectiva, lo privó del ejercicio del derecho a la participación política en representación de su comunidad.

PARTE II:

REPARACIONES

*Los niños y los jóvenes de ahora, bueno, a veces ellos dicen que es verdad, pero a veces, ellos dicen que no es cierto. Entonces, hay algunos que nos creen, y hay algunos que no nos creen nada de esto, bueno nosotros vivimos esa violencia.*²⁶⁹

La presente sección está enfocada a la sistematización de las reparaciones otorgadas por el Tribunal en casos indígenas. Un análisis más detallado de la obligación de los Estados de reparar las violaciones a los derechos humanos puede encontrarse en el capítulo de este libro relativo al artículo 63.1 de la Convención Americana.

El estudio de las reparaciones en casos de severas violaciones de derechos humanos ha sido un terreno dominado principalmente por el ámbito legal. Sin embargo, actualmente la investigación sobre los impactos que han tenido o tienen las políticas de reparación en diversos contextos está evolucionando hacia enfoques más integrales, en los cuales disciplinas como la historia, pedagogía, filosofía, antropología, psicología se han involucrado cada vez de manera más específica.²⁷⁰ El dominio de lo legal aún subsiste, pero es a través de estas nuevas miradas y aportes que nuevos debates, discusiones y cuestionamientos están surgiendo. El objetivo central es lograr que las reparaciones cumplan con su objetivo esencial: reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

²⁶⁹ Anciano maya en Viaene, *op. cit.*, p. 176 (traducción de los autores).

²⁷⁰ Viaene, *op. cit.*; Huyse, L. & Salter, M. (Eds.), *Transitional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), Estocolmo, 2008; Hamber, B., "Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on reparations in Societies in Transition", en De Greife, P. (Ed.), *The Handbook for Reparations*, Oxford University Press, New York, 2008; Letschert, R. & Van Dijk, J., *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*, Springer, London/New York, 2011.

Muchos de estos debates se complejizan cuando entra en el escenario el tema de pueblos indígenas y sus contextos y prácticas culturales. Es ahí justamente donde se confrontan nuevos desafíos tanto conceptuales como de implementación, y la práctica interdisciplinaria se hace aun más necesaria.

En los casos de pueblos indígenas, más que en cualquier otro tipo de violaciones, el daño se produce a nivel no solo individual, sino especialmente colectivo. Cualquier tipo de programa de reparación debe contemplar este nivel de manera específica.

A menudo, las violaciones a comunidades indígenas se producen en contextos donde existen niveles sistemáticos de inequidad y opresión social, en los que las poblaciones indígenas se encuentran discriminadas, estigmatizadas y, por ende, en condiciones de vulnerabilidad. Los procesos de reparación deben complementar y alinearse con políticas públicas de desarrollo locales. De esta manera se asegura que las reparaciones no se queden en actividades puntuales, aisladas y con impactos a corto plazo; y se apunta a cumplir con el principio transformativo que deben tener las políticas de reparación en estos casos. Las reparaciones deben ir más allá que únicamente devolver a los pueblos indígenas a las condiciones de opresión donde estaban antes que las violaciones se produzcan.²⁷¹

Los procesos de reparación deben ser desarrollados en conjunto con las víctimas y organizaciones de víctimas, así como estamentos claves de la sociedad civil. Esto beneficia por un lado a las mismas víctimas que se sienten partícipes e interlocutores válidos de tales procesos y, por otro, orientan en gran medida al Estado para implementar proyectos que realmente satisfagan las necesidades de las personas a quienes van dirigidos.

Es necesario favorecer la organización comunitaria y la participación de la población como entes activos y no sólo como receptores pasivos de ayuda. En otras palabras, convertir a los interesados en protagonistas de su propia recuperación. También es preciso coordinar entre

²⁷¹ En este punto vale recordar que la Corte Interamericana ha sostenido que “el concepto de ‘reparación integral’ (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados”. Sin embargo, en casos de discriminación estructural, “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación” (Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450).

las organizaciones que prestan sus servicios en el ámbito local, así como promover las labores de auto-ayuda y ayuda mutua.²⁷²

Es común oír que la cultura y el contexto “importan”, y que cualquier intervención debe ser “culturalmente sensible”. Esto ha sido más cierto a nivel retórico que en la realidad.²⁷³

En el caso del continente americano, se necesitan estudios a profundidad en este sentido. En otros contextos, estos estudios han hecho importantes aportes para entender las connotaciones culturales en los procesos de justicia y/o reconciliación. Por ejemplo en Bali (Indonesia), no existe en el idioma local los términos correspondientes a perdón, amnistía y testimonio (Dwyer, 2008), en Uganda del Norte en idioma Iwo, las ideas de amnistía, perdón y reconciliación no son conceptualmente distintas, el concepto *timo-tica* puede ser aplicado a todas ellas (Allen 2006).

Existe un gran brecha de conocimiento acerca de cómo los sobrevivientes en diferentes contextos locales y culturales perciben los procesos e intervenciones de post conflicto. Las intervenciones internacionales usualmente usan un lenguaje y concepciones occidentales de justicia, verdad, reparación y reconciliación sin que exista una apropiación de los significados en los contextos locales y culturales específicos.²⁷⁴

Las manifestaciones culturales deben encontrar expresión en el mundo del Derecho. No se trata, en absoluto, de un "relativismo cultural", sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas.²⁷⁵

Los aportes de teorías de antropología legal contemporánea, específicamente pluralismo legal aportan mucho en este ámbito. Por ejemplo, Boaventura Sousa Santos subraya la importancia de los híbridos legales, que son “entidades legales o fenómenos que

²⁷² Organización Panamericana de la Salud, *La salud mental en situaciones de desastres y emergencias*, Manuales y Guías sobre Desastres, Washington D.C., 2002, p. 70.

²⁷³ Culberston, R. & Pouligny, B., “Re-imagining Peace after Mass Crime: A dialogical exchange between an Insider and an Outsider Knowledge”, in Pouligny, B., Chesterman, S. & Schnabel, A. (Eds.), *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities*, United Nations University Press, Tokyo, 2008.

²⁷⁴ Viaene, *op. cit.*, p. 12; Huyse & Salter, *op. cit.*, p. 203.

²⁷⁵ Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

combinan diferentes, y a menudo órdenes o culturas legales contradictorios, creando así nuevas formas de significación y acción”.²⁷⁶

En la práctica, esta suerte de complementación de los diversos sistemas requiere mucho trabajo y sensibilidad. Ninguna de las partes suele ver de primera la necesidad de acoplarse a los requerimientos del otro. Sin trabajo preparatorio adecuado, y sin entendimiento de este tipo de dinámicas, estos esfuerzos de acompañamiento inter-cultural pueden convertirse en fracasos o incluso prácticas re-victimizantes y de abuso de poder hacia las comunidades y sus integrantes.

En el caso de los mapuches, por ejemplo, se ignoró el concepto de reparación indígena y se alteró la inserción de esas personas en la comunidad, afectando negativamente las redes sociales, aunque las reparaciones ordenadas a su favor implicaran mejoras en sus condiciones de vida.²⁷⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, pasemos a analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de pueblos indígenas y tribales.

1. Cultura de la comunidad en la definición de los beneficiarios de las reparaciones

En *Aloeboetoe Vs. Surinam* existía disparidad de criterios entre las partes en cuanto a la determinación de los sucesores de las víctimas. La Comisión reclamaba la aplicación de las costumbres de la tribu a la que pertenecían las víctimas, en tanto que Surinam solicitaba la aplicación de su derecho civil.

Para resolver la cuestión, la Corte tuvo en cuenta los datos aportados por los peritos llamados a declarar y también decidió realizar una investigación detallada con el fin de obtener información específica para proceder con las reparaciones económicas. La Secretaria Adjunta de la Corte fue enviada a Gujaba, Surinam, a recolectar evidencia. Esta visita fue de destacada importancia, pues la Corte pudo obtener información adicional acerca de la situación

²⁷⁶ De Sousa Santos, B., “The Heterogenous State and Legal Plurality”, 40(1) *Law and Society Review* 39 (2006), en Vianne, *op. cit.*, p. 237.

²⁷⁷ Herzfeld-Bacic, R., Pérez-Durán, T. & Pérez-Sales, P., *Muerte y desaparición forzada en La Araucanía: Una aproximación étnica*, Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 1998.

económica, financiera y bancaria del país, así como obtener información enderezada a facilitar al Tribunal dictar una sentencia ajustada a la realidad.²⁷⁸

De la prueba recabada, la Corte comprobó que las leyes de Surinam sobre el derecho de familia no tenían eficacia respecto de aquella tribu. Sus integrantes las desconocían y se regían por sus propias reglas. El Estado no mantenía la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones. Los conflictos que ocurrían en estas materias no eran sometidos a los tribunales del Estado y la intervención de éstos era “prácticamente inexistente”. Cabe señalar también que el Estado de Surinam reconoció “la existencia de un derecho consuetudinario” sobre la materia.²⁷⁹

La Corte concluyó que para determinar a los sucesores de las víctimas haría uso de la costumbre de la tribu y no del derecho surinamés, puesto que éste “no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia”. Sin embargo, la Corte aclaró que la aplicación de la costumbre se haría “en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana”.²⁸⁰

El Tribunal pasó a considerar que en la mayoría de las legislaciones nacionales los sucesores de una persona son sus hijos. Indicó también que generalmente el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, se reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas fueron las que la Corte adoptó a la hora de identificar a los herederos, pero interpretó los términos “hijos”, “cónyuge” y “ascendientes” conforme a la cultura de las víctimas y no conforme al derecho surinamés. Ahora bien, al referirse a los ascendientes, la Corte advirtió que no haría “ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre”.²⁸¹ Por ende, tomó como beneficiarios de las reparaciones a las esposas de los cimarrones fallecidos, a los hijos de éstos con cada una de sus esposas, y al padre y madre de los fallecidos, sin hacer distinciones basadas en el género.²⁸²

²⁷⁸ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 40. Este tipo de visitas no se han vuelto repetir como práctica de la Corte, sino hasta hace poco en el caso *Sarayaku Vs. Ecuador*, en el cual se destaca la importancia de la presencia del Juez y Presidente de la Corte, Diego García-Sayán, la Jueza Radhys Abreu Blondet, y personal de la Secretaría (ver, <http://corteidhblog.blogspot.com/2012/04/corte-idh-visito-sarayaku-y-ecuador.html>)

²⁷⁹ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*, *op. cit.*, párr. 58.

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ *Ibíd.*, párr. 62.

²⁸² *Ibíd.*, párr. 66.

El Tribunal básicamente dio prioridad al derecho individual por sobre el derecho colectivo, sin explicar por qué la cultura de la tribu en este punto violentaba algún derecho humano y sin hacer algún juicio de ponderación que explique el motivo de la preferencia de un derecho (individual) por sobre otro (colectivo). Es de notar que los familiares de las víctimas o sus representantes legales no solicitaron a la Corte que desconociera la cultura de su grupo. El Tribunal, sin petición de por medio, decidió dar prevalencia al enfoque de género en lugar del cultural.²⁸³ Esto puede dar lugar a muchos debates, sin embargo, un argumento interesante en este contexto es el de Culberstone y Pouligny, quienes demuestran que los grupos locales retornan a la tradición para resolver conflictos, pero también reconocen que las innovaciones parten de la realidad de cada cultura, y que tomando y ajustando ideas desde el exterior y reconfigurando viejos conceptos a nuevas experiencias se planifican y ajustan las estrategias locales.²⁸⁴ En este tipo de encrucijadas es muy importante el proceso de toma de decisiones en sí mismo: que las personas entiendan las razones que guían a entes como la Corte a proceder en estos ámbitos, que haya oportunidad para la discusión de la comunidad (un acompañamiento de expertos sería deseable), pues también, como ha pasado en muchos casos, en lugar de dar espacio a la mujer, se la puede poner en una situación de vulnerabilidad, y por ende, de revictimización.

De otro lado, la Corte, “[c]on el propósito de brindar a los beneficiarios la posibilidad de obtener los mejores resultados de la aplicación de los montos recibidos por reparaciones”, dispuso la creación de una Fundación, la cual estaba destinada a “actuar como fideicomitente de los fondos depositados [...] y a asesorar a los beneficiarios en la aplicación de las reparaciones recibidas o de las rentas que perciban del fideicomiso”.²⁸⁵

Es interesante notar que ningún miembro de la Comunidad fue parte de la Fundación. En casos posteriores, la Corte sí contempló la presencia de un representante de las comunidades afectadas en los fondos de desarrollo que ordenó crear al Estado (ver *infra* acápite 22). La creación de fondos especiales o fundaciones que monitoreen y ayuden a las víctimas y

²⁸³ Citroni, G. & Quintana, K.I., “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 322.

²⁸⁴ Culberston, R. & Pouligny, B., “Re-imagining Peace after Mass Crime: A dialogical exchange between and Insider an Outsider Knowledge”, in Pouligny, B., Chesterman, S. & Schnabel, A. (Eds.), *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities*, United Nations University Press, Tokyo, 2008, p.272.

²⁸⁵ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*, op. cit., párrs. 103 y 105.

comunidades a implementar debidamente las reparaciones ordenadas, si bien puede ser calificada como paternalismo, es importante analizar el tipo de proceso y el grado de vinculación de las víctimas y comunidades en tales iniciativas, y conocer el resultado y aceptación de este tipo de iniciativas por parte de las comunidades. El tipo de acompañamiento y toma de decisiones que puede desarrollarse en estos procesos puede resultar muy valioso para las personas, sobre todo en contextos de pobreza extrema o cuando el tipo de violencia sufrida ha sido considerable, pero nuevamente, dependerá mucho de la forma de implementación.

2. Daño material

En el caso *Moiwana Vs. Surinam* se demostró ante la Corte que los miembros de la Comunidad fueron forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales abruptamente, y que varios de ellos estaban en situación de desplazamiento continuo. Asimismo, sufrieron pobreza y privaciones desde su huida, y la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se vio limitada drásticamente.²⁸⁶

Tomando en cuenta lo anterior, las “circunstancias del caso” y la existencia de “base suficiente para presumir daño material”, la Corte consideró procedente ordenar al Estado el pago de una indemnización por concepto de daño material a cada una de las víctimas.²⁸⁷

En el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, el Tribunal consideró que la indemnización por el daño material debía comprender “los gastos en que incurrieron los miembros de la Comunidad Yakye Axa en las diversas gestiones que realizaron con el fin de recobrar las tierras que consideraban como propias, tales como movilizaciones y traslados a distintas dependencias estatales”. Dichos gastos tenían “un nexo causal directo con los hechos violatorios” y no se trataba de erogaciones realizadas “por motivo del acceso a la justicia”, lo cual correspondería analizar en el capítulo de costas y gastos.²⁸⁸

En *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, la Corte atendió el argumento de los representantes de las víctimas, según el cual los miembros de la Comunidad y sus líderes tuvieron que realizar, durante el proceso interno de reivindicación de su tierra, “numerosas gestiones ante autoridades

²⁸⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, op. cit., párr. 186.

²⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 187.

²⁸⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 194.

estatales”, lo que implicó “el desplazamiento de líderes de la Comunidad a otras ciudades”. Además, los miembros de la Comunidad habrían tenido “que acudir a organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, y a personas reconocidas nacional e internacionalmente, con el objeto de denunciar los hechos”.²⁸⁹ Por todo ello, el Tribunal fijó en equidad una suma de dinero como indemnización por concepto de daño material. De forma similar se pronunció la Corte en el caso *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*.²⁹⁰

En el caso *Saramaka Vs. Surinam*, se demostró que se había extraído “una cantidad considerable de madera valiosa del territorio del pueblo Saramaka sin antes consultarle o brindarle una indemnización”. Además, las concesiones madereras que otorgó el Estado causaron “gran daño a la propiedad en el territorio ocupado y utilizado tradicionalmente por el pueblo Saramaka”.²⁹¹ Por estas razones y con fundamento en la equidad, la Corte fijó una indemnización por daño material.

En el caso *Yatama Vs. Nicaragua*, el Tribunal tuvo en cuenta que los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales propuestos por la organización indígena YATAMA, así como la organización en sí, incurrieron en diversos gastos durante la campaña electoral antes de que el Consejo Supremo Electoral decidiera no inscribir a esos candidatos. Del mismo modo, las comunidades de la Costa Atlántica que eligieron en asambleas a los mencionados candidatos realizaron aportes materiales para la participación de éstos. Frente a la decisión violatoria a la Convención de las autoridades electorales nicaragüenses de excluir a YATAMA de las elecciones, las víctimas estaban facultadas para solicitar una indemnización por concepto de daño material –concretamente, daño emergente– por los gastos en que incurrieron, para lo cual se tomaron en cuenta los comprobantes aportados, diversos testimonios allegados a la Corte y las afirmaciones de una perito sobre la tradición de las comunidades indígenas.²⁹² Sin embargo, la Corte no concedió la solicitud de los representantes de indemnización por lucro cesante, relacionado con la omisión de actividades laborales o económicas, pues estimó que no existía “un nexo causal con las violaciones declaradas”.²⁹³

En *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, la Corte encontró que las acciones y gestiones

²⁸⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 217.

²⁹⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, op. cit., párrs. 317 y 318.

²⁹¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, op. cit., párr. 199.

²⁹² Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 244.

²⁹³ *Ibíd.*, párr. 245.

realizadas por los familiares del señor Chitay Nech para localizarlo luego de su desaparición forzada generaron gastos que debían ser considerados como daño emergente. Sin embargo, el Tribunal no otorgó una compensación por la supuesta pérdida de propiedades que, según los representantes, el señor Chitay Nech poseía al momento de los hechos, puesto que en la sección de fondo de la sentencia no se decretó una violación al derecho a la propiedad protegido por el artículo 21 de la Convención Americana.²⁹⁴ En lo que se refiere al lucro cesante, la Corte consideró que los representantes no habían realizado alegatos específicos ni aportado prueba suficiente que permitiera al Tribunal determinar el monto de la pérdida reclamada, si efectivamente ocurrió y si fue motivada directamente por los hechos del caso, ni fueron presentados en la primera oportunidad procesal, es decir, en su escrito de solicitudes y argumentos. Por lo tanto, la Corte no contó, más allá de lo alegado, con elementos que le permitieran acreditar las solicitudes de los representantes, ni el nexo causal con los hechos del caso y las violaciones declaradas. En consecuencia, el Tribunal fijó, basándose únicamente en la equidad, una compensación por concepto de pérdida de ingresos de Florencio Chitay Nech.²⁹⁵

En *Fernández Ortega Vs. México*, el Tribunal observó que los representantes no presentaron documentación que acreditara las ganancias devengadas por la señora Fernández Ortega. No obstante, dado que tanto la señora Fernández Ortega como su esposo trabajaban en la cosecha de su parcela y ambos debieron descuidar sus tareas por los hechos del caso (violación sexual en perjuicio de la señora Fernández), el Tribunal decidió fijar, en equidad, una cantidad por concepto de pérdida de ingresos.²⁹⁶

Si las reparaciones económicas no son bien manejadas pueden causar muchas dificultades a la hora de su implementación. Más aún, en contextos rurales, donde existen altos índices de pobreza, y en muchos casos las huellas de la violencia han permeado el tejido social comunitario, se necesitan mecanismos de monitoreo y acompañamiento para que la gente tenga espacio de discutir los inevitables problemas que surgen a la hora de implementar las reparaciones. Por ejemplo, en el caso *Plan Sánchez*, aunque lo relativo a la compensación

²⁹⁴ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, op. cit., párrs. 265.266.

²⁹⁵ *Ibíd.*, párrs. 269-272.

²⁹⁶ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega Vs. México*, op. cit., párr. 286.

económica se cumplió, ésta ha generado muchas divisiones familiares, sentimientos de culpa, alcoholismo, y otros males entre los beneficiarios.²⁹⁷

Es importante que las reparaciones apunten a tener participación o representación de la comunidad en general, que los líderes tomen decisiones que beneficien al grupo en general, y poner especial cuidado a las dinámicas al interior de dichos grupos, a efectos de evitar que ciertos sectores queden excluidos.²⁹⁸ Por supuesto, también existen casos en los que la solidaridad y el manejo equitativo por parte de los líderes y comunidades ha sido una fortaleza dentro los procesos de reparación. Un ejemplo digno de destacar se dio en el caso *Yakye Axa*. Una de las representantes legales de la Comunidad explicó:

“el monto indemnizatorio a los líderes de la comunidad se hizo muy bien, ellos lo hicieron muy bien [...]. Pudimos constatar [...] que el espíritu de compartir de manejar colectivamente este tipo de cosas se dio por iniciativa de los propios líderes. Las [compensaciones se] distribuyeron equitativamente a los jefes de familia en toda la comunidad, sin ningún tipo de conflicto”.²⁹⁹

3. *Daño inmaterial*

En el caso *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, la Comisión Interamericana había alegado que en la sociedad Maroon tradicional, una persona no sólo es miembro de su grupo familiar sino también de su comunidad aldeana y del grupo tribal. Los aldeanos constituían, según ella, una familia en sentido amplio, razón por la cual el perjuicio causado a uno de sus miembros constituiría también un daño a la comunidad, que tendría que ser indemnizado,³⁰⁰ más allá de la indemnización que solicitó por cada uno de los ejecutados. La Corte Interamericana consideró:

“todo individuo, además de ser miembro de su familia y ciudadano de un Estado, pertenece generalmente a comunidades intermedias. En la práctica, la obligación de pagar una indemnización moral no se extiende a favor de ellas ni a favor del Estado en que la víctima

²⁹⁷ Viaene, *op. cit.*, p. 42; Espinoza Cuevas, V.; Ortiz Rojas, M.L. & Rojas Baeza, P., *Comisiones de la Verdad, ¿Un camino incierto?*, Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo - Asociación para la Prevención de la Tortura, Santiago de Chile, 2003.

²⁹⁸ Rubio-Marín, R. *et al.*, "Indigenous Peoples and Claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala" en Arthur, P. (Ed.), *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 46.

²⁹⁹ Julia Cabello, abogada la ONG Tierra Viva, representante legal de la Comunidad Yakye Axa ante la Corte Interamericana, en Beristain, C.M., *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*, Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010, p. 529.

³⁰⁰ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 83.

participaba, los cuales quedan satisfechos con la realización del orden jurídico. Si en algún caso excepcional se ha otorgado una indemnización en esta hipótesis, se ha tratado de una comunidad que ha sufrido un daño directo”.³⁰¹

Por las anteriores consideraciones, la Corte Interamericana no fijó una indemnización por daño inmaterial a favor de toda la tribu, aunque sí fijó una indemnización por cada una de las víctimas fallecidas.

En el caso *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte consideró que debido a la situación en la cual se encontraban los miembros de la Comunidad por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debía ser reparado por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. Indicó que en las circunstancias del caso era preciso “recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa”. Tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte estimó que el Estado debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, una determinada suma monetaria en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana.³⁰²

En *Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, la Corte recordó su jurisprudencia según la cual una sentencia condenatoria al Estado en sede internacional constituía *per se* una forma de reparación.³⁰³ No obstante, consideró que los hechos del caso “afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y [...] se desarrollaron dentro de un patrón de masacres”, lo que causaba “un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado”,³⁰⁴ que debía ser tomado en cuenta al momento de resolver las

³⁰¹ *Ibíd.*, párr. 83.

³⁰² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párr. 167.

³⁰³ Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 243; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 299, y *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 205.

³⁰⁴ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C. No. 105, párr. 51.

reparaciones.³⁰⁵ A tal efecto, se refirió al Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, el cual estableció que:

“durante el enfrentamiento armado se produjeron hechos que vulneraron la existencia del pueblo maya por los atentados que se consumaron contra su integridad e identidad. Los efectos de estas violaciones se retroalimentan entre sí. La privación de determinadas actividades económicas, o el despojo de tierras, por ejemplo, afectó tanto a la alimentación y las condiciones físicas de la subsistencia, como a los referentes culturales en los cuales se ha conformado la identidad colectiva, un cúmulo de saberes y técnicas, el sistema de relaciones sociales y de parentesco, la concepción sagrada de la tierra, los ritos religiosos de reciprocidad y *pago* a la naturaleza. Y viceversa: la vulneración de los derechos culturales, la represión de la cultura o los signos identitarios, el impedimento de realizar las prácticas religiosas o celebraciones, dificultaron reproducir relaciones sociales, tejer lazos de parentesco, dar fluidez a las prácticas económicas, y fracturaron el sentido de la pertenencia a un colectivo”.³⁰⁶

La gravedad de los hechos y la situación de impunidad en la que éstos permanecían, la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, las alteraciones de sus condiciones de existencia, y las demás consecuencias de orden no pecuniario producidas, motivaron a la Corte a ordenar un pago por compensación del daño inmaterial.³⁰⁷ Para establecer los montos correspondientes a dicha compensación, la Corte siguió los siguientes hechos:

- a) las víctimas no pudieron enterrar debidamente a sus familiares ejecutados en la masacre ni practicar los ritos funerarios según sus costumbres;³⁰⁸
- b) por las condiciones de descomposición y calcinación en que fueron encontrados los restos después de las exhumaciones practicadas, sólo algunas víctimas pudieron enterrar a sus familiares y realizar las ceremonias correspondientes;³⁰⁹
- c) las víctimas no pudieron celebrar ceremonias, ritos u otras manifestaciones tradicionales durante un tiempo, lo que afectó la reproducción y transmisión de su cultura;³¹⁰

³⁰⁵ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116. párr. 81.

³⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 82.

³⁰⁷ *Ibíd.*, párr. 83.

³⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 87a.

³⁰⁹ *Ibíd.*

³¹⁰ *Ibíd.*, párr. 87b.

- d) con la muerte de las mujeres y los ancianos, transmisores orales de la cultura maya achí, se produjo un “vacío cultural”;³¹¹
- e) la permanente presencia, vigilancia y represión militar a la que fueron sometidas; por haber sido forzadas a patrullar con sus victimarios y a convivir con ellos en las áreas comunes del municipio; por la estigmatización que padecieron al ser señaladas como guerrilleros y, como tales, responsables de los hechos, generaron “sentimientos de terror, paralización, inseguridad, frustración, humillación, culpabilidad y dolor en las víctimas, lo cual ha causado una grave alteración en sus condiciones de existencia, y en sus relaciones familiares y comunitarias”;³¹²
- f) la estructura comunitaria tradicional de Plan de Sánchez fue sustituida por un sistema de control militarista, en el que los líderes de la comunidad no pudieron continuar desempeñando su rol;³¹³
- g) los hechos del caso se mantenían en la impunidad, lo que causó a las víctimas “frustración, impotencia y profundo dolor”. Las víctimas permanecieron “en completo silencio, sin poder hablar ni denunciar lo ocurrido por casi diez años”. Además, el proceso penal se caracterizó por “el retardo en la investigación y por la negligencia del Ministerio Público”;³¹⁴
- h) la discriminación a la que habían sido sometidas las víctimas afectó “sus posibilidades de acceder a la justicia”, lo que generó en ellas “sentimientos de exclusión y desvalorización”;³¹⁵ y
- i) como consecuencia de los hechos “las víctimas han visto afectada su salud física y psicológica, y requieren de atención y tratamiento”.³¹⁶

En el caso *Moiwana Vs. Surinam*, la valoración por parte de la Corte del daño inmaterial tomó en cuenta los siguientes aspectos del sufrimiento de los miembros de la Comunidad:

³¹¹ *Ibíd.*

³¹² *Ibíd.*, párr. 87c.

³¹³ *Ibíd.*, párr. 87d.

³¹⁴ *Ibíd.*, párr. 87e.

³¹⁵ *Ibíd.*, párr. 87f.

³¹⁶ *Ibíd.*, párr. 87g.

- a) la imposibilidad, a pesar de sus esfuerzos persistentes, de obtener justicia por el ataque a su aldea, particularmente a la luz de la importancia que la cultura N'djuka asigna a la sanción adecuada de las ofensas inferidas. La impunidad estaba favorecida por los esfuerzos del Estado por obstruir la justicia, lo que provocó sentimientos de “humillación, ira e impotencia a los miembros de la comunidad”, y les infundió “temor de que los espíritus ofendidos busquen vengarse en ellos”. Debido a la falta de una investigación penal por parte del Estado, los miembros de la comunidad tenían temor de enfrentar hostilidades si regresaban a sus tierras tradicionales;³¹⁷
- b) las víctimas no sabían qué sucedió con los restos mortales de sus seres queridos y, como resultado, no pudieron honrarlos ni darles sepultura, según los principios fundamentales de la cultura N'djuka, lo cual les causó “profunda angustia y desesperación”. Dado que no se realizaron los diferentes rituales mortuorios de acuerdo con la tradición N'djuka, los miembros de la comunidad tenían miedo de contraer “enfermedades de origen espiritual”, que en su concepto podían “afectar al linaje natural completo y que, de no lograr la reconciliación, persistirán por generaciones”;³¹⁸ y
- c) la conexión de los miembros de la comunidad con su territorio tradicional “fue interrumpida de forma brusca”. Dado que la relación de una comunidad N'djuka con su tierra tradicional era de vital importancia, el desplazamiento forzado lesionó emocional, espiritual, cultural y económicamente a los integrantes de comunidad.³¹⁹

Es digno de destacar la aproximación detallada hecha por el Juez Caçado Trindade en su Voto Razonado en este caso, quien propuso conceptualizar una nueva categoría de daño: el daño espiritual, una forma agravada del daño moral que tiene una relación directa con lo más íntimo de la persona humana, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino humano, su las relaciones con sus muertos. Este daño espiritual, no daría lugar a reparaciones pecuniarias, sino a otras formas de reparación.³²⁰

³¹⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam op. cit.*, párr. 195.a.

³¹⁸ *Ibíd.*, párr. 195.b.

³¹⁹ *Ibíd.*, párr. 195.c.

³²⁰ *Ibíd.*, Voto Razonado del Juez Antônio Augusto Caçado Trindade, párr. 71. Ver también, Donoso, G., “Inter-American Court of Human Rights’ Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach”, 49 *Revista IIDH* 29 (2010).

En el caso *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, el Tribunal notó que “la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales”, debían ser valoradas al momento de fijar el daño inmaterial.³²¹ El Tribunal observó que la significación especial que la tierra tenía para los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa implicaba que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrearía el menoscabo de valores muy representativos para los indígenas, quienes corrían el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones.³²²

En el caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte describió el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el Pueblo Saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no sólo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto de la conexión espiritual que el pueblo tenía con su territorio. Consideró que la larga y continua lucha por el reconocimiento legal del derecho al territorio y la frustración respecto del sistema legal interno que no protegía este derecho, constituían “una denigración de sus valores culturales y espirituales”.³²³

En *Yatama Vs. Nicaragua*, la Corte, al valorar el daño inmaterial, tomó en consideración que ser propuesto como candidato para participar en un proceso electoral revestía una especial importancia y constituía un gran honor entre los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica. Quienes asumían una candidatura debían demostrar capacidad, honestidad y compromiso con la defensa de las necesidades de las comunidades, y adquirirían la gran responsabilidad de representar los intereses de éstas.³²⁴ La Corte ponderó esas particularidades al evaluar la insatisfacción que los candidatos sintieron al verse indebidamente excluidos de participar en las elecciones y representar a sus comunidades. Este sentimiento “se vio acentuado por el hecho de que el Consejo Supremo Electoral no fundamentó las razones por las que los candidatos propuestos por YATAMA no podían ser

³²¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 221.

³²² *Ibid.*, párr. 222.

³²³ 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 No. 185. párr. 200.

³²⁴ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua* op. cit., párr. 246.

inscritos, lo cual provocó que las comunidades no entendieran los motivos que excluían a sus candidatos”. Tales candidatos “se sintieron impotentes para dar una explicación a sus comunidades y consideraron que la exclusión obedecía a su condición de miembros de comunidades indígenas”.³²⁵ Con base en todo ello, el Tribunal fijó, en equidad, una cantidad determinada como indemnización.³²⁶

En *Chitay Nech Vs. Guatemala*, el Tribunal consideró que el daño inmaterial infligido a Florencio Chitay, víctima de desaparición forzada, resultaba evidente, “pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a desaparición forzada experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas”. En cuanto a los familiares, la Corte reiteró que el sufrimiento ocasionado a la víctima “se extiende a los miembros más íntimos de la familia, en especial aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho”. El Tribunal estimó que los sufrimientos causados por la desaparición forzada “acarrear a sus hijas, hijos, cónyuge o compañera y compañero, madre y padre un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo”.³²⁷ Consecuentemente, teniendo en consideración las indemnizaciones ordenadas por la Corte en otros casos sobre desapariciones forzadas; las circunstancias del presente caso; la entidad, carácter y gravedad de las violaciones cometidas; los sufrimientos ocasionados a la víctima desaparecida en su esfera física, moral y psicológica; los distintos sufrimientos y angustias de los familiares, derivados de la desaparición de su ser querido; la incertidumbre de su paradero; el desplazamiento forzado; la denegación de justicia; el cambio en el entorno familiar, y las restantes consecuencias de orden no pecuniario que sufrieron, el Tribunal fijó en equidad una compensación por el daño inmaterial padecido por cada una de estas personas.³²⁸

En *Fernández Ortega Vs. México*, la Corte otorgó una compensación económica por concepto del daño inmaterial que la víctima y sus familiares sufrieron como consecuencia de la violación sexual que aquella padeció a manos de agentes estatales.³²⁹ En prácticamente los

³²⁵ *Ibíd.*, párr. 247.

³²⁶ *Ibíd.*, párr. 248.

³²⁷ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 276.

³²⁸ *Ibíd.*, párr. 276-278.

³²⁹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega Vs. México*, *op. cit.*, párr. 293.

mismos términos la Corte ordenó compensaciones en el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*.³³⁰

4. Identificación, demarcación, titulación y entrega del territorio ancestral

En el caso *Awás Tingni Vs. Nicaragua*, el Tribunal ordenó al Estado que adoptara en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas”.³³¹ Asimismo, dispuso que Nicaragua debía:

“delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”.³³²

El enorme impacto del caso *Awás Tingni* en la Moskitia, zona en la que la Comunidad se encuentra ubicada, se resume en las siguientes palabras de un indígena miskito:

“Como pueblos indígenas de la Moskitia logramos y estamos logrando más [...] hay una sentencia histórica para las comunidades, para que ellos puedan tener ese proceso. Por eso todos los estudiantes de derechos que tenemos en la Moskitia llevan esa sentencia, de memoria sabes eso. Es bueno porque en toda la historia de Latinoamérica es la primera que los indígenas demandaron al Estado, fue una cosa que nosotros logramos. Y no solo quedó en Nicaragua. Otros pueblos tienen esta demanda como ejemplo y en eso se está trabajando”.³³³

En *Moiwana Vs. Surinam*, el Tribunal dispuso de manera similar que el Estado debía “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios

³³⁰ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, op. cit., párr. 279.

³³¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 164 y punto resolutivo 3.

³³² *Ibíd.*, punto resolutivo 1.

³³³ Entrevista a Humberto Thompson, en Beristain, C.M., *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*, Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010, p. 514.

tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios”. Estas medidas debían incluir “la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales”³³⁴. Para realizar esta tarea, el Estado debía contar “con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes”, y de los miembros de las demás aldeas y las comunidades indígenas vecinas.³³⁵

En el caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, el Tribunal también dispuso que el Estado debía delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales.³³⁶

En *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte señaló que las violaciones a los derechos humanos ocasionadas a los miembros de la Comunidad tenían “como base común primordialmente la falta de materialización de los derechos territoriales ancestrales de los miembros de la Comunidad”.³³⁷ Consecuentemente, el Tribunal ordenó al Paraguay que identifique el territorio tradicional y lo entregue de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años.³³⁸ En el supuesto que tal territorio tradicional estuviera en manos privadas, la Corte consideró que el Estado “deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”. Para ello, “deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario”, y 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”. La Corte aclaró que en uno u otro caso, “la extensión de las tierras deberá ser la

³³⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, op. cit., párr. 209.

³³⁵ *Ibíd.*, párr. 210.

³³⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, op. cit., párr. 194.

³³⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 211.

³³⁸ *Ibíd.*, párr. 217.

suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad”.³³⁹

Para que el Estado cumpliera con las obligaciones señaladas, la Corte le ordenó crear un fondo para la adquisición de las tierras, que debía ser destinado “bien sea para la compra de la tierra a propietarios particulares o para el pago de una justa indemnización a los perjudicados en caso de expropiación, según corresponda”.³⁴⁰

En *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, la Corte consideró que la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa era la medida de reparación “que más se acerca a la *restitutio in integrum*”, por lo que dispuso que el Estado debía adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la Comunidad el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce”.³⁴¹ Asimismo, reiteró su jurisprudencia en el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, reseñada líneas arriba.

En el tercer caso sobre tierras indígenas en el Paraguay, caso *Xámok Kásek*, el Tribunal estableció que el vínculo de los indígenas con sus territorios es “fundamental e inescindible para su supervivencia alimentaria y cultural, por ello la importancia de su devolución”. Contrario a lo que señalaba el Estado, las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad no era cualquier inmueble dentro del territorio histórico de sus ancestros, sino el territorio que los miembros de la Comunidad habían demostrado que es su territorio tradicional específico y más apto para el asentamiento indígena. Consecuentemente, el Estado debía devolverles tal territorio tradicional específico, identificándolo plenamente, a través de los medios técnicos especializados para tal fin, con la participación de los líderes de la Comunidad y sus representantes libremente elegidos.³⁴² A tal efecto, la Corte otorgó al Estado un plazo de tres años, prorrogable por un año más a solicitud fundada del Estado. El Tribunal advirtió que no concedería la prórroga si, a su criterio, el Estado no realizaba suficientes acciones y gestiones para cumplir con esta medida de reparación. Dispuso, además, que si en dicho plazo el Estado no entregara las tierras tradicionales, o en su caso tierras alternativas, debería pagar a los líderes

³³⁹ *Ibíd.*

³⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 218.

³⁴¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 210.

³⁴² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párrs. 282 y 283.

de la Comunidad, en representación de sus miembros, una cantidad de US\$10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por cada mes de retraso. La Corte entendió a esta medida “como una indemnización para las víctimas por el incumplimiento de los plazos fijados en esta Sentencia y los correlativos daños materiales e inmateriales que ello comportaría”.³⁴³

Es de resaltar que esta indemnización adicional por cada mes de retraso se debe en gran medida a la falta de cumplimiento del Estado de los plazos fijados en las sentencias dictadas en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*. Paraguay en estos dos casos no ha cumplido todavía con la entrega de los territorios tradicionales, lo cual continúa repercutiendo de manera negativa en la vida cultural y en la supervivencia física de los miembros de las dos comunidades.³⁴⁴

5. Creación de un mecanismo eficaz de reclamación de tierras

En el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte dispuso que el Estado debía adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.³⁴⁵

Esta medida de reparación fue ordenada en términos idénticos en el caso *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*.³⁴⁶ En *Xámok Kásek Vs. Paraguay* la Corte dio más detalles sobre cómo debería diseñarse el mecanismo eficaz de reclamación de tierras. El Tribunal indicó que el mecanismo debía consagrar normas sustantivas que garantizaran: “a) que se tome en cuenta la importancia que para los indígenas tiene su tierra tradicional, y b) que no baste que las tierras reclamadas estén en manos privadas y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de

³⁴³ *Ibíd.*, párrs. 284-288.

³⁴⁴ Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 08 febrero de 2008; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 08 febrero de 2008; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 02 de febrero de 2007.

³⁴⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 225.

³⁴⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 235.

reivindicación”. Una autoridad judicial debía ser la competente para resolver los conflictos que se presentaren entre los derechos a la propiedad de los particulares y la de los indígenas.³⁴⁷

En el caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte decretó que el Estado debía eliminar o modificar las disposiciones legales que impedían la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka, así como:

“adoptar en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales”.³⁴⁸

Además, el Tribunal ordenó al Estado “adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo Saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal”.³⁴⁹

6. Garantizar el derecho de consulta

Además de las reparaciones anteriormente expuestas en el caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte dispuso que el Estado debía:

“adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo”.³⁵⁰

³⁴⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 310.

³⁴⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, op. cit., párr. 194.

³⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 194.

³⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 194d

7. *Estudios de impacto ambiental*

En el mismo caso, se ordenó a Surinam asegurar que se realizaran estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka.³⁵¹

8. *Entrega de suministros básicos*

En el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, el Tribunal dispuso que mientras la Comunidad se encontrara sin tierras, “dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia”, el Estado debía:

“suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la Comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos”.³⁵²

Una medida de reparación prácticamente idéntica fue ordenada en los otros casos paraguayos, *Sawhoyamaxa*³⁵³ y *Xámok Kásek*.³⁵⁴ En este último caso la Corte dispuso que, a efectos de que la prestación de bienes y servicios básicos sea adecuada y periódica, el Estado debía elaborar un estudio en el que estableciera:

³⁵¹ *Ibíd.*, párr. 194.

³⁵² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 221.

³⁵³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 230.

³⁵⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 301.

- “a) respecto a la entrega de agua potable: 1) la periodicidad en la que las entregas deban realizarse; 2) el método que deba emplearse para realizar las entregas y asegurar la preservación sanitaria del agua, y 3) la cantidad a entregarse por persona y/o por familia;
- b) respecto a la atención médica y psicosocial, así como la entrega de medicinas: 1) la periodicidad en la que se requiere que personal médico visite la Comunidad; 2) las principales dolencias y enfermedades que los miembros de la Comunidad padecen; 3) las medicinas y el tratamiento necesario para tales enfermedades; 4) la atención pre y posnatal necesaria, y 5) la forma y periodicidad en que se deben llevar a cabo los procesos de vacunación y desparasitación;
- c) respecto a la entrega de alimentos: 1) los tipos de alimentos a entregar a los miembros de la Comunidad para garantizar una alimentación nutricionalmente adecuada; 2) la periodicidad en la que las entregas deban realizarse; 3) la cantidad de alimentos a entregar por persona y/o por familia;
- d) respecto al manejo efectivo y salubre de los desechos biológicos: el tipo y cantidad de servicio sanitario a entregar, y
- e) respecto a la dotación de materiales y recursos humanos a la escuela de la Comunidad: 1) los recursos físicos y humanos que la escuela necesita para garantizar una educación bilingüe adecuada; 2) los materiales que cada alumno necesita para educarse adecuadamente, y 3) los insumos que los profesores de la escuela requieren para impartir sus clases”.³⁵⁵

Para la elaboración de este estudio, los especialistas encargados debían “tener los conocimientos técnicos específicos requeridos para cada tarea”. Tales especialistas debían contar siempre con el punto de vista de los miembros de la Comunidad, expresado conforme a sus propias formas de toma de decisiones. El Estado debía adecuar la entrega de bienes y servicios básicos conforme a las conclusiones de los especialistas.³⁵⁶

9. Reconocimiento de la personalidad jurídica

En *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte dispuso que el Estado estaba en la obligación de “otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles

³⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 303.

³⁵⁶ *Ibíd.*, párrs. 304-305.

el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones”.³⁵⁷

10. *Otorgamiento de becas para educación*

En el caso *Escué Zapata Vs. Colombia*, la Corte reconoció el sufrimiento de Myriam Zapata Escué, hija de la víctima (un líder comunitario ejecutado por agentes estatales), y las dificultades que afrontó a lo largo de su vida para completar sus estudios primarios y secundarios, dificultades que el Tribunal consideró que “todavía continúan en la etapa en la que muestra su voluntad y deseo de estudiar una carrera universitaria”. Por ello, ordenó al Estado que le otorgara una beca para realizar estudios universitarios en una universidad pública colombiana escogida entre ella y el Estado. La Corte especificó que la beca debía cubrir:

“todos los gastos para la completa finalización de sus estudios universitarios, tanto material académico como manutención y alojamiento. Deberá asimismo costear el transporte desde la ciudad donde estudie la beneficiaria hasta su Comunidad para que pueda mantener sin dificultades los vínculos con ella, sus tradiciones, usos y costumbres, así como el contacto con su familia de manera periódica. Dicha beca deberá empezar a hacerse efectiva de la manera más pronta posible a partir de la notificación de la presente Sentencia, para que la beneficiaria comience sus estudios en el próximo año universitario, si así lo desea”.³⁵⁸

En *Fernández Ortega Vs. México*, relativo a la violación sexual de una mujer indígena, la Corte estableció que los hechos del caso generaron una afectación en los hijos de la víctima que ocasionó cambios significativos tanto en sus vidas como en sus relaciones personales y sociales, afectando su desarrollo personal. En atención a lo anterior, la Corte ordenó, como medida de satisfacción, que el Estado otorgara becas en beneficio de los hijos de la señora Fernández, que cubrieran todos los costos de su educación hasta la conclusión de sus estudios superiores, bien sean técnicos o universitarios.³⁵⁹ En prácticamente los mismos términos se otorgaron becas en el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*.³⁶⁰

³⁵⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, op. cit.*, párr. 194.

³⁵⁸ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia, op. cit.*, párr. 170.

³⁵⁹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega Vs. México, op. cit.*, párr. 264.

³⁶⁰ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, op. cit.*, párr. 257.

II. Atención médica y psicológica

En el caso *Escué Zapata Vs. Colombia*, la Corte estimó que era preciso “disponer una medida de reparación que busque reducir los padecimientos físicos y psíquicos de los familiares de la víctima”, producidos como consecuencia de la ejecución extrajudicial del señor Escué Zapata. Con tal fin, el Tribunal ordenó al Estado que proveyera, sin cargo alguno, el tratamiento especializado de carácter médico, psiquiátrico y psicológico adecuado que requieran los familiares de la víctima, previa manifestación de su consentimiento, por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión de medicamentos. El Tribunal aclaró que tal tratamiento debía considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, en especial sus costumbres y tradiciones.³⁶¹

Una medida de reparación similar fue ordenada en los casos *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*³⁶² y *Fernández Ortega Vs. México*.³⁶³

En el caso *Xámok Kásek Vs. Paraguay*, la Corte, dadas las dificultades que los miembros de la Comunidad tenían para acceder a centros de salud, ordenó al Estado que estableciera en el lugar donde se asentaba la Comunidad un puesto de salud permanente, con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada.³⁶⁴

En *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, la Corte consideró que los hechos del caso (violación sexual de la víctima) habían evidenciado la necesidad de fortalecer la atención y los centros de salud para el tratamiento de mujeres que hayan sufrido violencia. Observó que existía un centro de salud en la localidad donde se encontraba la víctima, y ordenó que dicho centro sea “fortalecido a través de la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me’paa, así como mediante la utilización de un protocolo de actuación adecuado”.³⁶⁵

Es necesario resaltar que los grupos étnico-culturales tienen derecho a conservar, utilizar y proteger sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, y exigir que los

³⁶¹ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, op. cit., párr. 173.

³⁶² Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, op. cit., párr. 256.

³⁶³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega Vs. México*, op. cit., párr. 252.

³⁶⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 306.

³⁶⁵ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, op. cit., párr. 260.

servicios de salud públicos sean apropiados desde el punto de vista cultural.³⁶⁶ Un buen ejemplo de esto sería el Acuerdo de las Escuelas de Residencia de Canadá que estableció un *Healing Fund* que sería administrado por la *Aboriginal Healing Foundation*, que acuerda apoyar las necesidades de sanación de los pueblos aborígenes afectados por el legado de las antiguas Escuelas Residenciales Indias,³⁶⁷ y que incluye impactos intergeneracionales, de una manera holística, basado en la comunidad.³⁶⁸

Los procesos o actividades de acompañamiento o apoyo psicosocial, así como las medidas de rehabilitación que se tomen en estas áreas deberían ser culturalmente apropiadas. El personal encargado tendría que investigar y conocer de antemano la historia, valores, costumbres y tradiciones de las poblaciones. Es importante, asimismo, tomar medidas en cuanto a la utilización y capacitación de intérpretes en contextos psicoterapéuticos de acompañamiento psicosocial.

La asistencia psicosocial es parte de un resarcimiento integral y, en este sentido, se deberían reconocer las creencias y prácticas indígenas, así como el papel de los líderes tradicionales y curanderos para tratar con los problemas de salud. Habría que explorar la forma en que se pueden fortalecer los conocimientos acerca de la curación indígena, e instar a las organizaciones de la sociedad civil involucradas a respetar e incluir conocimientos de la medicina indígena y sus proyectos.³⁶⁹

La cultura indígena entiende la salud y la enfermedad en términos de equilibrio y desequilibrio del universo. Para ellos, los tratamientos de salud deben ser integrales, atendiendo la parte física, pero además los elementos afectivos, espirituales y del medio ambiente. Por otro lado, las formas de curación en estas culturas incluye el uso de plantas medicinales, ceremonias y rituales, sobretodo colectivos. La prácticas indígenas no implican un abandono de los tratamientos médico/farmacológicos usados a nivel del Estado, pero si la

³⁶⁶ Ruiz Chiriboga, O., "El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano", 5 *Revista Sur* 43 (2006), p. 52.

³⁶⁷ Estas escuelas fueron internados que existieron en Canadá para tratar de asimilar a los niños indios prohibiéndoles las manifestaciones propias de su cultura y en las cuales fueron frecuentes los abusos físicos, sexuales y emocionales. La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá, constituida en junio de 2008, tiene como mandato descubrir qué ocurrió realmente en los internados e informar a todos los canadienses de sus hallazgos (ver <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=3>).

³⁶⁸ Vrdoljak, A., "Reparations for Cultural Loss", en Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 223.

³⁶⁹ Viaene, *op. cit.*, p. 153.

búsqueda de formas complementarias para solucionar los problemas de salud. La salud, desde una perspectiva occidental, es referida generalmente a una concepción médico-clínica, a la cura de síntomas y órganos del cuerpo que son tratados de manera aislada. Lo afectivo, religioso y ambiental usualmente queda por fuera de cualquier concepción médica de tratamiento y atención.³⁷⁰

En Guatemala, por ejemplo, aun cuando el trabajo que las organizaciones de atención psicosocial en este país realizan con las comunidades no tiene precedentes en la región, y cuyos impactos y aprendizajes deben enriquecer otras experiencias similares, una investigación relativa al tema notó:

“A pesar del profundo impacto de tales creencias [culturales], las organizaciones que ofrecen asistencia psicosocial a las víctimas muestran falta de interés y respeto por los recursos de sanación indígena. Por ejemplo, el Equipo Forense de Guatemala siempre acude a alguna de las organizaciones que ofrece consejería psicosocial, como el Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial, el centro Maya Saq’be’, Utz K’aslemaal y el Grupo de Apoyo Mutuo para asistir a las víctimas antes, durante y después de las exhumaciones. Únicamente Saq’be, una organización Kakchiquel de Chimaltenango aplica exclusivamente conocimiento Maya sobre salud y enfermedad durante sus sesiones”.³⁷¹

12. Programa de registro y documentación

En el caso *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, la Corte consideró que la forma más adecuada de reparar la violación al derecho a la personalidad jurídica de varios miembros de la Comunidad (ver *supra* acápite 4.1) era que el Estado realizara un programa de registro y documentación, de tal forma que los miembros de la Comunidad puedan registrarse y obtener sus documentos de identidad.³⁷² Idéntica medida de reparación fue ordenada en el caso *Xámok Kásek Vs. Paraguay*³⁷³.

³⁷⁰ Gómez, N., “Psychosocial Reparation: Latin American Indigenous Communities”, en Lenzerini F. (Ed.), *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 159.

³⁷¹ Viane, *op. cit.*, p. 152.

³⁷² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 231.

³⁷³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 308.

13. Sistema de comunicación para casos de emergencia

En el mismo caso, *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, la Corte, dadas las dificultades que los miembros de la Comunidad tenían para acceder a los centros de salud, ordenó que el Estado estableciera en los asentos de la Comunidad un sistema de comunicación “que permita a las víctimas contactarse con las autoridades de salud competentes, para la atención de casos de emergencia”. El Estado también estaba en la obligación de proveer el transporte.³⁷⁴ Idéntica medida de reparación fue ordenada en el caso *Xámok Kásek Vs. Paraguay*.³⁷⁵

14. Reformas a la legislación interna para garantizar la participación política de los pueblos indígenas

En el caso *Yatama Vs. Nicaragua*, la Corte consideró indispensable que, para atender los requerimiento del principio de legalidad en materia electoral, el Estado debía reformar su Ley Electoral de manera que se “regule con claridad las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de participación electoral, los procedimientos que debe observar el Consejo Supremo Electoral al determinar tal incumplimiento y las decisiones fundamentadas que al respecto debe adoptar dicho Consejo, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado”.³⁷⁶

Asimismo, el Estado debía reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral declarados violatorios de la Convención y adoptar “las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática”. Los requisitos que se establecieran para tal fin debían “permitir y fomentar que los miembros de esas comunidades cuenten con una representación adecuada que les permita intervenir en los procesos de decisión sobre las cuestiones nacionales, que conciernen a la sociedad en su conjunto, y los asuntos particulares que atañen a dichas comunidades, por lo que dichos requisitos no deberán constituir obstáculos a dicha

³⁷⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 232.

³⁷⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek Vs. Paraguay*, op. cit., párr. 306.

³⁷⁶ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, op. cit., párr. 258.

participación política”.³⁷⁷

15. Educación

En el caso *Aloeboetoe Vs. Surinam*, la Corte ordenó al Estado que reabriera una escuela que fue cerrada en el asentamiento de las víctimas, y que la dotara de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente.³⁷⁸

En *Fernández Ortega Vs. México*, la Corte destacó la importancia de implementar reparaciones que tuvieran un alcance comunitario y que permitieran reintegrar a la víctima en su espacio vital y de identificación cultural, además de restablecer el tejido comunitario. Es por ello que el Tribunal consideró pertinente ordenar al Estado que facilitara los recursos necesarios para que la comunidad indígena me'phaa de Barranca Tecoani, a la que pertenecía la víctima, estableciera un centro comunitario, que se constituyera como centro de la mujer, en el que se desarrollaran actividades educativas en derechos humanos y derechos de las mujeres, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad, incluida la señora Fernández Ortega si así lo deseara. El Estado debía facilitar que sus instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y género brindaran asistencia en las acciones de capacitación comunitaria, las cuales debían adecuarse a la cosmovisión de la comunidad indígena.³⁷⁹

La Corte recordó que las hijas de la señora Fernández Ortega, así como muchas de las niñas me'phaa no contaban con seguridad en los caminos hacia sus escuelas. Según la declaración de una perito, treinta niñas de Barranca Tecoani se encontraban estudiando en Ayutla de los Libres porque en aquella localidad no existía una escuela secundaria. Para poder llegar a su escuela, las niñas tenían que caminar tres horas. Los riesgos de este recorrido habían ocasionado que sus madres decidieran enviarlas a vivir con familias mestizas de clase media de Ayutla de los Libres que las recibían como trabajadoras domesticas sin salario, trabajando hasta

³⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 259.

³⁷⁸ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, *op. cit.*, punto resolutivo 5.

³⁷⁹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega Vs. México*, *op. cit.*, párr. 267.

doce horas diarias a cambio de casa y comida y de la posibilidad de estudiar. Así se encontraban dos hijas de la señora Fernández Ortega.³⁸⁰

La Corte ordenó al Estado que adoptara medidas “para que las niñas de la comunidad de Barranca Tecoani que actualmente realizan estudios secundarios en la ciudad de Ayutla de los Libres, cuenten con facilidades de alojamiento y alimentación adecuadas, de manera que puedan continuar recibiendo educación en las instituciones a las que asisten”. Esta medida podía ser cumplida por el Estado “optando por la instalación de una escuela secundaria en la comunidad mencionada”.³⁸¹

16. Búsqueda de la persona desaparecida

En el caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, referente a la desaparición del señor Efraín Bámaca Velásquez, la Corte dispuso como medida de reparación que el Estado debía localizar los restos mortales de la víctima, exhumarlos en presencia de su viuda y familiares, así como entregarlos a éstos.³⁸²

De igual manera, en el caso *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, la Corte comprobó que María y Josefa Tiu Tojín se encontraban aún desaparecidas y su paradero se desconocía. Al respecto, indicó que “[l]a investigación efectiva de su paradero o de las circunstancias de su desaparición, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer”. Por ello, ordenó al Estado que procediera de inmediato a la búsqueda y localización de las víctimas. En caso de que las víctimas fueran halladas sin vida, la Corte dispuso que el Estado debía, en un tiempo breve, “entregar los restos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación”. Los gastos que dichas diligencias generaren debían ser cubiertos por el Estado. Asimismo, el Estado debía cubrir los gastos fúnebres, “respetando las tradiciones y costumbres de los familiares de las víctimas”.³⁸³ Similar medida de reparación fue ordenada en el caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*.³⁸⁴

³⁸⁰ *Ibíd.*, párrs. 268-269.

³⁸¹ *Ibíd.*, párr. 270.

³⁸² Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91. punto resolutivo 1.

³⁸³ Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 103.

³⁸⁴ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 240.

Según los estudios de Wemmers³⁸⁵ y Hamber³⁸⁶ podemos anticipar que en ciertas circunstancias la forma como se lleva el proceso y los rituales pueden ser más importantes que justicia, la reconciliación o la verdad en sí mismas. El proceso de cómo se lleva a cabo la reparación puede ser más reparativo que el objeto en sí mismo (dinero, monumentos, etc.)

Tomar en cuenta los tiempos, símbolos y costumbres de los pueblos indígenas tiene una especial importancia, ya que marcan, después de mucho tiempo y sufrimiento, el paso de la vida a la muerte, y pueden ser el espacio para el cierre de procesos emocionales muy fuertes. En este sentido, el acompañamiento psicosocial antes, durante y después de los procesos de búsqueda, inhumación y exhumación es vital.

17. Entierro de restos

En *Escué Zapata Vs. Colombia*, la Corte valoró positivamente la entrega que el Estado realizó de los restos de la víctima a sus familiares y Comunidad, lo cual “posibilitó el entierro de la víctima conforme a las tradiciones, usos y costumbres del pueblo Paez”. Sin embargo, tuvo en cuenta que los familiares esperaron cuatro años para que los restos del señor Escué Zapata les fueran entregados. Esta espera prolongada tuvo repercusiones de carácter espiritual y moral en los familiares,³⁸⁷ puesto que conforme la cultura Nasa

“desde que el niño nasa nace se siembra el cordón umbilical en la Madre Tierra [...] para que germine la vida. Ahora, cuando se muere igual lo sembramos, no lo enterramos, para qué ahí esté la vida. Pero al llevarlo es irrespetar a la cultura, a la Madre Tierra. Llevarlo de su seno es como cortar el vientre de una mujer que lo vio engendrar, procrear y crecer. Es una afectación cultural bastante grande, igual genera la desarmonización y el descontrol del territorio”.³⁸⁸

Los peritajes antropológicos que ha utilizado la Corte han sido de gran utilidad para visibilizar de manera particular el daño producido a las poblaciones indígenas. Han constituido herramientas teórico-prácticas que han dado insumos a los jueces y abogados de las

³⁸⁵ Wemmers, J. (2009), *Victim Reparation and the International Criminal Court*, International Review of Victimology September 2009, p. 224.

³⁸⁶ Hamber, B., “Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on reparations in Societies in Transition”, en De Greife, P. (Ed.), *The Handbook for Reparations*, Oxford University Press, New York, 2008.

³⁸⁷ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 153.

³⁸⁸ Cfr. declaración de Flor Ilva Trochez en audiencia pública ante la Corte celebrada los días 29 y 30 de enero de 2007.

características y dimensiones culturales. Por ejemplo, el citado caso *Escué Zapata* recoge elementos enunciados en el informe pericial de Gloria Lucy Zamora Patiño, quien explicó al Tribunal la organización social y política de los indígenas Paeces y las diferencias entre cada una de las autoridades tradicionales.³⁸⁹

18. Sanción a los responsables de violaciones a derechos humanos

En el ya citado caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, la Corte indicó que el Estado debía investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, identificar y sancionar a los responsables, así como divulgar públicamente los resultados de la respectiva investigación.³⁹⁰

De manera similar, en el caso *Moiwana Vs. Surinam*, la Corte sostuvo que la deficiente investigación conducida por Surinam sobre el ataque a la aldea de Moiwana, la violenta obstrucción de justicia por parte del Estado y el prolongado período que transcurrió sin un esclarecimiento de los hechos y la sanción de los perpetradores incumplían los estándares de acceso a la justicia y debido proceso establecidos en la Convención Americana.³⁹¹ El Tribunal comprobó que más de 18 años después de ocurrido el ataque, la impunidad de los autores materiales e intelectuales todavía prevalecía.³⁹² A la luz de lo anterior, el Tribunal ordenó a Surinam que realizara inmediatamente “una investigación y un proceso judicial efectivos y pronto sobre las ejecuciones extrajudiciales” cometidas en perjuicio de varios miembros de la Comunidad Moiwana. Dicha investigación debía llevar “al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la compensación adecuada a las víctimas”. Los resultados de estos procesos debían ser “públicamente divulgados por el Estado, de manera tal que la sociedad surinamés pueda conocer la verdad”.³⁹³

³⁸⁹ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, op. cit., párr. 55.

³⁹⁰ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, op. cit., punto resolutivo 2.

³⁹¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, op. cit., párr. 202.

³⁹² *Ibíd.*, párr. 203.

³⁹³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, op. cit., párr. 205.

Medidas similares de reparación se ordenaron en el caso *Escué Zapata Vs. Colombia*,³⁹⁴ *Tiu Tojín Vs. Guatemala*,³⁹⁵ *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*,³⁹⁶ *Fernández Ortega Vs. México*,³⁹⁷ y *Rosendo Cantú y otra Vs. México*.³⁹⁸

19. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional

En *Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, si bien la Corte señaló en su Sentencia de fondo que el reconocimiento de responsabilidad efectuado anteriormente por el Estado constituía una “contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana”, y reconoció que durante la audiencia pública el Estado manifestó “su profundo sentimiento de pesar por los hechos vividos y sufridos por la comunidad de Plan de Sánchez” y pidió perdón a las víctimas, a los sobrevivientes y familiares, como una primera muestra de respeto, reparación y garantía de no repetición, consideró apropiado que “para que dicha declaración rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición”, el Estado debía realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos ocurridos en este caso, y en desagravio de las víctimas. El acto debía realizarse en la aldea de Plan de Sánchez, donde ocurrió la masacre, con la presencia de altas autoridades del Estado y de los miembros de la comunidad y de las otras víctimas del caso, acto en el cual se debía dar participación a los líderes comunales. El Estado debía disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de dichas personas en el acto mencionado. Además, Guatemala debía realizar dicho acto tanto en el idioma español como en el idioma maya achí, y difundirlo a través de los medios de comunicación.³⁹⁹ En ese mismo acto el Estado debía honrar públicamente la memoria de las personas ejecutadas y tomar en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas.⁴⁰⁰

Una conclusión importante es que lo cultural está resurgiendo organizadamente en Guatemala, al grado que los sacerdotes mayas comienzan a ser reconocidos en varios lugares

³⁹⁴ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 165.

³⁹⁵ Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 77.

³⁹⁶ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 235.

³⁹⁷ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega Vs. México*, *op. cit.*, párrs. 228-230.

³⁹⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, *op. cit.*, párrs. 211-213.

³⁹⁹ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 101.

⁴⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 101.

del país, haciendo valer su derecho legal a existir. Las comunidades, al recuperar sus prácticas culturales y religiosas mayas, recuperan parte del poder que les fue quitado hace siglos y que la guerra de los años setenta y ochenta terminó de bloquear, especialmente a través de la violencia cometida contra los ancianos, ancianas, comadronas y los lugares sagrados.⁴⁰¹

En el caso *Moiwana Vs. Surinam* la Corte ordenó como una medida de satisfacción para las víctimas y garantía de no repetición de las graves violaciones de derechos humanos que ocurrieron, que el Estado reconociera públicamente su responsabilidad internacional por los hechos y emitiera una disculpa a los miembros de la comunidad. Este acto debía llevarse a cabo “con la participación del Gaanman, el líder del pueblo N’djuka, así como de autoridades estatales de alto nivel” y debía ser difundido a través de los medios de comunicación nacionales.⁴⁰² El referido acto debía ser organizado y financiado por el Estado.

En *Fernández Ortega y otros Vs. México*, la Corte tuvo a la vista un informe pericial en el que se indicó que para las comunidades indígenas de Guerrero, estado en el que la víctima vivía, tenía una especial importancia que el autor de una falta reconociera públicamente su acción. En particular, en tales comunidades indígenas el reconocimiento era el primer paso para la “sanación” de las afectaciones al tejido comunitario. Lo anterior fue determinante para que la Corte ordenara al Estado la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional.⁴⁰³

Esta medida de reparación también fue ordenada en los casos *Yakye Axa Vs. Paraguay*,⁴⁰⁴ *Escué Zapata Vs. Colombia*,⁴⁰⁵ *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*,⁴⁰⁶ *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*⁴⁰⁷ y *Rosendo Cantú y otra Vs. México*.⁴⁰⁸

Desde un punto de vista más epistemológico, la participación de las víctimas y comunidades en los procesos de reparación, así como la incorporación de elementos y prácticas culturales en la implementación de los diversos tipos de medidas, potencian el reposicionamiento de las identidades y saberes indígenas marcados por la exclusión. Estos

⁴⁰¹ Del Valle Cóbar, D., *Violencia política y poder comunitario*, ECAP, Guatemala, 2004, p. 175.

⁴⁰² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 216.

⁴⁰³ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega Vs. México*, *op. cit.*, párrs. 243-244.

⁴⁰⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 226.

⁴⁰⁵ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 177.

⁴⁰⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *op. cit.*, párr. 297.

⁴⁰⁷ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 248.

⁴⁰⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, *op. cit.*, párr. 226.

procesos nacen y a la vez fortalecen los movimientos que promulgan la re-apropiación de la cultura y la identidad en contra del neo-colonialismo de los saberes en América Latina. A partir de estos movimientos, se está recuperando el valor y sentido de aquéllos que han sido, en palabras de teóricos críticos poscolonialistas como Escobar,⁴⁰⁹ Mignolo,⁴¹⁰ Said⁴¹¹, “subalternizados”, pero es justamente desde este pensamiento y epistemologías de la periferia que nuevas concepciones se están gestando en contra de las grandes narrativas y sistemas de pensamiento eurocentristas, logocentrismo y antropocentrismo propios de occidente.

20. *Publicación y difusión en idioma indígena*

En el caso *Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, la Corte estimó que el Estado debía traducir al idioma maya achí la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la Sentencias de fondo y reparaciones dictadas por el Tribunal en el caso. Guatemala debía también disponer de los recursos necesarios para facilitar la divulgación de dichos textos y hacer entrega de los mismos a las víctimas del caso.⁴¹²

En *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte señaló que, como medida de satisfacción, el Estado debía publicar, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, ciertas secciones de la Sentencia emitida por el Tribunal en ese caso. Asimismo, el Estado debía financiar la transmisión radial del contenido de la Sentencia, en idioma enxet y guaraní o español, en una radio a la cual tengan acceso los miembros de la Comunidad Yakye Axa. La transmisión radial debía efectuarse al menos por cuatro ocasiones con un intervalo de dos semanas entre cada una.⁴¹³

En *Yatama Vs. Nicaragua*, la Corte ordenó la publicación y difusión de la Sentencia en términos idénticos a los expuestos en el caso anterior, sólo que también incluyó la orden de que el fallo se publique íntegramente en el sitio web oficial del Estado.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ Escobar, A., “Worlds and Knowledges Otherwise”, 21(2) *Cultural Studies* 179 (2007).

⁴¹⁰ Mignolo, W., “Introduction: Coloniality of Power and De-colonial Thinking”, en Mignolo, W. & Escobar, A., *Globalization and the Decolonial Option*, Routledge, London-New York, 2010, pp. 1-21.

⁴¹¹ Said, E., “From Orientalism”, en Williams, P. & Chrisman, L. (Eds.), *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*, Harvester Wheatsheaf, New York-London, 1993, pp 132-48.

⁴¹² Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 102.

⁴¹³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 227.

⁴¹⁴ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, *op. cit.*, párr. 252.

Se ordenaron publicaciones en idioma indígena y difusión por radio en los casos *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*,⁴¹⁵ *Escué Zapata Vs. Colombia*,⁴¹⁶ *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*,⁴¹⁷ *Tiu Tojín Vs. Guatemala*,⁴¹⁸ *Xámok Kásek Vs. Paraguay*,⁴¹⁹ *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*,⁴²⁰ *Fernández Ortega Vs. México*⁴²¹ y *Rosendo Cantú y otra Vs. México*.⁴²²

Las sentencias de reparaciones deberían asegurar un máximo de difusión posible entre las comunidades indígenas., incluyendo técnicas estratégicas y pedagógicas como recursos audiovisuales. La traducción al los idiomas nativos debe cuidarse igualmente. La difusión debe también alcanzar de manera adecuada a sectores no indígenas, para asegurar su reconocimiento.⁴²³

21. *Recuperación de la memoria colectiva*

En *Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, la Corte dispuso que el Estado debía entregar una cantidad determinada de dinero “para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas que fueron ejecutadas en la Masacre Plan de Sánchez”. Según el Tribunal, “[e]llo contribuirá a despertar la conciencia pública, para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso, y para conservar viva la memoria de las personas fallecidas”.⁴²⁴

En *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, la Corte ordenó que, con el propósito de preservar la memoria de Florencio Chitay Nech, víctima de desaparición forzada, en la comunidad a la que perteneció, el Estado debía colocar, en coordinación con las víctimas, en un lugar público significativo para los familiares, una placa conmemorativa en la que conste el nombre de Florencio Chitay y se haga alusión a las actividades que realizaba.⁴²⁵

⁴¹⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 236.

⁴¹⁶ Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 174.

⁴¹⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 197.

⁴¹⁸ Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrs. 106 a 108.

⁴¹⁹ Corte IDH. *Caso Xámok Kásek Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párrs. 298-299.

⁴²⁰ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párrs. 244-245.

⁴²¹ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega Vs. México*, *op. cit.*, párr. 247.

⁴²² Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, *op. cit.*, párr. 229.

⁴²³ International Center for Transitional Justice (ICTJ), *Truth and Memory. Strengthening Indigenous Rights through Truth Commission: A Practitioner's Resource*, New York, 2012, p. 53.

⁴²⁴ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 104.

⁴²⁵ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 251.

En *Moiwana Vs. Surinam*, la Corte ordenó al Estado construir un monumento que, según el propio Estado, estaría diseñado para conmemorar los hechos que ocurrieron en la aldea de Moiwana y para ser “un recordatorio para la nación entera de lo que sucedió y no deberá repetirse en el futuro”. El diseño y la ubicación del monumento debían ser resueltos en consulta con los representantes de las víctimas.⁴²⁶

Cuando se habla de la declaración de las víctimas en los procedimientos judiciales, sean éstos nacionales o internacionales, hay que tener en cuenta que la recolección del testimonio de las víctimas, si es realizada de manera adecuada y sensible a su cultura y situación personal, se traduce en fuente válida para establecer los hechos y contribuyen de manera efectiva a la identificación de posibles responsables, sin caer en la re-victimización del declarante. El mismo principio se aplica para los ejercicios de participación de las víctimas en las reparaciones, principalmente en aquellas de carácter colectivo. Para ello, sería necesaria una adecuada preparación del personal, con respecto la cultura y prácticas de la comunidad; acompañamientos psicosociales culturalmente sensibles también pueden ayudar mucho a nivel práctico, así como metodologías pedagógicas participativas adecuadas a la cultura, especialmente en los casos en que hay muchas víctimas involucradas.

Usualmente, estos procesos requieren fases de contacto en los que la confianza es un elemento crucial, y por ende, deben existir también fases o actividades de cierre, en las que se ofrezca una retroalimentación de los procesos. El acompañamiento psicosocial es fundamental en muchos casos, ya que puede servir además como intérprete cultural y apoyar en la creación de lazos de confianza para un trabajo más efectivo.⁴²⁷

22. Programas de vivienda, salud, producción, infraestructura y desarrollo

En *Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, el Tribunal consideró que, dado que los habitantes de Plan de Sánchez perdieron sus viviendas como consecuencia del ataque que sufrieron, el Estado

⁴²⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, *op. cit.*, párr. 218.

⁴²⁷ Por ejemplo, Beristain recoge el siguiente testimonio de una psicóloga: “Estamos trabajando en Rabinal, en el caso del destacamento militar, y la Fundación quiere realizar análisis de ADN y esto ha generado conflictos culturales, porque la gente no entiende por qué le van a quitar un pedacito a su muerto y ese pedacito va a desaparecer para siempre y su muerto ya no va a ser enterrado completo”. (Susana Navarro Psicóloga ECAP en Beristain, *op.cit.*, p. 522).

debía implementar un programa habitacional, mediante el cual se proveyera de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que residían en dicha aldea.⁴²⁸ En consideración al daño ocasionado tanto a los miembros de Plan de Sánchez como a los miembros de otras comunidades vecinas, el Tribunal dispuso que el Estado debía desarrollar los siguientes programas:

- a) estudio y difusión de la cultura maya achí en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar;
- b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal;
- c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable;
- d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y
- e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas, así como la formación del personal del Centro de Salud Municipal de Rabinal para que puedan brindar atención médica y psicológica, a las personas que se hayan visto afectadas y que requieran de este tipo de tratamiento”.⁴²⁹

En *Moiwana Vs. Surinam*, en atención a que la operación militar realizada en la aldea Moiwana destruyó la propiedad de sus habitantes y forzó a los sobrevivientes a huir, la Corte estimó que Surinam debería crear un fondo de desarrollo por el monto US \$1,200,000.00 (un millón doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América), que sería destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos programas debían ser determinados por un comité de implementación conformado por tres miembros: un representante designado por las víctimas, otro por el Estado y el tercer miembro sería designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado.⁴³⁰

En *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte observó que la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, así como las graves condiciones de vida a las que se vieron sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales debían ser valoradas por la Corte al momento de

⁴²⁸ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*, op. cit., párr. 105.

⁴²⁹ *Ibíd.*, párr. 110.

⁴³⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, op. cit., párrs. 214-215.

fijar las reparaciones.⁴³¹ De igual forma, “la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para la Comunidad Yakye Axa en particular, implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones”.⁴³² Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte, conforme a la equidad, ordenó al Estado la creación de un programa y el establecimiento de un fondo de desarrollo comunitario que serían implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad. El programa comunitario consistiría en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. El fondo de desarrollo comunitario estaría compuesto por un depósito de US \$950.000,00 (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), cuyo fin sería la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la Comunidad. Los elementos específicos de dichos proyectos debían ser determinados por un comité de implementación que, al igual que en el caso *Moiwana*, estaría integrado por un representante de los indígenas, otro del Estado y un tercero de común acuerdo.⁴³³

En *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* y *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, se ordenaron medidas de reparación idénticas, sólo que el fondo para la primera Comunidad ascendió a US \$1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América)⁴³⁴ y para la segunda a US \$700.000,00 (setecientos mil de dólares de los Estados Unidos de América).⁴³⁵

Es importante que en la implementación de las reparaciones se encuentren involucrados grupos y autoridades indígenas locales para que las reparaciones tenga un sentido de validación por parte de la comunidad.⁴³⁶ Como lo explica Giller:

“El gran peligro en proyectos como el nuestro es que en realidad dejar a la gente en una posición más vulnerable que antes, llevándolos a creer que sus maneras de hacer frente son de alguna

⁴³¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 202.

⁴³² *Ibid.*, párr. 203.

⁴³³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, *op. cit.*, párrs. 205-206.

⁴³⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *op. cit.*, párr. 224-225.

⁴³⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *op. cit.*, párr. 323.

⁴³⁶ Un ejemplo exitoso de esto ha sido *Canada's Assembly of First Nations* (AFN), que es una organización nacional que aportado elementos culturales muy valiosos a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá (ICTJ, *op. cit.*, p. 40).

manera inferior a los occidentales [...], donde la importancia del conocimiento indígena no se reconoce”.⁴³⁷

Sin adecuado seguimiento, a largo plazo, las intervenciones a corto plazo puede ser perjudiciales. La mejor manera de proporcionar asistencia a largo plazo es mediante la construcción de la capacidad local.

Finalmente, es preciso cuidar los tiempos de la implementación con los tiempos de la comunidad, sus tiempos y procesos de toma de decisiones. Igualmente, las reparaciones no están estáticas en el tiempo, las demandas de la gente varían de acuerdo a sus necesidades, a los tiempos en que se ha implementado o no las diversas formas de reparación. Si una medida ha tomado mucho tiempo en implementar, por ejemplo, es posible que las comunidades hayan encontrado mecanismos alternativos de solución y por ende, sus necesidades hayan cambiado, haciendo necesario readaptar la reparación ordenada o su forma de implementación.

En el caso *Escué Zapata Vs. Colombia*, la Corte indicó que “el rescate de la memoria del señor Escué Zapata debe hacerse a través de obras en beneficio de la Comunidad en la que él ejercía cierto tipo de liderazgo”. Para ello, el Tribunal estimó que el Estado debía destinar, la cantidad de US\$ 40.000,00 (cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a un fondo que llevara el nombre de Germán Escué Zapata, para que la Comunidad lo invirtiera en obras o servicios de interés colectivo, “de conformidad con sus propias formas de consulta, decisión, usos, costumbres y tradiciones, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región”.⁴³⁸

En *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte, luego de describir el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el Pueblo Saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, “no sólo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto de la conexión espiritual que el Pueblo Saramaka tiene con su territorio”, se refirió al “sufrimiento y la angustia” que el Pueblo Saramaka atravesó como resultado de una larga y continua lucha por el reconocimiento legal de su derecho al territorio, así como “la frustración respecto del sistema legal interno que no los protege contra violaciones a dicho derecho”. Todo ello fue calificado como una “denigración

⁴³⁷ Giller, J., “Caring for ‘Victims of Torture’ in Uganda: Some Personal Reflections”, en Bracken, P.J. & Petty, C. (Eds.), *Rethinking the Trauma of War*, Free Association Books, Londres, 1998, p. 142 (traducción de los autores).

⁴³⁸ *Ibíd.*, párr. 168.

de sus valores culturales y espirituales”.⁴³⁹ En tal sentido, y como una forma de reparación por las mencionadas alteraciones en el tejido comunal, la Corte ordenó, en equidad, que el Estado asignara la suma de US\$ 600,000.00 (seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América) a un fondo de desarrollo comunitario. Dicho fondo tendría como objetivo “financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka”.⁴⁴⁰

23. Garantías de seguridad

En el caso *Moiwana Vs. Surinam*, los miembros de la Comunidad no deseaban regresar a sus tierras tradicionales hasta que el territorio sea “purificado”, de acuerdo con los rituales culturales, y ya no tengan temor de que se presentaran nuevas hostilidades en su contra. Al respecto, el Tribunal indico que “[n]inguna de estas dos condiciones se presentarán sin que haya una investigación y proceso judicial efectivos, que tengan como resultado el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables”. Mientras se realizaran estos procesos, hasta su culminación, “sólo los miembros de la comunidad pueden decidir cuándo sería apropiado el regreso a la aldea de Moiwana”. Cuando los miembros de la Comunidad estuvieren satisfechos que se ha hecho lo necesario para que pudieran regresar, el Estado debía garantizar su seguridad. A tales efectos, la Corte dispuso que cuando los miembros de la Comunidad regresaran a dicha aldea, el Estado debía enviar representantes oficiales cada mes a la aldea durante el primer año, para realizar consultas con los residentes de Moiwana. Si durante esas reuniones mensuales los miembros de la comunidad expresaren preocupación en relación con su seguridad, el Estado debía adoptar las medidas necesarias para garantizarla, las cuales serán diseñadas en consulta estricta con los destinatarios de las medidas.⁴⁴¹

24. Programas de capacitación a funcionarios públicos

En el caso *Fernández Ortega Vs. México*, relativo a la violación sexual de una mujer indígena, la Corte dispuso que el Estado debía continuar implementando programas y cursos

⁴³⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, op. cit., párr. 200.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 201.

⁴⁴¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, op. cit., párr. 212.

permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual, que incluyeran una perspectiva de género y etnicidad. Dichos cursos debían impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero, estado en el que vivía la víctima, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones constituyeran la línea de atención primaria a mujeres víctimas de violencia.⁴⁴² Asimismo, la Corte consideró importante “fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de funcionarios de las Fuerzas Armadas sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos, a fin de evitar que hechos como los ocurridos en el presente caso se repitan”. Para ello, el Estado debía implementar un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos que incluyera, entre otros temas, los límites en la interacción entre el personal militar y la población civil, género y derechos indígenas, dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas, en todos los niveles jerárquicos.⁴⁴³ Estas órdenes fueron reiteradas por la Corte en el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*.⁴⁴⁴

25. *Riesgos*

Hasta aquí se ha analizado todos los posibles beneficios que tiene adecuar las medidas de reparación a los contextos y perspectivas culturales donde se llevan a cabo. Sin embargo, es imprescindible tener en cuenta algunos de sus potenciales riesgos o elementos que se deben cuidar en este tipo de procesos.

El diseño e implementación de reparaciones culturalmente sensible conlleva estudios especializados y adecuados a los contextos propios donde se produjeron las violaciones, de lo contrario existe el riesgo de generalizar las medidas de reparación, y pretender aplicar “recetas culturales”, (*si esto funcionó en la comunidad tal, aquí también funcionaría*), es preciso que exista una adecuación de las medidas según el contexto y las necesidades de cada caso.

⁴⁴² Corte IDH. *Caso Fernández Ortega Vs. México*, op. cit., párr. 260.

⁴⁴³ *Ibíd.*, párr. 262.

⁴⁴⁴ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, op. cit., párrs. 246 y 249.

Los elementos culturales en muchas situaciones de violación de derechos humanos, e incluso en ausencia de ésta, son susceptibles de ser manipulados, tergiversados y hasta politizados. Muchas veces ciertos argumentos que se basan en cuestiones de pluralidad cultural pueden convertirse en elementos que promueven una cultura de impunidad. En otros casos, se pueden tomar y dar por sentados ciertos aspectos culturales como si fueran estáticos en el tiempo, corriéndose el riesgo de perennizarlos; o se utilizan características culturales como estereotipos y de forma discriminatoria, sin analizar las causas estructurales de los problemas.

Otro riesgo, puede ser que muchos de estos grupos mantienen formas de participación y toma de decisiones que dejan por fuera total o parcialmente a subgrupos que pueden quedar en situaciones de vulnerabilidad, como niños, niñas y mujeres.

El cuadro a continuación sintetiza los principales beneficios de incorporar reparaciones culturalmente sensibles, así como los potenciales riesgos o los aspectos que es necesario cuidar en su proceso de implementación.

| Reparaciones culturalmente sensibles | |
|---|--|
| Beneficios | Aspectos que cuidar |
| Enfoques participativos e integrales | Riesgo de generalizar, requiere especificidad, adecuación de medidas según el contexto y las necesidades de cada caso. |
| Mayor legitimidad | Requiere estudios cualitativos y cuantitativos bien realizados (peritajes, análisis etnográficos, encuestas, etc.) |
| Mayor eficacia de las medidas reparativas | Puede re-victimizar, si no son adecuadas o se las usa para estigmatizar y discriminar. |
| Pueden servir para alcanzar reconciliación | Perennizar y justificar impunidad |
| Enfoques complementarios culturalmente (visión occidental- cosmovisiones indígenas) | Mujeres, niños, niñas y otros subgrupos pueden quedar invisibilizados |

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha descrito toda la jurisprudencia de la Corte en materia de pueblos indígenas y tribales, clasificándola en dos grandes grupos. El primero dedicado a la jurisprudencia en cuanto al fondo del asunto, es decir, las violaciones decretadas por la Corte de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El segundo, relativo a las medidas de reparación que se han dispuesto para mitigar, subsanar o indemnizar las violaciones decretadas, así como para prevenir futuras violaciones.

Las sentencias de la Corte Interamericana, por la manera en que han abordado los complejos casos de pueblos indígenas, y por la innovación y sensibilidad cultural de las reparaciones que ha ordenado constituyen *per se* una forma de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, de la historia de violencia de la han sido y continúan, en muchos casos, siendo víctimas. La flexibilidad y apertura por parte de la Corte para desarrollar una interlocución válida con los sistemas consuetudinarios ha permitido posicionar al Sistema Interamericano como uno de los sistemas pioneros y que mayores desarrollos ha alcanzado en este tipo de problemáticas; no en vano la Corte Penal Internacional y el Sistema Africano de Derechos Humanos han tornado su interés hacia las sentencias que produce este Tribunal, a manera de guía en cuanto buenas prácticas y desafíos que se esperan en casos de violaciones colectivas y con componentes étnicos de gran complejidad.

Como se indicó al inicio de este capítulo, la jurisprudencia de la Corte que se ha presentado es de suma importancia para los jueces y tribunales nacionales, no sólo porque las decisiones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento para los Estados condenados, sino que todas las instancias judiciales de la región deben ejercer un control de convencionalidad, que tome en cuenta tanto el tratado, esto es la Convención Americana, como la interpretación que la Corte ha hecho de él.

Es de resaltar nuevamente que la interpretación que la Corte ha realizado de las cláusulas convencionales ha pretendido traer a tiempo presente un tratado internacional que no estuvo diseñado para proteger concretamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. La Corte ha buscado, con éxito, integrar la Convención a los nuevos avances que se han producido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales de los Estados de la región. Temas como tierras y territorios indígenas, identidad

cultural, recursos naturales, lengua propia, y demás, han sido reconocidos por la Corte como elementos fundamentales para preservar y promover las culturas originarias y tribales de nuestro continente.

Estos esfuerzos de la Corte no son cuestiones acabadas (y no podrían serlo), sino que deben continuar realizándose en los futuros casos que lleguen a presentarse. Temas como el derecho o la justicia indígena, el vestuario, acceso o repatriación de objetos de culto indígena, y demás, son cuestiones que el Tribunal no ha podido pronunciarse por falta de casos o por falta de solicitudes de opinión consultiva.

El Tribunal, además, tiene aún pendiente clarificar cuestiones que no están completamente definidas. Por mencionar dos ejemplos, la titularidad de los derechos indígenas y la supuesta diferencia entre consulta y consentimiento. Se indicó en este capítulo que la Corte ha mantenido una posición reacia a reconocer que los pueblos y comunidades, como entes colectivos, son titulares de los derechos garantizados en la Convención. Únicamente los miembros de dichos pueblos son reconocidos por la Corte como los sujetos de derecho. Las pocas explicaciones de esta reticencia han provenido de votos particulares de ciertos jueces, pero el Tribunal en su conjunto no ha explicado los motivos que le han llevado a no otorgar derechos a las colectividades. La Comisión Interamericana, por su parte, continúa alegando en cada caso que los miembros del pueblo y el pueblo mismo son víctimas de violaciones a los derechos convencionales. Esperamos que la Corte en uno de los tres casos que tiene pendientes de resolver (*Norín Catriman*, *Masacres de Río Negro*, y *Sarayaku*) brinde algún explicación de su postura, o mejor aún, la modifique y siga la de la Comisión.

El segundo tema que requiere de mayor análisis es la diferencia entre consulta y consentimiento. Como se expuso líneas arriba, parecería ser que la Corte ha derivado un derecho al veto, y que los precedentes internacionales que supuestamente justificarían su decisión no muestran mayor contundencia. El caso *Sarayaku*, que muy probablemente se resuelva antes de que este libro se encuentre en manos del lector, será el caso que, esperamos, nos traiga luces.

En suma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una excelente labor en la fijación de estándares regionales para la protección de los derechos indígenas. Corresponde ahora que los Estados del continente respeten y sigan esos lineamientos, caso

contrario serán estándares de papel que nosotros seguiremos leyendo, pero los indígenas no los estarán viviendo.

Las reparaciones a los pueblos indígenas nos confrontan con los cuestionamientos ético-políticos más profundos que como sociedades atravesamos. En nada sorprende que las violaciones de derechos humanos a pueblos indígenas se den en contextos de exclusión social, estigmatización y discriminación. Estos son problemas que aquejan al continente americano desde su misma "fundación" y su pasado de violencia. Confrontar al Derecho, a los Estados, a las personas en general, a reconocer que ese pasado no está tan lejos, sino que se hace presente en cada uno de estos casos, sin duda no es tarea fácil. El dolor y el horror sufrido por las comunidades indígenas de los casos analizados nos confrontan a la penosa realidad de la exclusión y el racismo. Es obvio que la diferencia en el "otro" aún nos asusta y nos violenta, quizá nos duele reconocer que compartimos el pasado y las raíces con estos pueblos. América Latina es una, mestiza, negra, canela, de maíz, mar y montaña.