



Los Pueblos Indígenas de América en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Diana Marcela Torres Rojas

Paul Francisco Torres Rincón

LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Diana Marcela Torres Rojas

Paul Francisco Torres Rincón

Defensoría del Pueblo
Calle 55 No. 10-32
Apartado Aéreo 24299 Bogotá, D. C.
Tels.: 314 73 00 - 314 40 00
ISBN:

www.defensoria.org.co

Twitter @defensoriaCol

Bogotá, D. C., 2013

Lo expuesto en los artículos de esta edición es responsabilidad exclusiva
de sus autores.

Publicación editada en Bogotá D.C., Colombia, Diciembre 2013
Defensoría del Pueblo. Calle 55 No. 10-32 Tels.: 314 73 00
Bogotá D.C., Colombia

Jorge Armando Otálora Gómez
Defensor del Pueblo

Alfonso Cajiao Cabrera
Secretario General

Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Director Sistema Nacional de Defensoría Pública

Jorge Armando Otálora Gómez
Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Comite Editorial

Diana Marcela Torres Rojas
Paul Francisco Torres Rincón
Autores

Presentación

El texto **“Derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”**, que hoy nos presentan los jóvenes abogados DIANA MARCELA TORRES ROJAS Y PAUL FRANCISCO TORRES RINCÓN, es el resultado de un tarea investigativa esforzada y rigurosa.

La estructura, contenido y propuesta que presenta este trabajo, constituye un aporte valioso y un referente necesario en torno a las dificultades que se han presentado en el desarrollo, interpretación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas y tiene un mérito específico su fundamentación en la teoría y contenido jurisprudencial y casuístico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La relevancia jurídica de este texto radica en el análisis de la tensión existente entre el efectivo ejercicio del derecho colectivo a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas sobre el territorio que habitan, y el desarrollo económico de los Estados por medio de la explotación de los recursos naturales ya que, su ubicación coincide con la de los asentamientos de los pueblos indígenas, situación en la que, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales, se ha convertido en la piedra angular utilizada por las comunidades para exigir a los Estados y a las empresas que

realizan proyectos de exploración y explotación, la protección y garantía de los derechos a la vida, integridad personal, dignidad humana y propiedad colectiva, al punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo elevó a la categoría de Principio General del Derecho Internacional, no sin reconocer que tales derechos al no tener un carácter absoluto puedan ser restringidos, bajo requisitos de suyo exigentes.

El texto que presentamos analiza y desglosa de manera clara y sencilla los precedentes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo hincapié en la obligación internacional que asumió el Estado colombiano al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, consistente en adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Art. 2 Convención Americana de Derechos Humanos).

Los autores entregan una investigación con la que esperan contribuir con la realización de los derechos humanos de los pueblos indígenas, ya que como se evidencia en el planteamiento propositivo con el que finaliza el trabajo, la efectiva y proporcional incorporación en nuestro sistema jurídico y en nuestra realidad social de los pronunciamientos producidos por los organismos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Este documento va dirigido a estudiantes, servidores públicos, organizaciones no gubernamentales y líderes de las comunidades indígenas que tengan un especial interés en el saber y práctica de este conjunto vital de derechos.

Paul Torres y Diana Marcela Torres fueron estudiantes destacados y durante su paso por la Universidad encontraron y se empoderaron de espacios de reflexión, análisis, debate e investigación con la idea de aportar soluciones a la problemática y desafíos que nos ofrecen las sociedades modernas.

Los autores tuvieron participación muy destacada y meritoria en el Concurso Nacional de Derechos Humanos, organizado por la Defensoría del Pueblo y

USAID, el 17° *Inter-American Human Rights Moot Court Competition* organizado por *American University College of Law*, en *Washington D.C.*; la X Competencia Víctor Carlos García Moreno Procedimiento ante la Corte Penal Internacional organizado por Legis y la Universidad del Rosario. En todos estos escenarios sobresalieron por su conocimiento y compromiso en el estudio de los Derechos Humanos.

Tengo la plena seguridad de que sus reconocidos méritos y la calidad de este trabajo ofrecen un camino promisorio y un paso cierto en su demostrado compromiso y sensibilidad por la siempre necesaria causa de los derechos humanos.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Ex-Defensor del Pueblo
Ex-Presidente de la Corte Constitucional.

Presentación	5
1. Los pueblos indígenas en el escenario internacional	15
1.1. Sistema Universal de Naciones Unidas.....	15
1.2. Sistemas Universal de Naciones Unidas	17
2. Organismos especializados	19
2.1. Convenio 107 de la OIT. (1957)	19
2.2. Convenio 169 de la OIT (1989).....	20
2.3. Convención Internacional sobre la Eliminación	22
2.3.1. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) (1969).	23
2.4. Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992)	24
2.5. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	25
3. Decenio Internacional para los Pueblos Indígenas (1994).....	27
3.1. Primer Decenio Internacional para los Pueblos Indígenas	27
3.2. Segundo Decenio Internacional para los Pueblos Indígenas (2004).	29
4. La Conferencia de Examen de Durban.	31
4.1. El Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2001).....	32
4.2. Foro Permanente de sobre Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas (2002).	33
4.2.1. Examen Periódico Universal (2007)	35
4.3. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas	36
5. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	37
5.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	37

5.1.1. Informes de la CIDH.	39
5.1.1.1. Masacre de Caloto respecto de Colombia.	39
5.1.1.2. Caso Yatama respecto de Nicaragua	41
5.1.1.3. Pueblo Indígena Kuna de Madungandí y Emberá De Bayano y sus miembros respecto de Panamá.	42
5.1.1.4. Pueblo Indígena Xucuru respecto de Brasil.....	44
5.1.1.5. Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) de respecto Honduras.....	46
5.1.1.6. Comunidades Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos y sus miembros respecto de Chile	50
5.1.1.7. Pueblos Indígenas de Raposa Serra Do Sol respecto de Brasil.....	53
5.1.1.8. Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros respecto de Panamá	54
5.1.1.9. La Corte Interamericana de Derechos Humanos	57
5.2. Derecho a la vida e identidad cultural.....	57
5.3. Derecho a la Propiedad Colectiva – Derecho a la Consulta Previa.	61
5.3.1. Primer Caso. Los pueblos indígenas y/o tribales se encuentran en posesión del territorio	65
5.3.2. Segundo Caso. Los pueblos indígenas y/o ribales no se encuentran en posesión de sus territorios.....	66
5.3.3. Tercer Caso. La comunidad ha perdido involuntariamente la posesión de sus tierras y estas han sido trasladadas a terceros.	67
5.3.4. Restricción o limitación del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales	69
5.4. Derechos políticos	77
5.5. Derecho a las Garantías Judiciales y Protección Judicial	80
5.6. De la delimitación, demarcación y titulación de las tierras	81
5.7. Etnoreparaciones	84
10 Conclusiones.....	89
Bibliografía	93

La protección y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas ha despertado un gran interés por el sistema universal y los sistemas regionales de protección de derechos humanos, y con certeza gracias a ellos, se ha llegado a un avance en su reconocimiento como grupo eminentemente *diferencial*. No obstante es preciso discernir, que hoy por hoy, existe un gran camino hacia el total reconocimiento de sus derechos y ello por cuanto, si bien se ha avanzado en la jurisprudencia local e internacional, aún existen vacíos que impiden el verdadero *acceso a la justicia* como comunidad o grupo colectivo y no como un individuo, situación de *inure* que responde a su cosmovisión, sustancialmente diferente al pensamiento occidental.

Ahora, el camino a la reivindicación de estas comunidades, sin lugar a duda se encuentra supeditado por diferentes factores y actores, si se quiere, entre ellos, las empresas nacionales y transnacionales, las políticas públicas y los intereses estatales; problemáticas que controvierten un propósito jurídico del camino hacia la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, la formulación del presente proyecto de investigación se presenta en la siguiente pregunta: ¿Cuál es el alcance y la efectividad que han tenido los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de protección de los Derechos Humanos de los Pueblos indígenas?

El estudio de las decisiones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas, es de vital importancia para definir los alcances que se le han dado a los derechos de los pueblos indígenas consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos en adelante CADH y así, establecer de manera clara y precisa cuál es el tratamiento en materia de respeto, protección y garantía de los derechos que se les debe dar a estos pueblos por parte de los Estados en el marco del cumplimiento de las obligaciones internacionales a las cuales el Estado se ha sometido.

Para tal fin, es importante tener claridad respecto de cuáles derechos reconocidos en la CADH, la Corte ha declarado la responsabilidad Internacional de los Estados por su violación, y cuáles han sido las consideraciones hechas por esta para determinar la existencia de violaciones a derechos humanos de los pueblos indígenas, en los diferentes casos, de conocimiento de la Corte, y la Comisión en la emisión de informes.

De esta manera, la presente investigación pretende convertirse en una herramienta actualizada de consulta permanente y de utilidad práctica tanto para funcionarios del gobierno encargados de implementar por medio de políticas públicas las acciones afirmativas en pro de los pueblos indígenas, como para estudiantes y demás investigadores en el tema, dado que recopila y analiza los fallos en esta materia.

Por ello, el objetivo del presente trabajo no es otro que determinar el contenido, alcance y tratamiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El cual se cumplirá por medio de la identificación de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana referentes a derechos de los pueblos indígenas, la determinación en cada caso los derechos vulnerados a los pueblos indígenas, el análisis del contenido y alcance, establecido por la Corte para cada derecho, aclarando respecto de qué derechos la Corte ha determinado su carácter colectivo en tratándose de pueblos indígenas, para finalmente identificar la manera en que la Corte ha dispuesto la individualización de víctimas y de las presuntas víctimas de violaciones a derechos humanos, en los casos de comunidades indígenas.

En el marco de las funciones de los organismos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, –la defensa de los derechos humanos– ha sido revelada como el eje principal. En ese sentido tanto la Corte IDH como la Comisión IDH han avanzado en pronunciamientos que permiten la real protección de los derechos humanos y por ende contribuyan en el camino hacia el verdadero respeto de estos por parte de los Estados de las Américas.

De esta manera la Corte IDH con fundamento en diferentes instrumentos internacionales, tales como, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos indígenas - entre otros- , ha avanzado en la aplicación de los siguientes criterios: la realización de *la consulta previa, libre e informada, la obtención del consentimiento de la comunidad, la restitución de tierras, el daño cultural de los pueblos indígenas, etc.*

Ahora, atendiendo a la formulación del problema se señalan tres posiciones sobre la materia:

La primera, en donde se analiza una realidad jurídica del derecho internacional, para ser más exactos. su obligatoriedad. No resulta de poca importancia la naturaleza jurídica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y ello por cuanto, si bien, en principio la Corte Interamericana es un órgano jurisdiccional y por su parte la Comisión ostenta la calidad de cuasi-jurisdiccional, la ejecución de sus decisiones y recomendaciones, respectivamente, se encuentra supeditada a la voluntad de los Estados. Por consiguiente existe una brecha entre la eficacia de estos pronunciamientos frente al ordenamiento jurídico de cada Estado.

La segunda, en donde conforme al principio del derecho internacional *pacta sunt servanda* la CADH y la jurisprudencia emanada por la Corte IDH, en su condición de intérprete máximo de esta, obliga a los Estados parte, premisa que conforme al art. 1 y 2 de la CADH es una obligación internacional para los Estados en el entre tanto de respetar los derechos y garantizar su libre y pleno ejercicio. En ese sentido los avances del Sistema Interamericano en materia indígena cobran plena eficacia dentro de los Estados.

Por último, una tercera, en donde diferentes actores representan un gran papel a la hora de dar eficacia a los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano, conforme a los intereses económicos y por ende de desarrollo de los Estados.

Una vez culminada la investigación el proyecto plantea dar conocimiento de la misma a los actores, tanto activos como pasivos, relacionados en la protección de los derechos de los pueblos indígenas a nivel local. Para tal fin se espera socializar los resultados con el Ministerio del Interior y de Justicia, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría (organismos de control en el marco de la consulta previa) y las empresas que pretendan realizar un proyecto que directa o indirectamente genere impacto en un territorio indígena.

Acorde con los objetivos que plantea este proyecto, se prevé usar la información recopilada, para lectores no cualificados, que pretendan un interés en los derechos de los pueblos indígenas. Así se espera publicar una cartilla con fines ya sea académicos, profesionales o legales, en tratándose de la defensa de los derechos de la población indígena y de esta manera cooperar para que se tenga conocimiento de estos y puedan ser exigidos ante un juez *verbi gracia* al bloque de constitucionalidad.

Aunado al trabajo de investigación que conllevó la realización del presente trabajo, como autores del mismo, queremos de manera respetuosa expresar la profunda admiración que sentimos por el Señor Defensor del Pueblo Dr. Jorge Armando Otálora Gómez, jurista de carácter firme y decidido, quien se ha forjado en las encumbradas lides del derecho penal, quien hoy por hoy, preside y es titular de la magistratura moral del Estado colombiano, desde donde supervisa y guía los caminos por donde transitan los derechos humanos de los colombianos; al Dr. Esiquio Manuel Sánchez Herrera, jurista de probada ciencia e íntegro humanista a quien su noble espíritu engrandece y su sabiduría lo hace eterno, y por supuesto, al Dr. Jaime Córdoba Triviño, insigne jurista y maestro, quien aceptó presentar este trabajo y quien además ha contribuido a forjar y moldear nuestras jóvenes mentes como juristas, a ellos nuestra admiración, gratitud y profundo respeto.

1. Los pueblos indígenas en el escenario internacional

1.1. Pueblos Indígenas y Tribales

Para poder tener una mayor comprensión del presente trabajo, es importante definir y aclarar cuáles son las características de los pueblos indígenas y tribales y la manera como la Corte IDH los ha reconocido en su jurisprudencia, veamos:

El Convenio 169 de la OIT¹ establece disposiciones para el goce de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales; este Convenio no define cuáles son estos pueblos, pero sí describe sus características, ya que es a estos a quienes se les aplican las disposiciones del Convenio.

En el artículo 1.1.a) del Convenio se describe a los pueblos Tribales como aquellos que tienen estilos de vida tradicionales, esto es, que tengan una cultura y manera de vivir diferentes a otros sectores de la sociedad, y que se encuentren regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial, en palabras de la CoIDH los pueblos Tribales son: “un pueblo que no es indígena a la región, pero que

¹ Adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989. Aprobado por medio de la Ley 21 de 1991, *Diario Oficial* N. 39.720, marzo 6 de 1991.

comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”².

Acorde con esta definición la Corte IDH, ha considerado como pueblos tribales a los miembros de la comunidad Moiwana, Saramaka, debido a que estos pueblos no son indígenas a la región que habitan, sino que, siendo originarios de África fueron llevados forzosamente durante la época de la colonización a la región que hoy se conoce como Surinam, para esclavizarlos en las plantaciones. No obstante a ello, muchas de estas personas lograron escapar al bosque lluvioso en la parte oriental de la región, en donde se establecieron como comunidades nuevas y autónomas, y han sido conocidos como Bush Negroes o Maroons.

A renglón seguido en el artículo 1.1.b el Convenio define a los **pueblos Indígenas** como: “aquellos que descienden de poblaciones que habitaban el país (...) en la época de la conquista o la colonización (...) y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Estos pueblos son: “grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la autoidentificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos”³.

Respecto de los pueblos indígenas han sido numerosos los casos en los cuales la Corte se ha pronunciado de manera explícita respecto de los derechos de estos pueblos, tales como: Mayagna (Sumo) Awas Tigni, Yatama vs Nicaragua, Yakyé Axa, Sawhoyamaya, Xámkok Kásek vs Paraguay; de igual manera, existen casos que guardan estrecha relación

2 CoIDH. Caso Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párr. 79.

3 CoIDH. Caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo y sociólogo.

con los derechos de estos pueblos, pero que no han sido tratados por la Corte con un enfoque indígena, dentro de este grupo se encuentran: Chitay Nech vs. Guatemala, Tiu Tojín vs. Guatemala, Escué Zapata vs. Colombia, López Álvarez vs Honduras, Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Bámaca Velázquez vs. Guatemala, Cayara vs Perú.

De esta manera y atendiendo a las descripciones dadas de los pueblos indígenas y tribales, es importante señalar y establecer tal y como lo realizó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que “los pueblos indígenas y tribales y los miembros de estos son titulares de los mismos derechos”⁴, derechos que serán desarrollados a lo largo del presente trabajo, en lo que respecta a su contenido y alcance.

1.2. Sistema Universal de Naciones Unidas.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a nivel internacional ha sido precedido por procesos de sensibilización frente a su multiculturalidad, lo que ha implicado no solo el reconocimiento de sus derechos, sino además, el respeto y la garantía al uso y goce de los territorios que habitan y de los recursos naturales que se encuentran en estos.

Es así, como a partir de la segunda mitad del siglo XX la Organización de Naciones Unidas ha liderado campañas encaminadas a proteger y salvaguardar la existencia de estos pueblos en el mundo, por medio de la celebración de tratados, y la proclamación de declaraciones se ha construido el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Por esta razón a continuación realizaremos un recuento cronológico de estos instrumentos con la finalidad de resaltar los aspectos más relevantes referentes a los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

4 Comisión IDH Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 de diciembre 2009, párr. 34.

2. Organismos especializados

2.1 Convenio 107 de la OIT⁵. (1957)

Este Convenio fue adoptado el 26 de junio de 1957 por la Conferencia General de la OIT en su cuadragésima reunión. Por medio de este Convenio se dio inicio al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional, comprometiendo a los Estados al cumplimiento de las obligaciones establecidas en él. Es de vital importancia señalar que este Convenio fue redactado y adoptado con una visión asimilacionista que buscaba el abandono de las costumbres y tradiciones ancestrales de estos pueblos, integrándolos progresivamente en la vida moderna, pues se consideraba que estos estaban destinados a desaparecer.

El espíritu asimilacionista del Convenio se refleja en la redacción de sus dos primeros artículos:

Artículo 1:

“El presente Convenio se aplica: A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. (Subrayado no pertenece al original).

Artículo 2:

“Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países.

Los artículos precedentes evidencian, como fue mencionado anteriormente el carácter asimilacionista del Convenio de los pueblos indígenas y tribales a la vida de sus respectivos países, lo que implicaba la pérdida de sus culturas y tradiciones, buscando exterminar la existencia de sus culturas ancestrales.

5 Organización Internacional del Trabajo.

A pesar de lo anterior, el convenio 107 plantea por primera vez en la órbita internacional la importancia del reconocimiento, respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas, y planteó el interrogante a la comunidad internacional respecto de cuál debería ser el trato adecuado que los Estados deben brindarles a los pueblos indígenas y tribales, de manera que les permita a estos conservar sus tradiciones y culturas ancestrales, dicho en otras palabras continuar con sus diferentes formas de subsistencia y de relacionarse con el mundo.

El Convenio 107 fue ratificado por 27 países, y al transcurrir del tiempo y con una comprensión más profunda del tema y gracias al incremento de miembros de pueblos indígenas y tribales que participaban en foros internacionales, en 1985 la OIT decidió realizar una revisión del Convenio 107 buscando actualizar lo establecido en 1957, dándole una mayor importancia a la conservación de estos pueblos ancestrales, lo cual tuvo como resultado la adopción del Convenio 169, lo que representó un cambio significativo en la concepción, aceptación y respeto frente a los pueblos indígenas y tribales.

Con la adopción del Convenio 169 se cerró la posibilidad de ratificar el Convenio 107, aunque los países que aun no han ratificado el 169 deben continuar cumpliendo las disposiciones del 107.

Actualmente, el Convenio 107 continúa vigente para los siguientes 18 países: Bélgica, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Ghana, Haití, India, Egipto, República Árabe Siria, Pakistán, Portugal, Túnez, Malawi, Panamá, Bangladesh, Angola, Guinea-Bissau, Iraq⁶.

2.2. Convenio 169 de la OIT (1989)

Este Convenio fue adoptado el 27 de junio de 1989, por la Conferencia General de la OIT en su septuagésima sexta reunión y a diferencia del Convenio 107, basa la protección a los pueblos indígenas y tribales en el

respeto y garantía a sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias, buscando la prolongación en el tiempo de su existencia, a través de la conservación de su identidad, dándoles la posibilidad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo, marcando con ello la presencia constante del enfoque diferencial que se debe aplicar en el tratamiento a estos pueblos.

El Convenio entró en vigor en 1991 por medio de las ratificaciones hechas por los Estados de Noruega y México, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 38 del Convenio; actualmente los países que han ratificado dicho convenio son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, Chile, Venezuela, España y Nepal, lo que representa un significativo avance y en el reconocimiento, defensa y garantía de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a nivel internacional.

En el texto del artículo 2 del Convenio se evidencia el carácter garantista de este, pues establece obligaciones para los Estados de proteger y respetar la integridad e identidad de estos pueblos.

Artículo 2:

“1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos de los pueblos Tribales en países independientes oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los

miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.

En este Convenio quedaron plasmadas las formas por medio de las cuales los Estados deben garantizar los derechos de las comunidades indígenas y tribales, respetando sus culturas y diferentes formas de vida, asegurando así, su existencia, a través de la implementación de políticas y medidas de diversa índole que les permitan conservar todos los elementos que conforman su identidad.

Uno de los principales aportes que trajo consigo la adopción del Convenio fue la obligación para los Estados de realizar procesos de consultas a los pueblos indígenas y tribales de manera previa a la implementación de medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente. (Artículo 6 del Convenio).

La adopción de este Convenio marcó un hito de carácter internacional al establecer una verdadera y acentuada protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, imponiéndoles deberes y obligaciones a los Estados de respetar de manera efectiva la multiculturalidad de estos pueblos, y así reivindicar las violaciones que por siglos han sufrido.

La OIT no cuenta con mecanismos coercitivos que permitan obligar a los Estados a cumplir con las disposiciones del Convenio, ni sancionarlos por su incumplimiento, pero las disposiciones del Convenio sí han sido utilizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar y ampliar la esfera de protección de los derechos contenidos en la CADH y darle mayor alcance a sus pronunciamientos, tal y como se analizará más adelante.

2.3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (1965).

Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, por medio de resolución 2106 A, el 21 de diciembre de 1965, y entrada en vigor el 4 de enero de 1969, después de que se depositara la vigésimo séptima ratificación, tal y como lo establece su artículo 19.

En su artículo 1, señala que discriminación racial será toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. Del mismo modo establece que no se considerarán medidas de discriminación aquellas medidas especiales que se tomen con el fin de asegurar el adecuado progreso de grupos raciales o étnicos.

A la luz de la mencionada Convención, cuando la discriminación se encuentre basada en motivos de origen étnico, será catalogada como discriminación racial.

Para velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Convención y realizar recomendaciones u observaciones a los Estados para que adopten medidas en su derecho interno que permitan una materialización efectiva de estas se creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

2.3.1. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) (1969).

Fue el primer órgano creado por las Naciones Unidas para vigilar y examinar las medidas adoptadas por los Estados, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Este órgano se encuentra compuesto por expertos independientes que se encargan de supervisar la aplicación y cumplimiento por parte de los Estados parte de la Convención, según lo establecido por el artículo 8 de la misma.

Los Estados deben presentar un informe cada dos años o cuando el Comité lo solicite sobre las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención, de acuerdo al artículo 9 de la misma; de esta manera el Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”.

2.4. Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992)

El 22 de mayo de 1992, en el marco de la Conferencia de Nairobi se aprobó el texto de la Convención sobre la Diversidad Biológica, como resultado del trabajo mancomunado realizado entre el grupo de trabajo ad hoc de expertos sobre diversidad biológica y el grupo de trabajo ad hoc de expertos técnicos y jurídicos de Naciones Unidas. En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo celebrada en el mismo año, se dio apertura a la firma del Convenio, entrando este en vigor el 29 de diciembre de 1993 después de que se efectuara la ratificación número 30.

La finalidad de este convenio es la de preservar la diversidad biológica en el mundo. Sus principales objetivos son: conservar la biodiversidad, mejorar su utilización sostenible y garantizar la distribución equitativa de los beneficios derivados de la explotación de los recursos genéticos. (Artículo 1 del Convenio).

El artículo 8 literal (j) del Convenio establece que cada Estado parte en él se comprometerá a respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas, pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación con la aprobación y participación de quienes posean estos conocimientos y promoverá el reparto equitativo de los beneficios derivados.

De esta manera el Convenio establece la importancia de implementar la sabiduría ancestral de los pueblos indígenas en lo que respecta a la conservación de la diversidad biológica, el Convenio entiende que son estos pueblos los que han desarrollado un conocimiento más profundo del entorno natural que el resto de la población, y por lo tanto ese conocimiento debe ser implementado por el resto de la humanidad en la larga y difícil tarea de conservación del entorno natural. (Artículo 8).

2.5. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, con 143 votos a favor, 4 votos negativos (Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones. Hasta la fecha esta Declaración es el documento elaborado más completo sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Esta Declaración reconoce a los pueblos indígenas derechos individuales, colectivos y culturales, tales como, el derecho a la identidad, a la educación, a la salud, al empleo y al idioma; además del derecho a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones, a buscar su propio desarrollo determinado por sus propias necesidades e intereses, entre otros.

El contenido de esta Declaración se encuentra en armonía con lo establecido en otras normas internacionales que buscan la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tal y como lo hace el Convenio 169 de la OIT.

Se debe señalar que la Declaración no tiene fuerza jurídica obligatoria, pues se limita a reflejar el compromiso de los Estados en el avance del respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

3. Decenio Internacional para los Pueblos Indígenas (1994).

3.1. Primer Decenio Internacional para los Pueblos Indígenas

(Realizado entre diciembre de 1994 y el mismo mes de 2004).

El Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo fue proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/163, de 21 de diciembre de 1993, producto de una recomendación de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

Uno de los objetivos que persiguió la proclamación de este Decenio fue el fortalecimiento de la cooperación internacional para la solución de los problemas con que se enfrentan las poblaciones indígenas en cuestiones tales como los derechos humanos, el medio ambiente, el desarrollo, la salud, la cultura y la educación.

Así pues, se crearon oportunidades de participación directa de miembros de pueblos indígenas en diferentes órganos de Naciones Unidas, realizando reuniones intersectoriales de colaboración entre representantes de los pueblos indígenas y Naciones Unidas; estas reuniones les permitieron a los organismos comprender de una manera más amplia las metas que deberían perseguir los proyectos y programas dirigidos a las poblaciones indígenas. De igual manera en lo que se refiere a proyectos educativos durante este periodo existió un incremento en el programa de becas de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ya que, contó con el apoyo y participación de la OIT, la UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura), la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), y el UNITAR (Instituto de las Naciones Unidas para la Formación y la Investigación).

Durante este periodo se logró la conformación del Grupo Interdisciplinario de apoyo sobre cuestiones indígenas, cuya finalidad consiste en incentivar

la cooperación entre los diferentes órganos en temas indígenas y lograr diálogos productivos con el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas.

También se buscó incentivar y ampliar la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, acentuando su capacidad de decisión y participación en los temas que pueden afectarlos de manera directa, esto con la finalidad de respetar y conservar su identidad.

A lo largo del Decenio, se prepararon cuatro informes sobre importantes cuestiones indígenas, los cuales incluyen recomendaciones para la adopción de medidas por parte de la comunidad internacional en general y de los Estados en particular, con la finalidad de materializar los derechos y libertades de los pueblos indígenas:

- a) Sobre las poblaciones indígenas y su relación con la tierra.
- b) Sobre la protección del patrimonio de las poblaciones indígenas.
- c) Sobre la soberanía permanente de las poblaciones indígenas sobre los recursos naturales.
- d) Sobre los tratados, acuerdos y otros arreglos constitutivos entre los Estados y las poblaciones indígenas.

Por medio de la resolución 49/214 del 23 de diciembre de 1994, la Asamblea General de Naciones Unidas estableció el 9 de agosto como el Día Internacional de las Poblaciones Indígenas.

Dentro de los grupos de poblaciones indígenas que han participado en las actividades del Decenio por medio de informes remitidos a la Oficina de Naciones Unidas se encuentran las siguientes: el Consejo Internacional de Tratados Indios (Estados Unidos), el Gran Consejo de los Crees (Canadá), el Instituto para los Problemas de las Poblaciones Indígenas del Norte (Federación de Rusia), la Asociación Tamaynut (Marruecos), la Confederación India de Poblaciones Indígenas y Tribales (India) y Ocaprace Internationale (Camerún).

Como resultado implícito de la celebración del Decenio se encuentra que las poblaciones indígenas y tribales del mundo cuentan con mayores canales de participación a nivel internacional en los temas que los afectan directamente, por medio de la Organización de Naciones Unidas.

3.2. Segundo Decenio Internacional para los Pueblos Indígenas (2004).

Fue proclamado mediante Resolución 59/174 el 22 de diciembre de 2004, e inició el 1° de enero de 2005.

Dentro de los nuevos objetivos que se plantea este decenio, atendiendo a los importantes logros obtenidos durante el anterior decenio, se encuentran los siguientes:

- El fomento de la no discriminación y de la inclusión de los pueblos indígenas en la elaboración, aplicación y evaluación de los procesos internacionales, regionales y nacionales relativos a la legislación, las políticas, los recursos, los programas y los proyectos.
- El fomento de la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan directa o indirectamente a sus estilos de vida, tierras tradicionales y territorios, a su integridad cultural como pueblos indígenas que poseen derechos colectivos o a cualquier otro aspecto de sus vidas, teniendo en cuenta el principio del consentimiento libre, previo e informado.
- La redefinición de las políticas de desarrollo para que incluyan una visión de equidad y sean culturalmente adecuadas, con inclusión del respeto de la diversidad cultural y lingüística de los pueblos indígenas.
- La adopción de políticas, programas, proyectos y presupuestos que tengan objetivos específicos para el desarrollo de los pueblos indígenas, con inclusión de parámetros concretos, e insistiendo en particular en las mujeres, los niños y los jóvenes indígenas.

- La creación de mecanismos de supervisión estrictos y la mejora de la rendición de cuentas a nivel internacional y regional y particularmente a nivel nacional, en lo tocante a la aplicación de los marcos jurídicos, normativos y operacionales para la protección de los pueblos indígenas y el mejoramiento de sus vidas⁷.

En lo que respecta a los resultados de este decenio en el año 2011, se debe mencionar que de 2006 a 2011, el Fondo Fiduciario para las Cuestiones Indígenas ha aprobado un total de 102 proyectos con un predominio de los proyectos en Asia, África, Europa Central y del Este, Federación Rusa, Asia Central y Transcaucasia, América Central y del Sur y el Caribe⁸.

7 ONU. Foro permanente para las cuestiones indígenas. <http://social.un.org/index/indigenouses/Portada/SegundoDecenio.aspx>

8 ONU. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. <http://social.un.org/index/indigenouses/Portada/FondoFiduciario/Resultados2011.aspx>

4. La Conferencia de Examen de Durban⁹.

El objetivo de esta Conferencia es evaluar los avances alcanzados en el cumplimiento de las metas establecidas en la la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica en el año 2001¹⁰, y consagradas en la Declaración y el Programa de Acción de Durban¹¹.

El contenido de la Declaración y el Programa de Acción de Durban, se encuentra establecido por medidas y acciones cuya finalidad es combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, por medio de “el fortalecimiento de la educación, la lucha contra la pobreza, la garantía del desarrollo, el mejoramiento de los medios y los recursos disponibles para las víctimas del racismo, y el fomento del respeto al imperio de la ley y los derechos humanos”, con el propósito de que éstas, sean implementadas por los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales, y todas las instituciones que intervienen tanto directa como indirectamente en esta lucha.

En la Conferencia del Examen de Durban llevada a cabo del 20 al 24 de abril de 2009, en Ginebra, se realizó el estudio de los progresos hechos hasta el momento en la implementación de los instrumentos aprobados en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, y las Formas Conexas de Intolerancia, y se evaluó la aplicación de la Declaración y del Plan de Acción de Durban, se evaluó la eficacia de los actuales mecanismos de seguimiento, que se ocupan de la cuestión del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia; se intercambiaron prácticas óptimas en esta lucha y determinación de nuevas

⁹ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución A/RES/61/149 de 2006.

¹⁰ Durban, Sudáfrica. 31 de agosto a 7 de septiembre de 2001.

¹¹ A/CONF.189/12. Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001.

medidas e iniciativas concretas para combatir y eliminar estas acciones¹². Finalmente, del desarrollo de esta Conferencia se “concluyó con un acuerdo mundial con miras a lograr cambios reales en la lucha contra el racismo”.

4.1. El Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2001).

Esta Relatoría fue creada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el 2001; el primer relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas fue el profesor Rodolfo Stavenhagen, quien ocupó el cargo de 2001 a 2007.

En el año 2008, el Consejo de Derechos Humanos eligió al profesor James Anaya, como el nuevo relator especial sobre la situación de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, cuyo mandato fue renovado en el 2010 por un periodo de tres años, de igual manera el Consejo decidió cambiar el título del Relator al siguiente: “Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”¹³.

Las funciones de esta Relatoría fueron establecidas mediante Resolución 6/12 de 2007, algunas de estas funciones son: recolectar información y comunicaciones relativas a violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas; –formular recomendaciones sobre medidas para prevenir y solucionar estas violaciones; –trabajar en coordinación con otros procedimientos especiales y órganos de derechos humanos; –promover la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y demás instrumentos internacionales en la materia.

El desarrollo de las anteriores funciones lo realiza por medio de la expedición de informes anuales presentados al Consejo de Derechos

12 Documento Final de la Conferencia del Examen de Durban. http://www.un.org/spanish/durbanreview2009/pdf/Durban_Review_outcome_document_Sp.pdf

13 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/index.htm>

Humanos, cuyo contenido expone temas específicos sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas; –visitas a los países, siempre y cuando, el Relator cuente con una invitación especial del Estado, de esta manera el Relator obtiene conocimiento de cerca sobre la situación real en la que se encuentran los pueblos indígenas en cada Estado; –comunicaciones a los gobiernos, se surte después que el Relator reciba una comunicación sobre violaciones de los derechos humanos que afecten a los pueblos indígenas, si las denuncias o comunicaciones son de tal gravedad que requieran la intervención del Relator éste, enviara comunicaciones al Estado involucrado solicitando información sobre las denuncias recibidas y la solicitud de adopción de medidas preventivas; –seguimiento al cumplimiento de recomendaciones, en visitas informales que el Relator realiza a países a los que ha hecho recomendaciones con anterioridad, recolecta información de la sociedad civil, las organizaciones indígenas, las autoridades gubernamentales, entre otros, en relación con los avances en la implementación de sus recomendaciones.

La figura del Relator ha sido un importante instrumento para visibilizar la situación de los pueblos indígenas, así como también ha servido para abrir espacios de diálogo entre estos, los Gobiernos de los diferentes Estados y organizaciones internacionales.

4.2. Foro Permanente de sobre Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas (2002).

Este Foro fue creado mediante Resolución 2000/22¹⁴, por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, atendiendo a la recomendación hecha en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en junio de 1993, la cual señaló: “deberá considerarse la creación de un Foro Permanente para las poblaciones indígenas en el Sistema de Naciones Unidas, en la práctica es considerado como un organismo asesor de dicho Consejo.

Dentro de las funciones del Foro Permanente se encuentran:

14 Resolución 2000/22 de 28 de julio de 2000. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

1. Examinar las cuestiones indígenas en el contexto de las atribuciones del Consejo relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos;
2. Prestar asesoramiento especializado y formular recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al Consejo, así como a los programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas; y
3. Difundir las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promover su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas.
4. Preparar y difundir información sobre las cuestiones indígenas”¹⁵.

El Foro está integrado por 16 expertos independientes, que actúan a título personal; ocho de ellos son propuestos por los pueblos indígenas y ocho por los gobiernos. Los gobiernos pueden proponer a expertos indígenas, si así lo desean. El Foro se reúne durante el mes de mayo, por un periodo de 10 días cada año, en Nueva York o Ginebra, o en un lugar elegido por el Foro¹⁶.

Desde el 2002, el Foro se ha reunido ininterrumpidamente, tratando en cada reunión importantes y relevantes temas para los pueblos indígenas en el mundo, tales como salud, derechos humanos, desarrollo económico y social, educación, cultura, medio ambiente, papel de la mujer indígena en el mundo, objetivos del desarrollo del milenio y los pueblos indígenas, territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas, cambio climático, diversidad biocultural y los medios de vida, desarrollo de los pueblos indígenas y las cuestiones de cultura e identidad a la luz de los artículos 3 y 23 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la doctrina del descubrimiento y su repercusión duradera en los pueblos indígenas y el derecho a recibir reparación por conquistas del

15 Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/spanish/indigenas/2003/>

16 Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/spanish/indigenas/2003/>

pasado, artículos 28 y 37 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, juventud indígena: identidad, desafíos y esperanzas¹⁷.

4.2.1. Examen Periódico Universal (2007)

El Examen Periódico Universal, fue creado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 60/251 del 15 de marzo de 2006 y señaló el mecanismo del Examen en 2007¹⁸.

Con este Examen se busca evaluar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos por parte de los 192 Estados miembros de Naciones Unidas, realizando un examen periódico, cada cuatro años, con el fin de que los mismos Estados puedan avanzar, en lo que tiene que ver con la situación de derechos humanos existente en su territorio; en este sentido los Estados podrán informar sobre las acciones emprendidas en pro de los derechos humanos.

El Examen cumple con los siguientes objetivos: evalúa los desarrollos logrados y las dificultades a las que se enfrenta el Estado; comunicación sobre las buenas prácticas entre los Estados y otras partes involucradas; cooperación con las entidades de derechos humanos junto con la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos.

En la elaboración de este examen pueden participar organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales de derechos humanos, representantes de la sociedad civil, ONG, y defensores de derechos humanos, a través de la elaboración de informes referentes a la situación de derechos humanos de su país.

17 Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas. <http://social.un.org/index/Default.aspx?alias=social.un.org/index/indigenouses>

18 Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos. 18 de junio de 2007.

4.3. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas

A finales de 2007, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas estableció el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sustituyendo con este al Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas.

Su función principal consiste en asistir al Consejo de Derechos Humanos, como experto en materia indígena, a través de estudios e investigaciones temáticas; así como la realización de propuestas relativas al mejoramiento de los derechos de los pueblos indígenas.

El Mecanismo de Expertos integrado por cinco miembros independientes, quienes desempeñan su función por un periodo de tres años, se reúne una vez al año durante cinco días; estas reuniones se encuentran abiertas a la participación de representantes de pueblos indígenas, Estados, ONG, organismos y agencias de NU, etc. Estas sesiones constituyen un espacio para el debate sobre el alcance y contenido de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas por el derecho internacional, y sobre diferentes formas de avanzar en la implementación por parte de los Estados de estos derechos¹⁹.

5. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

5.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Cuando se ahonda sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), se encuentran dos órganos que lo conforman, esto es, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). No obstante, es preciso anotar que ambos presentan una naturaleza jurídica diferente, ya que cumplen funciones sustancialmente disímiles. Sin embargo, se advierte que ambas se desarrollan frente a la protección de derechos humanos, vértebra principal del SIDH.

En lo que respecta a la CIDH, es de resaltar que es el órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA), que se rige principalmente por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948 por la OEA²⁰, convirtiéndose así en el primer instrumento internacional de Derechos Humanos²¹, que por su parte, permitió el inicio formal del SIDH.

Sin embargo, es de gran importancia anotar, en este sentido, que la CIDH, tiene como fuente principal la Declaración, para aquellos Estados que no son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), pues, en tratándose de esta situación, su fuente principal será la CADH, y así lo ha entendido la Corte IDH al precisar:

“[...] Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus

20 La Declaración se aprobó “Novena Conferencia Internacional Americana” celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual también se adoptó la propia Carta de la OEA que proclama los “derechos fundamentales de la persona humana” como uno de los principios en que se funda la Organización.

21 Luego de aprobada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención, en contrario sentido, para los otros Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales (...). No obstante no por ello los Estados se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA”²².

En este sentido la CIDH ha estimado:

“Una vez que la Convención entró en vigor en un Estado, esta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la CIDH. Siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua (...)”²³.

Así, atendiendo a los derechos contemplados tanto en la Declaración como en la CADH, la Comisión a partir de su creación²⁴, ha tenido como función principal “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas”²⁵. Ahora bien, en un principio, se podría asentar en que la Declaración, contempla un componente de los derechos de los pueblos indígenas, esto es, específicamente el art. XIII del mencionado instrumento que al respecto precisa:

“Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad [...]”.

En opinión de quienes escriben, sería este el punto de partida para el avance en la protección de los derechos de los pueblos indígenas que ha sido desarrollado por parte de la CIDH y que si bien, ha encontrado cierto fundamento en informes temáticos, anuales y si se quiere, algunas visitas in Socus, este desarrollo

22 Cfr. Opinión Consultiva OC-10/89 (Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el contexto del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) del 14 de julio de 1989, párr. 46.

23 CIDH, Informe N° 03/01 (Admisibilidad), Caso 11.670, Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y Otros (Sistema Previsional), Argentina, 19 de enero de 2001, párrafos 41 y ss.

24 Para la creación de la CIDH ver; La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959.

25 Cfr. Estatuto de la CIDH, Arts. 18, 19 y 20.

se ha consolidado de mejor manera en los informes de fondo emanados por la CIDH. Así es preciso mirar el avance que se ha tenido al respecto.

5.1.1. Informes de la CIDH²⁶.

5.1.1.1. Masacre de Caloto respecto de Colombia²⁷.

Este informe²⁸ resulta de gran relevancia, y esto por cuanto es el primer caso donde la CIDH, realiza una interpretación de la CADH a la luz del Convenio 169 de la OIT, para dar mayor alcance a los derechos de los pueblos indígenas.

En palabras de la CIDH:

“(…) Los derechos presuntamente violados por el Estado colombiano bajo la Declaración se encuentran similarmente protegidos bajo la Convención y los hechos que dieron pie al reclamo de los peticionarios tuvieron lugar después de la entrada en vigencia de la Convención Americana para Colombia. Por lo tanto, la Comisión solo se referirá a las presuntas violaciones al Tratado y no a la Declaración.”²⁹

La Comisión considera necesario interpretar las obligaciones establecidas en la Convención Americana a la luz de las obligaciones especiales de protección de la vida, la integridad física, la propiedad,

26 A lo largo de la práctica de la CIDH, se han emitido más de 200 informes de admisibilidad y fondo; no obstante, para los efectos de la presente investigación solo se hará referencia a los que presentan mayor interés en el avance de los derechos de los pueblos indígenas.

27 Hechos: El 6 de diciembre de 1991 la Sociedad Agropecuaria Piedra Blanca Ltda. adquirió el predio “El Nilo” a sabiendas de que se encontraba habitado por indígenas que ejercían la posesión de una parte de la hacienda desde hacía aproximadamente cuatro años. Esta entidad intentó lograr que los indígenas abandonaran las tierras a cambio de una compensación por el valor de sus ranchos y las mejoras realizadas al predio. Tras el rechazo de la oferta, los indígenas comenzaron a ser víctimas de hostigamientos y presiones, incluyendo la destrucción de algunos de sus ranchos días antes de la masacre, con el fin de que abandonaran la finca. El 16 de diciembre de 1991 un grupo de individuos llegó a la casa principal de la hacienda “El Nilo” portando armas de uso privativo de la fuerza pública. Algunos tenían la cara pintada y otros cubrían su rostro con pasamontañas. Estos individuos obligaron a las víctimas a tenderse en el suelo en hilera, boca abajo, donde las ejecutaron.

28 CIDH. Informe de Fondo y Admisibilidad. N° 36/00. Caso 11.

29 Ibídem. Párr. 37.

la cultura, el medio ambiente y el trabajo de los pueblos indígenas o tribales previstas en el Convenio 169, la Carta Americana de Garantías Sociales y la resolución sobre la “Protección Especial de los Pueblos Indígenas”³⁰. (Subrayado del autor).

Es preciso mencionar que la CIDH, en esta oportunidad se refirió al Art. 29.(b) de la CADH, para interpretar el Convenio 169 de la OIT, de la siguiente manera:

“Los estándares interpretativos a ser empleados por la Comisión a la luz de los hechos del caso, implican referirse al artículo 29(b) de la Convención Americana la cual establece que ninguna disposición del Tratado puede ser interpretada de manera de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho reconocido en otra convención de la cual sea parte el Estado en cuestión. En este sentido corresponde señalar que Colombia es parte del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales”.

Resulta relevante hacer mención a este aspecto, ya que verbi gracia a este instrumento internacional, la CIDH determinó la presunta violación de los derechos consagrados en los arts. 4.1, 5.1, 8, 25 y 1.1 de la CADH por parte del Estado colombiano.

5.1.1.2. Caso Yatama respecto de Nicaragua³¹

En este informe de admisibilidad³², la CIDH analiza los hechos acaecidos al interior del Estado de Nicaragua, y se reiteran los aspectos de competencia frente a la CADH. Sin embargo, lo que presenta gran relevancia, es la determinación de las presuntas víctimas por parte de la CIDH. Al respecto este organismo estimó como presuntas víctimas a:

“Los candidatos a Alcaldes, Vicealcaldes y Concejales presentados por Yatama para las elecciones municipales del 5 de noviembre de 2000” [...]

Si se tiene en cuenta que las víctimas deben ser individualizadas, determinadas (nominadas), e identificadas, este aparte señalado, se presenta como un tímido aporte frente a lo que posteriormente sería desarrollado por la Corte IDH, en el requisito de la individualización de las víctimas.³³

Se hace la apreciación de tímido, porque en este informe la CIDH no realiza ningún criterio de fondo al respecto; no obstante, es de notar que no se determina a las presuntas víctimas por su nombre (como es la práctica de la CIDH), sino lo hace en mención de las presuntas violaciones. En este sentido, se recuerda, que los hechos de Yatama, hacían alusión a los derechos políticos de un partido político regional que significaba

31 Hechos: Yatama recibió personalidad jurídica como partido político regional; de esta manera decidió presentar candidatos en las dos regiones electorales la Región Autónoma del Atlántico de Nicaragua, para las elecciones de Alcaldes y Vicealcaldes municipales y miembros de los Concejos Municipales a celebrarse el 5 de noviembre de 2000. En lo que respecta a la Región Norte, se presentaron los candidatos en el plazo fijado, como lo establecía la ley de Nicaragua y estos no fueron objeto de impugnación y consecuentemente fueron publicados. Por su parte en la Región Sur Yatama decidió concurrir en alianza con dos partidos políticos regionales: El Partido Indígena Multiétnico (PIM) y el Partido de los Pueblos Costeños; ambos partidos finalmente desistieron de la alianza, para lo cual Yatama solicitó el 20 de julio- al Consejo Supremo Electoral una comunicación de carácter urgente solicitando que se le autorizara a participar en la RAAS individualmente, usando únicamente su denominación, emblema y lista de candidatos. A este llamado no se recibió respuesta. El 15 de agosto de 2000 el CSE dictó una resolución negando la inscripción de los candidatos planteados por Yatama tanto en la región Norte como Sur, con fundamento (i) en el incumplimiento por parte del Partido de los Pueblos Costeños del porcentaje de firmas que se exige a los partidos políticos para participar en los procesos electorales en la Ley Electoral de Nicaragua y (ii) que los candidatos presentados por Yatama no cubrían el porcentaje de municipios y candidaturas exigido por la Ley Electoral.

32 CIDH. Informe de Admisibilidad. N° 36/00. Caso 11.10.

33 Reglamento de la Corte IDH. Art. 35.

“organización de los hijos de la madre tierra”, y es en conexión a esto, que se determinan las víctimas, refiriéndose a los alcaldes, vicealcaldes, y concejales.

5.1.1.3. Pueblo Indígena Kuna de Madungandí y Emberá De Bayano y sus miembros respecto de Panamá³⁴.

En este informe de admisibilidad³⁵, la CIDH, presenta un gran avance en materia de los pueblos indígenas y su acceso al SIDH. Desarrollemos esta idea:

Como ya se había anotado, en el informe de Yatama, la CIDH teniendo como criterio determinante los derechos que se encontraban presuntamente violados o más precisamente, a la situación de facto; determinó a las presuntas víctimas. Sin embargo, en esta oportunidad la CIDH, avanza en esta materia, pues asume una individualización de las presuntas víctimas, teniendo como criterio principal, el aspecto cultural, esto es su identidad indígena.

Al respecto la CIDH estimó:

La violación de los artículos 2, 8, 21, 24 y 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio del pueblo Kuna de Madungandí y del pueblo Emberá de Bayano³⁶.

34 Hechos: En 1972 y 1976 se llevó a cabo el proyecto para la construcción de un complejo hidroeléctrico que consistía en una represa de “hormigón” en la intersección de los ríos Canita y Bayano, creando un embalse que cubriría aproximadamente 350 Km². (i) A los Emberá durante 1973 y 1977, el Gobierno los reubicó en las cercanías del río Mebrillo, al comprobarse que este lugar era inadecuado, fueron trasladados a sus actuales asentamientos de Ipeti y Piriati. A este pueblo se les prometió una compensación monetaria por la pérdida de sus cultivos, los cuales según indican, serían entregados por un período de tres años. Por otro lado (ii) el pueblo Kuna de Madungandí, fueron reubicados en tierras menos fértiles y de mayor altitud. El Gobierno acordó entregarles una compensación monetaria para indemnizarlos por la pérdida de sus cultivos, pero esta sólo era posible para aquellas personas que poseían un título de propiedad, lo cual era imposible para los miembros del pueblo Kuna, quienes concebían la tierra de forma colectiva.

35 CIDH. Informe de admisibilidad No. 58/09.

36 Ibídem.

En sentido contrario al informe de Admisibilidad de Yatama, en esta oportunidad la CIDH fundamenta su posición, al hacer referencia a las medidas provisionales de la Corte IDH, respecto a la Comunidad Jiguamandó y Curbaradó, San José de Apartadó y el Pueblo indígena Sarayaku³⁷, argumentando que:

“Los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano constituyen comunidades organizadas, ubicadas en lugares geográficos específicos, cuyos miembros pueden ser individualizados e identificados”.

Finalmente, es relevante mencionar que este es el primer informe en donde la CIDH individualiza como presunta víctima a una comunidad indígena, atendiendo a factores establecidos por la Corte IDH³⁸, avance que presenta gran interés en tratándose del enfoque diferencial que merecen los pueblos indígenas en su condición de tal.

37 Ver Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de marzo de 2003, considerando noveno; Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de junio de 2002, considerando octavo; Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de 24 de noviembre de 2000, considerando séptimo; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 149; Caso Pueblo Indígena de Sarayaku. Medidas Provisionales. Resolución de 6 de julio de 2004, párrafo 9.

38 Ver Caso de la Comunidad de la Paz de San José de Apartadó, Resolución de la Corte de 24 de noviembre de 2000. “ la comunidad de Paz de San José de Apartado [...] constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que por hecho de formar parte de dicha comunidad, todos sus integrantes se encuentran en una situación igual de riesgo de sufrir actos de agresión en su integridad personal y vida [...] ”

5.1.1.4. Pueblo Indígena Xucuru respecto de Brasil³⁹.

La CIDH en el Informe de admisibilidad N° 98 del año 2009, respecto del pueblo Indígena Xucuru, continúa en la misma línea expuesta anteriormente, esto es, la individualización de las víctimas teniendo en cuenta el componente cultural de una comunidad indígena. Empero en esta ocasión, el informe de la CIDH presenta un componente que permitiría entrar a un debate, en el entendido de una verdadera garantía a los pueblos indígenas.

Veamos:

“La petición indica como presuntas víctimas al pueblo indígena Xucuru y sus miembros, respecto a quienes el Estado brasileño se comprometió a respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana”⁴⁰.

Ahora bien, la pregunta que suscita es: ¿cuál es la diferencia entre el reconocimiento de las víctimas, como pueblo indígena o como pueblo indígena y sus miembros?

En un principio no parece haber una diferencia sustancial, y ello si se parte de la premisa principal, de que un pueblo indígena está compuesto por sus miembros.

No obstante, la lectura que permite la jurisprudencia de la Corte IDH, requiere un planteamiento mayor frente a una lectura netamente occidental, máxime si se atiende a la importancia que tiene el concepto de víctima en el SIDH.

39 Hechos: El proceso administrativo de demarcación del Pueblo Indígena Xucuru tuvo inicio en 1989, tras presiones del pueblo encabezado por su entonces jefe, Cacique Xicão. El Grupo Técnico de la Fundación Nacional del Indígena emitió un Informe de Identificación el 6 de septiembre de 1989, en el que se señala que el pueblo tenía derecho a un área de 26.980 hectáreas. La etapa siguiente habría sido concluida el 29 de mayo de 1992, para esa época, el procedimiento estaba reglamentado por el Decreto no. 22/91, y según los peticionarios, la mayoría (aproximadamente 70%) de la tierra indígena Xucuru estaba ocupada por no indígenas. El proceso de demarcación no tuvo avances entre 1992 y 1995, en virtud de diversas medidas administrativas, por su parte el proceso habría retrocedido, y la FUNAI repitió la identificación y delimitación de la tierra indígena Xucuru, que habría finalizado en 1995 e identificado un área de 27.055,0583 hectáreas. La presencia de los no indígenas presentó una tensión que culminó en las muertes de líderes indígenas importantes.

40 CIDH. Informe de Admisibilidad N°98/09. Párr. 27.

Si bien, el SIDH se edifica sobre la protección y defensa de los derechos humanos, es claro, que su jurisdicción se pone en marcha con la violación de los derechos humanos de la persona humana⁴¹. Ahora, es cierto que la CADH se postula sobre la defensa de los derechos humanos de la persona, no obstante, no menos cierto es que la jurisprudencia de la Corte IDH, —como se ha manifestado en este aparte— y los pronunciamientos de la CIDH, han estado en un constante avance de los derechos de grupos vulnerables que merecen la protección del Sistema. Este no sólo es el caso de los pueblos indígenas, sino de igual manera de otros grupos como lo son, la comunidad LGBTI, los derechos de los niños, los derechos de las mujeres, etc. Poblaciones que indudablemente conforman ese conglomerado de “ser humano”, pero que de igual manera, merecen una protección especial debido a su condición de vulnerabilidad.

Con este norte, la individualización de la víctimas como pueblo indígena, presta gran importancia.

Y es que si bien, la víctima —como se mencionó— es sobre la cual recae principalmente la violación de los derechos humanos, es de resaltar que es esta, la que finalmente recibe las reparaciones que se determinarían una vez se declare la responsabilidad internacional del Estado.

De acuerdo con lo anterior, la víctima que se determine por parte de la CIDH en el informe de fondo, presenta una doble connotación: i) será objeto de vulneraciones de sus derechos humanos y en ese sentido, ii) será la titular de la reparación ordenada por la Corte IDH.

Con esto podemos afirmar: No hay reparación sin daño, y no hay daño sin víctima.

Atendiendo a esto y acorde con la pregunta inicial, debemos anotar que desde el punto de vista de las reparaciones, el término de la comunidad indígena y sus miembros, parece ser contradictorio, pues en tratándose de los pueblos indígenas, las reparaciones merecen una consideración colectiva, concepto permitido, sí y solo sí, se analiza a la víctima como comunidad indígena. No obstante si se

41 Ver Preámbulo CADH.

atiende a la comunidad indígena y a sus miembros, se presentarían dos reparaciones disímiles, esto es, la reparación individual, y la reparación colectiva. Así pues, este informe deja abierta la posibilidad de obtener unas reparaciones de carácter colectivo y/o individual que puede reflejar, tanto un desmedro como un avance a la concepción de la comunidad indígena.

5.1.1.5. Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) respecto de Honduras⁴²

En este informe de admisibilidad⁴³, se presentan varios factores relevantes para el estudio de la presente investigación.

En un primer momento se resalta un aspecto que resulta particular — referente a los peticionarios— frente a los casos que se han estudiado. En la práctica de los informes de admisibilidad se hace mención a los peticionarios, ya sea como ONG, como una organización independiente, etc⁴⁴, sin embargo, no se hace mayor énfasis en la importancia de estos dentro del informe de admisibilidad.

En el caso de estudio, existe una serie de peticionarios conjuntos que allegan en representación del pueblo indígena Misikito. Si bien, pareciera no tener relevancia este aspecto, cuando se analiza el informe de admisibilidad, sí presenta una serie de inquietudes que se manifiestan a continuación:

42 Hechos: Los miembros del Pueblo Miskito (hombres, jóvenes e incluso niños) se vieron obligados a trabajar como buzos para empresas pesqueras en condiciones infrahumanas, sin la debida capacitación, garantías de seguridad y salud ocupacional, siendo víctimas de explotación laboral de parte de los propietarios y capitanes de las embarcaciones, ya que fueron obligados por sus patronos, bajo amenazas y en algunos casos a punta de pistola, a descender a mayores profundidades y a estar sumergidos por más tiempo, lo que ha ocasionado la discapacidad parcial, permanente e inclusive la muerte de miles de buzos. Un 47% (4.200) quedó lisiado como consecuencia del Síndrome de Descompresión, y como consecuencia de esto se vieron en la incapacidad de obtener un nuevo trabajo lo que permitió la pobreza extrema.

43 CIDH. Informe de admisibilidad. N° 121/09.

44 Artículo 23. Presentación de Peticiones. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 137 periodo ordinario de sesiones, 2009.

Si se parte de la idea de que se actúa en representación del pueblo indígena⁴⁵, es de esperarse que las violaciones de los determinados derechos, se aleguen en nombre del mismo pueblo y en esa lógica lo reconozca la CIDH. No obstante, ese no es el criterio que se sigue en este particular.

De acuerdo con el informe, la CIDH entiende a los buzos miskitos como presuntas víctimas. No obstante, acorde con la petición presentada se hace el siguiente énfasis:

“[...] Por la responsabilidad internacional del Estado de Honduras (en adelante “Honduras”, “el Estado” o “el Estado hondureño”), en perjuicio de los buzos del pueblo Miskito que habita el Departamento de Gracias a Dios y, en especial, respecto de 48 buzos individualizados”⁴⁶(Subrayado fuera del original).

Con esto, surge un primer cuestionamiento. ¿Cuál es la lectura que se debe dar al énfasis de en especial 48 buzos individualizados?

Conforme al estudio que se ha realizado, y siguiendo las tendencias que al respecto han sido asumidas por la CIDH, se pensaría que los peticionarios deciden en esta oportunidad, no albergar por pueblo indígena o pueblo indígena y sus miembros, sino plantear dos posturas, dando prelación a quienes se encuentran debidamente individualizadas.

No obstante, en criterio de quienes escriben, si bien se contempla como un criterio aceptable y estratégico [si se quiere], no presenta un fundamento coherente acorde con una real protección de los derechos de los pueblos indígenas, en un sentido de colectividad, y de una identidad no como miembros, sino como una comunidad indígena.

Ahora, este aspecto parece confirmarse en el cuerpo del informe, pues seguidamente se grafica la relación de violación de derechos y las presuntas víctimas presentada por los peticionarios:

45 Supra nota 42. Ver Párr.1 “El 5 de noviembre de 2004, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana”, “la Comisión” o “la CIDH”) recibió una denuncia presentada por la Asociación de Miskitos Hondureños de Buzos Lisiados (AMHBLI) [...], todos en representación del pueblo indígena Miskito.”

46 Ibidem.

Derechos reconocidos	Presuntas víctimas.
Art. 4 Derecho a la vida.	Los peticionarios individualizaron 26 personas
Art. 5 Derecho a la integridad personal (sufrieron síndrome de descompresión)	Los peticionarios individualizaron 22 personas
Art. 8 Garantías Judiciales	<i>Las presuntas víctimas</i> , porque habrían accionado en la vía administrativa y judicial, sin resultado y sufriendo retardo injustificado en el trámite de sus demandas.
Art. 17.1. Protección de la familia.	<u>Las presuntas víctimas</u> debido a la tragedia humana que viven los buzos discapacitados, sin recibir indemnización justa, sin seguridad social, sin posibilidad de rehabilitación y sin perspectiva para vivir de forma digna.
Art. 19. Derechos del Niño	Con respecto de Licar Méndez Gutiérrez, que fue sometido a condiciones de trabajo extenuantes y contrarias a su condición de menor y desapareció presumiéndose su muerte
Art. 24, 25 y 26. Igualdad ante la ley, protección judicial y derechos económicos, sociales y culturales	<u>Al pueblo Miskito</u> y sus miembros que se dedican a la pesca submarina, al no contar con la protección de ley y políticas públicas en materia de supervisión laboral en cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias para prevenir los accidentes laborales.

Referente a esto, es pertinente hacer la siguiente precisión:

En los informes anteriormente analizados, se afirmaba que no existe un criterio definido respecto a las situaciones en que la comunidad o el pueblo indígena, debe ser considerada “víctima”. Ahora la situación que se presenta en este informe, contrarresta con dicha posición, pues a pesar de no establecerse explícitamente un criterio, se considera que este se puede deducir frente a los alegatos que por su parte presentan los peticionarios, y la reflexión llevaría a una sola respuesta: el criterio para estimar como víctimas a un cierto grupo individualizado, determinado e identificado o a la comunidad indígena, depende (en este caso) de la violación de los derechos humanos.

Criterio por su parte bastante discutible en una lectura armónica de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Aunque no es pertinente ahondar en este aparte sobre esto, por cuanto será tema de estudio en el siguiente subcapítulo (avance de algunos derechos en materia indígena), sí es preciso hacer una mención en tratándose de la identidad cultural de los pueblos indígenas, pues ha sido —exclusivamente— este el factor determinante para estimar, por ejemplo en el caso del derecho a la integridad, que está íntimamente ligado con el derecho a la salud. Así lo ha afirmado el COMITÉ de los DESC, mencionando que “cuando se afecta la salud de un solo miembro de una comunidad indígena se está afectando la salud de toda la comunidad y por ende la integridad de la misma”⁴⁷ verbi gracia el concepto de integridad cultural.

Ahora, teniendo como referente este aporte, no se muestra conexión en el sentir de los peticionarios en este informe, pues como se anota, no se presenta al pueblo indígena miskito como presunta víctima, sino a los 22 miembros de la comunidad. En el mismo sentido, se pudo notar en lo que respecta al derecho a la vida (que podrá sustentarse mejor para el lector el siguiente acápite).

47 Corte IDH. Caso Vera Vera vs. Ecuador. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 19 de mayo de 2011 Párr. 43.

En síntesis, hasta el momento se pueden resaltar 3 posiciones:

- Asumir como víctimas al pueblo indígena, entendiéndolo como tutelar de los derechos humanos, advirtiendo que el SIDH, está edificado sobre la base de la protección de los derechos humanos de la persona humana.
- Asumir como víctimas al Pueblo indígena y sus miembros, aun con las vicisitudes que esto contempla en lo referente a la reparación colectiva e individual.
- Asumir como víctimas, para ciertos derechos al pueblo indígena y para otros a la Comunidad Indígena, teniendo como criterio la violación de los derechos humanos.

5.1.1.6. Comunidades Agrícola Diaguita de los Huascoatinos y sus miembros respecto de Chile⁴⁸

Este informe de admisibilidad⁴⁹, presenta aportes no solo desde el punto de vista de individualización, sino en conceptos de fondo, en lo respectivo a la consulta previa.

En un primer momento y en conexión con el estudio que se ha realizado –individualización de las víctimas–, este caso plantea una situación particular, por cuanto, conforme a los informes referidos en esta investigación, se trata de grupos indígenas y en ese sentido se presentan como presuntas víctimas.

48 Hechos: La Comunidad Agrícola de los Huascoatinos se integra por personas que descienden de las Comunidades indígenas Diaguita. Su estructura social se articula sobre la base de la ocupación ancestral del territorio y del desarrollo de actividades productivas, que se caracterizan por ser silvo-pastoril. Dentro de los deslindes generales de la Estancia de los Huascoatinos se procedió a mensurar a favor de particulares extraños a la Comunidad las Estancias Valeriano o Colorados con 87.332,985 hectáreas y la Estancia Chollay o Chañarillos con 50.712,108 hectáreas, propiedad de Nevada Ltda. en donde se emplazaría parte del proyecto Pascua Lama. En el año 2001, la Comisión Regional del Medio Ambiente, aprobó el proyecto “Pascua-Lama”, cuyo objetivo principal era la explotación de yacimientos de minerales de oro, plata y cobre, y la construcción de una planta en Argentina para producir metal doré (oro-plata). La comunidad no tuvo conocimiento alguno de la Evaluación Ambiental del Proyecto Minero Pascua Lama realizada en el año 2001, ni fueron convocados al proceso de participación ciudadana con ocasión del ingreso de dicho proyecto, de modo que no pudieron ejercer sus derechos. La enajenación de ese territorio exige la aprobación de la asamblea general de la Comunidad.

49 CIDH. Informe de Admisibilidad. N° 141/09

(Independientemente de las tres hipótesis a acudir que se hicieron referencia en el estudio anterior)

Sin embargo, es de resaltar que en el presentá caso se presentan como presuntas víctimas a la Comunidad agrícola Diaguita de los Huascoalinos y sus miembros.

Ahora, es preciso detallar que esta comunidad se integra por descendientes de las comunidades indígenas Diaguita, y en lo que atiende a su estructura social, se fundamenta (i) por la ocupación ancestral de su territorio y (ii) por actividades productivas, dedicada principalmente al pastoreo y la agricultura⁵⁰.

Con esto, surge la pregunta ¿Por qué presentar a la comunidad como una comunidad agrícola aun cuando parte de su cosmovisión depende de sus tradiciones netamente culturales?

El informe no ofrece más detalles para poder consolidar una respuesta frente a este cuestionamiento, no obstante, en criterio de quienes escriben, esta posición permite, por el momento, dejar algo cierto; y es que, con esta posición se abre la puerta a grupos, llámese minorías, grupos especiales o vulnerables, diferentes a los grupos indígenas, para solicitar un reconocimiento colectivo en tratándose de la violación de sus derechos humanos.

La viabilidad de esta posición pareciera un tanto arriesgada, por cuanto, como se verá, la Corte IDH ha avanzado en el reconocimiento de derechos colectivos como la propiedad, la integridad y en consecuencia las etno reparaciones, en tratándose, exclusivamente de pueblos indígenas y tribales. No obstante, se pone de presente este criterio, sin perjuicio del constante avance de la Corte IDH en su jurisprudencia en materia de derechos colectivos.

En un segundo aspecto, como se mencionó en este informe, la CIDH realiza aportes respecto del derecho a la consulta previa.

50 Ibídem. Párr. 7. “[...] la Comunidad Agrícola de los Huascoalinos está integrada por personas que descienden de las Comunidades indígenas Diaguita. Su estructura social se articula sobre la base de la ocupación ancestral del territorio y del desarrollo de actividades productivas, que se caracterizan por ser silvo-pastoril (...)”.

Es pertinente mencionar que a pesar del planteamiento que se realizó frente a la Comunidad Agrícola como presunta víctima, la CIDH realizó aportes en clave de los derechos de una Comunidad Indígena o Tribal, esto acorde con el Convenio 169 de la OIT, se traduce en la Consulta previa.

Al respecto;

“[...] La Comisión considera que el derecho de acceso a la información es uno de los componentes del proceso de consulta previa”⁵¹. (Cursiva fuera de texto).

Continúa la CIDH mencionando:

“[U]no 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 [y que] los Estados Miembros [tienen la obligación de garantizar que toda determinación] se base en un proceso de consentimiento previamente informado de parte del Pueblo indígena en su conjunto. Ello exige, como mínimo, que todos los miembros del Pueblo sean [plenamente] informados, [de manera precisa sobre] la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente en la CIDH”⁵². [...]

Finalmente, la Comisión observa que la falta de consulta a la Comunidad implicaría, asimismo, la falta de un mecanismo de participación colectiva conforme a la ley, mediante las formas tradicionales de organización y participación como pueblo indígena, en el proceso de participación ciudadana para la aprobación de estudios ambientales. En la presente petición, dicho proceso de participación política es de especial relevancia para la comunidad debido a los efectos que se alegan podría producir en el

51 Ibidem. Párr 60.

52 Ibidem. Tomado de CIDH. Caso No. 12.503, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice). 12 de octubre de 2004, párr. 142.

ejercicio de sus actividades económicas tradicionales, costumbres y formas de vida, asunto que será tratado en el fondo. Por lo tanto, la Comisión considera que dicha omisión tiende a caracterizar una presunta violación al artículo 23 de la Convención Americana⁵³. (subrayado del autor).

Como se puede notar, acorde con los pronunciamientos que realiza la CIDH en este informe, esta –la CIDH– asume a la Comunidad Agrícola Diaguíta de los Huascoalinos como una comunidad indígena, pues si bien, la menciona como tal, también hace referencia a criterios propiamente de estos pueblos como lo es la participación colectiva.

En una opinión personal, la CIDH, en este aspecto, se pronunció sobre temas cruciales como lo son determinar la calidad de indígena o tribal (en determinado caso), y con ello los derechos que por ende serían titulares como comunidad. Se considera que estos podrían ser aspectos del fondo del caso, no pertinentes en este informe máxime si se tiene en cuenta que se trata de un informe de admisibilidad⁵⁴.

5.1.1.7. Pueblos Indígenas de Raposa Serra Do Sol respecto de Brasil⁵⁵

Este informe de admisibilidad, más que presentar una novedad en aportes de los derechos de los pueblos indígenas, se manifiesta como la materialización de los pronunciamientos que se han venido dando por parte de la CIDH. Solo es

53 Ibidem. Párr. 60 y 62.

54 Reglamento de la CIDH. Art. 30.

55 En 1977, la Fundación Nacional de Asistencia al Indígena (“FUNAI”) inició formalmente el procedimiento de demarcación del territorio indígena de Raposa. Sin embargo, hasta la fecha de la presentación de la denuncia no han sido efectivamente implementadas medidas relacionadas a la delimitación, demarcación y titulación definitiva de su territorio; en particular, por falta de saneamiento territorial que permita el retiro de los ocupantes no indígenas del territorio indígena demarcado. La presencia continua de no indígenas en el territorio indígena de Raposa Serra do Sol ha producido una severa degradación ambiental que ha afectado el derecho a la vida, a la integridad y a un medio ambiente sano. Lo anterior también se ha visto perjudicado, por la falta de respeto al derecho a la propiedad de los pueblos indígenas de Raposa Serra do Sol, mediante la implementación de macroproyectos sin la debida consulta previa de los referidos pueblos indígenas y la utilización de agrotóxicos por los arrozceros que ocuparon el territorio indígena de Raposa Serra do Sol por muchas décadas. También se han provocado actos violentos, y demás actos que han interferido en sus creencias religiosas y creencias que tienen relación con el medio ambiente.

pertinente resaltar que a diferencia de los casos anteriores en esta oportunidad se hace relación a cinco pueblos indígenas como presuntas víctimas dentro del mismo caso.

En ese sentido;

“[...] La petición señala como presuntas víctimas a los pueblos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang y Wapichana y sus miembros”⁵⁶.

Al respecto, se precisa la importancia del aspecto cultural en una comunidad indígena. Pues a pesar, de tratarse de comunidades diferentes, todas contemplaban el mismo territorio, esto es, Raposa Serra Do Sol, lo que permitió que los peticionarios presentaran esta petición, no conforme a las comunidades indígenas como tal, sino al territorio, verbi gracia, el nombre del informe de admisibilidad.

En consecuencia, se puede afirmar que, en este caso, el criterio determinante para determinar las presuntas víctimas fue su relación con el territorio.

5.1.1.8. Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros respecto de Panamá ⁵⁷.

Este informe de admisibilidad⁵⁸ llama la atención por cuanto, se presentan varios aspectos de los mencionados en este escrito, no obstante, no pareciera encontrarse una consistencia en ellos. Analicemos:

En un primer momento, los peticionarios se relacionan como la “Organización Fraternal Negra Hondureña, en favor de las Comunidades

⁵⁶ Ibidem. Párr. 28.

⁵⁷ Hechos: En 1992, campesinos pertenecientes a la denominada Comunidad Río Miel habrían ocupado parte del territorio ancestral de la Comunidad, en especial, áreas destinadas a la producción agrícola. A partir de entonces, la Comunidad habría enfrentando un conflicto permanente con los campesinos ocupantes y se habría instaurado en la zona un clima de violencia y temor. Si bien el Estado entregó títulos de dominio pleno a la Comunidad Punta Piedra sobre sus territorios ancestrales, no han podido disfrutar de una parte importante del territorio, en razón de estar ocupado por la Comunidad Campesina Río Miel.

⁵⁸ CIDH. Informe de Admisibilidad N° 63/10.

Garífunas de Cayos Cochinos, Punta Piedra y Triunfo de la Cruz”⁵⁹ (resaltado fuera del original).

Así la CIDH, confirma:

[...]“La peticionaria alega que fueron violados los derechos de la Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros (en adelante la “Comunidad”, la “Comunidad Punta Piedra”, “Punta Piedra” o las “presuntas víctimas”) [...]” (negrita fuera del original).

Ahora, en un argumento lógico se podría afirmar que debe existir una identidad entre quienes son representados por los peticionarios, y quienes se presentan como presuntas víctimas.

A pesar de ello, de acuerdo con el Informe de admisibilidad, se precisa:

“La petición señala como presuntas víctimas a la Comunidad de Punta Piedra y sus miembros pertenecientes al pueblo garífuna”⁶⁰ (negrita fuera del original).

Y se reitera;

“Las presuntas víctimas comprenden los miembros de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra”⁶¹.

Entonces, ¿Cuál es el real criterio de víctimas que se acoge en este informe de admisibilidad?

Debido a la imprecisión que se asume respecto a entender como víctimas, a la Comunidad Garífuna, a la Comunidad Garífuna y sus miembros, o los miembros de la Comunidad Garífuna, sería irreflexivo mantener una postura, respecto al criterio que se determinó en este caso.

59 Ibidem. Párr. 1.

60 Ibidem. Párr.32.

61 Ibidem. Cita pie de página N° 11.

Ahora, en un momento se podría argumentar que fueron distintas las posiciones asumidas, distinguiendo la posición de la petición allegada a la CIDH, y el criterio de la CIDH en el informe de admisibilidad. No obstante, el tenor de dicho informe no lo permite por cuanto falta coherencia en este sentido.

Se podría mencionar en este respecto, que el tema de la individualización de las víctimas y el uso de su terminología, no fue el horizonte central de estudio por la CIDH, no obstante, como se ha advertido en este documento, este tema presenta una gran importancia al momento de determinar las violaciones de derechos humanos y en consecuencia las reparaciones.

Se deja a criterio del lector, la polémica que esto presentaría una vez se determine un informe de fondo y posteriormente sea debate en la Corte IDH. Fundamentalmente, si se tiene en cuenta, que de acuerdo con la Corte IDH, las presuntas víctimas que se determinen por la CIDH en el informe de fondo Art. 50 de la CADH, serán las que se tendrán como víctimas en el supuesto de que se declare la responsabilidad internacional del Estado⁶².

Finalmente, conforme a lo mencionado en este acápite, podemos insinuar las siguientes conclusiones:

- No existe un criterio concluyente a la hora de individualizar a las víctimas, bien por parte de los peticionarios, bien por parte de la CIDH en sus informes de admisibilidad y fondo.
- La individualización de las víctimas es determinante para estimar la violación de derechos humanos (en un contexto colectivo) y por ende las reparaciones en este mismo sentido. (reparación individual o colectiva).
- El criterio de colectividad, no se ha limitado en estricto sentido a pueblos indígenas. La CIDH ha estimado estos derechos

propios de los pueblos indígenas, para otras minorías como una Comunidad Agrícola, que preserva prácticas ancestrales.

- No se puede verificar una línea jurídica marcada por los informes de la CIDH, frente a la individualización de las víctimas ya sea como Comunidad o como Comunidad y sus miembros. En cada caso se ha dado un tratamiento particular.
- Es necesario una justificación en cada criterio asumido por la CIDH en diferentes informes, para no dejar en virtud del lector una hipótesis que no tenga la seguridad de acertar.

5.1.1.9. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH, en múltiples pronunciamientos ha ahondado en el concepto y alcance de los derechos de los pueblos indígenas, a la luz de la CADH, guiada por el respeto a sus tradiciones y costumbres ancestrales. A continuación analizaremos cómo la Corte ha protegido y garantizado los derechos de estos pueblos.

5.2. Derecho a la vida e identidad cultural

La Corte IDH, ha reiterado que el derecho a la vida es fundamental, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Sobre este particular la Corte ha expresado lo siguiente:

“(...) Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen”⁶³, de tal forma que la realización de este, su garantía y respeto por parte de los Estados no puede ser concebido de forma restrictiva⁶⁴.

63 CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005. Párr. 161; Caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Parr. 150 y 151. Caso Villagrán Morales y Otros (“Niños de la Calle”), 1999; Caso Bulacio, 2003; Caso Myrna Mack Chang, 2003; Caso del Instituto de Reeducción del Menor, 2004; Caso Huilca Tecse, 2005, Juan Humberto Sánchez 2003, párr. 110.

64 Voto Disidente de los Jueces Picado Sotela, Aguiar-Aranguren y Cançado Trindade. Corte IDH Caso

A partir del anterior criterio se han originado obligaciones a cargo de los Estados, veamos:

“(…) En su posición de garante y con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, [El Estado] debe generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana”⁶⁵. (Subrayado fuera del texto).

Empero, en tratándose de una comunidad indígena ¿cómo ha de entenderse esta obligación?

Respecto de una comunidad indígena, esta obligación exige un enfoque especial o diferencial⁶⁶ que se fundamenta en las formas particulares de organización social, cosmovisión propia diferente a la sociedad occidental⁶⁷.

Esto quiere decir, que el concepto del derecho a la vida de una comunidad indígena encuentra un vínculo directo con la estrecha relación que la comunidad guarda con los territorios ancestrales que habita y con los recursos naturales que allí se encuentran; siendo estos dos componentes (el territorio y los recursos naturales) los que integran su forma de vida y por tanto se convierten en un elemento integrante de la cosmovisión de la comunidad indígena. Esto permite asentar que esta concepción del derecho a la vida, relacionada con el territorio integra el concepto de la identidad cultural⁶⁸.

Atendiendo a esto, es menester mencionar que la identidad cultural es trascendental para determinar la cosmovisión de una comunidad indígena. Al respecto la Corte IDH la ha definido de la siguiente manera:

Gangaram Panday. Párr. 2-4.

65 Cfr. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” párr. 159

66 El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Naciones Unidas Derechos Humanos. Colombia. Pág. 77.

67 Cfr. Anaya, James. (2005), “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”, New York, Editorial Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, pp. 24.

68 Cfr. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Párr. 135. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párr. 118, y Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, párr. 120.

[...] Esta identidad se forma con el pasar del tiempo, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad⁶⁹; en el entendido de que los pueblos desarrollan y preservan sus culturas para entender y relacionarse con el mundo exterior, ante el misterio de la vida⁷⁰ [...].

Ahora bien, ¿cuál es la importancia que merece la identidad cultural en un contexto étnico?

En criterio de quienes escriben, este ha sido uno de los mayores avances en materia de derechos de pueblos indígenas y tribales, haciendo referencia, al aporte realizado por la Corte IDH, en entender la identidad cultural como un componente del derecho a la vida de una comunidad indígena, entendida esta como una clara manifestación del importante enfoque diferencial de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

En palabras de la Corte IDH:

[...]Consecuentemente, la preservación de la identidad cultural en una comunidad indígena merece tal importancia, como componente o agregado al derecho a la vida⁷¹; que si se afecta la identidad cultural inevitablemente se afecta el propio derecho a la vida de los miembros de la comunidad indígena⁷². (Subrayado fuera del texto).

Ahora bien, podemos mencionar entonces que la identidad cultural involucra:

- ❖ Las prácticas tradicionales y culturales de una comunidad indígena.
- ❖ La estrecha relación que existe con el territorio que habita.

69 Cfr. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. 29 de marzo de 2006. Voto razonado del Juez A.A. Cansado Trindade. Párr. 28.

70 Ibidem, párr. 4.

71 Cfr. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. 29 de marzo de 2006. Voto razonado del Juez A.A. Cansado Trindade. Párr. 4.

72 Cfr. Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Voto Disidente Conjunto de los jueces A.A Cansado Trindade y M.E Ventura Robles. Párr. 18

❖ El uso y el aprovechamiento de sus recursos naturales.

Tres aspectos que son parte fundamental de la cosmovisión de una comunidad indígena, debido al significado ancestral que tienen para el desarrollo de las prácticas que al pasar de los años les permiten construir una identidad propia.

Entendido esto, cabe preguntar ¿De qué manera se compatibiliza este derecho a la vida- identidad cultural respecto de proyectos de explotación y exploración de recursos naturales que involucren el territorio de una Comunidad Indígena?

La Corte IDH previendo esta situación, mencionó:

“Como lo dispone la jurisprudencia de la Corte IDH al mencionar que siempre que se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas⁷³, el Estado debe entregar a la comunidad indígena tierras alternativas de igual extensión y calidad”⁷⁴.

Así se debe precisar que la obligación del Estado es adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos naturales de la Comunidad Indígena, esto como primera medida. Sin embargo, si esto no fuera posible única y exclusivamente por motivos objetivos y fundamentados, el Estado debe entregar a la comunidad indígena tierras alternativas.

Entendiendo la importancia que tiene para una comunidad indígena el territorio, la Corte IDH ahonda más al respecto, mencionando que las tierras alternativas a ser provistas deben ser suficientes para la conservación y desarrollo de sus formas de vida⁷⁵, por tanto –en criterio de la Corte IDH– no basta con que existan otras propiedades disponibles, pues para

73 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. párr. 135.

74 Cfr. *Ibidem*. párr. 135.

75 CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 50, Recomendación 1.

el otorgamiento de estas deben tener ‘aptitudes agroecológicas, y ser sometidas a un estudio que determine su potencial de desarrollo por parte de la comunidad⁷⁶.

En este entendido y a modo de síntesis, debemos afirmar que conforme a los pronunciamientos de la Corte IDH, para la preservación de la identidad cultural de una comunidad indígena no es suficiente contar con una “extensión de territorio con calidad agrícola”, pues por medio de este se debe materializar una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros de una Comunidad⁷⁷; por ende, el desconocimiento del derecho ancestral al territorio, como lo desarrollaremos más adelante, afecta radicalmente la supervivencia misma de la Comunidad indígena⁷⁸.

En definitiva, se debe tener en cuenta que en lo relativo a un proyecto que afecte directa o indirectamente a una comunidad indígena, no solo se debe estimar la afectación del derecho a la propiedad (Artículo 21 de la CADH), sino también el derecho a la vida, en el entendido de que la identidad cultural es la base sobre la que se edifica y fundamenta la supervivencia, no solo de los miembros de la comunidad, sino, de la comunidad indígena como tal.

5.3. Derecho a la Propiedad Colectiva - Derecho a la Consulta Previa.

El artículo 21 (Derecho a la Propiedad Privada) de la Convención Americana establece que:

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

76 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 118.

77 Cfr. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Párr. 64

78 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. Párr. 144.

1. 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.
2. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Respecto de este derecho la Corte, por primera vez en el caso de la comunidad indígena Mayagna (Sumo) Awas Tigni⁷⁹, consideró que éste debe ser entendido no solamente en su dimensión individual sino, en un sentido amplio que permita incluir los derechos de los pueblos indígenas respecto del territorio que habitan en el marco de la propiedad comunal, reconociendo así, que la “propiedad y la posesión de las tierras en las comunidades indígenas tienen una significación colectiva, en el sentido que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino, en el grupo y su comunidad”⁸⁰.

La Corte ha reconocido el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, en los siguientes términos: “la propiedad colectiva de la tierra, 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 ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Esta 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”⁸¹; en el caso

79 Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

80 Corte IDH, Caso Sahoyamawa vs Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo reparaciones y costas. Caso Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua. Párr. 149.

81 Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Párr. 149. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia de 15 de julio de 2005. Párr. 133. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párr. 120. Caso Comunidad

de la comunidad indígena Yakye Axa la Corte amplió este concepto incluyendo otros aspectos fundamentales de la vida en comunidad de los pueblos indígenas y su relación con la tierra, entendiendo además que, las “tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores”⁸², también hacen parte de la estrecha relación que mantienen con el territorio que habitan, cuya conservación y respeto se da en mayor o menor medida según se reconozca, respete y garantice el derecho a la propiedad comunal del que son titulares estas comunidades. En últimas esta estrecha relación es, “un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática”⁸³.

En este primer fallo la Corte realizó un importante avance al reconocer que el derecho a la propiedad no se refiere únicamente a la propiedad individual, sino que en tratándose de pueblos indígenas y tribales, posee un carácter colectivo, el cual está dado por la estrecha relación que estos pueblos mantienen con el territorio que habitan, derecho respecto del cual los Estados tienen las obligaciones de carácter general emanadas de la Convención Americana como son, artículo 1, “el deber de respetar este derecho y de garantizar su libre y pleno ejercicio” y artículo 2, “adoptar disposiciones de derecho interno para que este derecho sea efectivo”.

En este punto es importante señalar la diferencia existente entre la relación de los pueblos indígenas y tribales con el territorio que habitan y las comunidades campesinas, ya que, tal como lo estableció la Comisión IDH la relación de las comunidades campesinas con esta se encuentra establecida

Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Párr. 135.

82 Cfr. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Párr. 154.

83 COIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 159.

“en virtud de su trabajo con la tierra”⁸⁴, situación diferente a la de los pueblos indígenas y tribales, pues su relación con la tierra es de carácter cultural, precisando que estos “mantienen sus formas de vida tradicionales basadas en un vínculo especial con sus tierras y territorios”.

La Comisión Interamericana de manera concordante con lo preceptuado por la Corte, sobre la relación que mantienen los pueblos indígenas y tribales con el territorio que habitan ha señalado que “el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de estas comunidades y de la efectiva realización de sus derechos humanos”⁸⁵, en el mismo sentido la Comisión ha afirmado que esta relación es “fundamental tanto para la subsistencia material como para la integridad cultural de estos pueblos”⁸⁶.

Es importante realizar las apreciaciones respectivas en lo concerniente a la forma en que se desarrolla el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, reconociendo que la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, determinan la manera como estos usan y gozan del territorio que habitan, por lo tanto negar la relación existente entre la supervivencia de los pueblos indígenas y el territorio que habitan sería tanto como “sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”⁸⁷.

En lo que respecta, a las diferentes situaciones en las cuales la Corte ha reconocido y tutelado el derecho a la propiedad comunal o colectiva de estos pueblos, es importante aclarar y diferenciar los casos y circunstancias que han tenido lugar al respecto, ya que como lo aclaró la Corte en el caso del Pueblo Indígena de Sarayaku vs. el Estado del Ecuador, la existencia de esta relación se puede determinar de dos

84 CIDH. Acceso a la inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/Ser.L/V/ II. Doc. 34, 28 junio 2007, párr. 231.

85 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del distrito de Toledo (Belice). De 12 de octubre de 2004. Párr. 114.

86 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. 30 de diciembre de 2009. Párr. 56.

87 COIDH. Caso Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párr. 120.

maneras: i) según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre⁸⁸, y ii) la posibilidad de la relación con las tierras⁸⁹⁹⁰. Veamos:

5.3.1. Primer Caso. Los pueblos indígenas y/o tribales se encuentran en posesión del territorio

En el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, el Estado nicaragüense otorgó una concesión para la explotación maderera a una compañía de carácter privado, en el territorio habitado por la comunidad Mayagna, la mencionada concesión se otorgó sin haber realizado el proceso de consulta previa con la comunidad.

En este caso la comunidad se encontraba en posesión del territorio que habitaba ancestralmente, motivo por el cual la Corte manifestó que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas pudieran obtener el reconocimiento oficial de la propiedad y el consiguiente registro de esta.

De lo anterior se concluye que la posesión ejercida por los pueblos indígenas sobre sus territorios equivale al título legal de propiedad sobre ese territorio y debe bastar para su reconocimiento por parte del Estado, buscando con ello que este garantice, respete y proteja el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas.

Con ello, la Corte también entendió, respetó, protegió y garantizó la estrecha relación de estos pueblos con el territorio que habitan, señalando que estos y sus miembros, por el solo hecho de encontrarse establecidos en esas tierras poseen legitimación ancestral sobre las

88 Por ejemplo, el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura.

89 Implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales.

90 COIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 148.

mismas y que no necesitan de trámites ordinarios establecidos en las legislaciones nacionales para demostrar y acreditar la titularidad de estos territorios.

5.3.2. Segundo Caso. Los pueblos indígenas y/o tribales no se encuentran en posesión de sus territorios

Resulta de gran interés el análisis de esta situación, pues se refiere al derecho que tienen los pueblos indígenas y tribales sobre territorios que no habitan y, por lo tanto, no ejercen posesión sobre los mismos.

Para tal fin es pertinente analizar el caso Moiwana, cuyos hechos se desarrollaron de la siguiente manera: en el año de 1986 se efectuó una operación militar en la aldea Moiwana ubicada en el Estado de Surinam, donde agentes del Estado asesinaron a 39 miembros de la comunidad, entre los que se encontraban niños, mujeres y ancianos; en la misma operación quemaron y destruyeron la propiedad de la comunidad, obligando a los sobrevivientes a huir de su territorio, generando un desplazamiento forzoso de los miembros de la comunidad, e impidiéndoles retornar a sus tierras tradicionales.

Los miembros de este pueblo, representados en la comunidad N'djuka, se encontraban imposibilitados para ejercer la posesión respecto de su territorio, debido a la perpetración de fuertes e inhumanos actos de violencia en contra de la vida e integridad de los mismos. No obstante a ello, la Corte consideró y estableció, que los miembros de este pueblo continuaban siendo los titulares del derecho a la propiedad comunal de la tierra. De esta manera la Corte determinó que cuando por causas ajenas a la voluntad de los miembros de la comunidad estos hayan tenido que abandonar el territorio que han habitado tradicionalmente, mantienen el derecho de propiedad sobre este, aun a falta de título legal.

En este especial caso, la Corte hace el reconocimiento de la relación que vincula a estos pueblos con el territorio en el cual se desarrollan sus vidas materiales y espirituales, así no estén en posesión del mismo, ya que, cuando la relación se

torna de carácter espiritual implica que esta se hace indisoluble a pesar del paso del tiempo, pues el adecuado desenvolvimiento espiritual implica una relación en paz con sus tierras; por lo tanto, el vínculo permanece y se extiende en el tiempo.

5.3.3. Tercer Caso. La comunidad ha perdido involuntariamente la posesión de sus tierras y estas han sido trasladadas a terceros.

La tercera situación se refiere a los casos Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xámok Kásek, contra el Estado paraguayo, estos casos comparten entre sí sus antecedentes, ya que a finales del siglo XIX empresarios británicos adquirieron por medio de la bolsa de valores de Londres grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo, las que se encontraban habitadas por estos pueblos indígenas. De esta manera se dio inicio a la ocupación por parte de personas no indígenas de los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas de la región, y con el pasar del tiempo estos asentamientos incorporaron a sus labores la mano de obra de los indígenas, convirtiéndolos en peones y empleados de los nuevos propietarios, lo que generó una ruptura en sus tradiciones, la cual tuvo como consecuencia la sedentarización de la comunidad, poniendo en peligro la existencia de las tradiciones, formas de vida y la existencia de la comunidad misma.

Debido a lo anterior, la Corte consideró que los miembros de estas comunidades estaban facultados para presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, ordenándole al Estado identificar estos territorios y reintegrarlos a las comunidades de manera gratuita. Por lo tanto, los miembros de los pueblos indígenas que hayan perdido involuntariamente la posesión de sus tierras y estas hayan sido trasladadas a terceros, tienen derecho a recuperarlas o a recibir otras de igual extensión y calidad. Estas medidas ordenadas por la Corte se encuentran en plena concordancia con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Las anteriores son las situaciones en que la Corte Interamericana ha reconocido y amparado el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, respetando la relación espiritual, ancestral y de supervivencia que existe entre estos pueblos y el territorio que habitan, recalando que no existe una sola forma de ejercer el derecho a la propiedad consagrado en la Convención Americana, de acuerdo a las particularidades que reviste este derecho en tratándose de pueblos indígenas.

Aunado a lo anterior es importante aclarar tal y como lo hizo la Corte en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa que “no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros”⁹¹, con lo anterior la Corte aclara que pueden llegar a existir restricciones al derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, entendiendo que este al igual que los demás derechos reconocidos en la Convención ADH no es un derecho absoluto y por tanto puede estar sometido a restricciones.

En este sentido, el artículo 21 de la Convención ADH es claro al establecer que “la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social”, tanto así, que la Corte ha establecido un “test de proporcionalidad”⁹², que permite dilucidar la existencia e intensidad de los elementos presentes en este, y así, limitar o restringir en determinadas circunstancias un derecho reconocido en la CADH.

Las pautas que definen el mencionado test son:

- a) La limitación debe estar establecida en una ley.
- b) Deben ser necesarias.
- c) La limitación debe ser proporcional.
- d) Y debe hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁹³.

91 Caso Comunidad Indígena Yakye axa vs. Paraguay. Párr. 149.

92 Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 51.

93 Ibíd.

En este sentido, al referirse a la restricción o limitación al derecho a la propiedad la Corte ha establecido que “esta debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, limitarse a los casos y las formas establecidas por la ley”⁹⁴, y en un caso subsecuente la Corte determinó que en caso que se pretenda limitar o restringir el derecho a la propiedad se debe dar cumplimiento estricto a las causas señaladas en el artículo 21 de la Convención; por lo tanto, se debe analizar si las restricciones se ajustan a los siguientes criterios:

- a) Utilidad pública o interés social;
- b) Pago de una justa indemnización⁹⁵.

Las anteriores disposiciones han sido establecidas por la Corte para los casos en que se pretenda limitar o restringir el derecho a la propiedad privada individual de los ciudadanos de los Estados parte en la Convención; sin embargo, el objeto del presente trabajo busca desarrollar las pautas establecidas por la misma Corte cuando lo que se pretenda limitar o restringir sea el derecho a la propiedad comunal o colectiva de los pueblos indígenas y tribales, pues dadas las características especiales que rodean a este, su limitación y restricción también responde a unas particularidades propias del contenido y alcance del derecho a la propiedad en su dimensión colectiva.

5.3.4. Restricción o limitación del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales

En este tema, la Corte ha establecido un triple estándar el cual debe ser aplicado cuando los Estados pretendan limitar o restringir el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, compuesto por:

94 Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Reparaciones y costas. Párr. 128.

95 Caso salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Excepción Preliminar y Fondo. Párr. 66.

- ❖ La realización de evaluaciones previas del impacto ambiental y social.
- ❖ La realización de consultas con las comunidades afectadas y
- ❖ Cuando se trate de planes de inversión o desarrollo a gran escala obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades según sus costumbres y tradiciones.
- ❖ Compartir los beneficios del proyecto de manera razonable con las comunidades.
- ❖ Analizar si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de modo que ponga en peligro la subsistencia del grupo y sus integrantes”⁹⁶.

A continuación analizaremos cada uno de los componentes de este triple estándar, en lo que tiene que ver con su contenido, características y forma de aplicación.

a) Estudios previos de impacto social y ambiental

La efectiva realización de estos estudios debe ser entendida como “un requisito bajo el derecho internacional general, (...) cuando exista el riesgo de que la actividad industrial propuesta genere un impacto adverso significativo”⁹⁷, su objetivo es “evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión”⁹⁸ y así, asegurar que los miembros de las comunidades conozcan los posibles riesgos del proyecto, incluidos los ambientales y de salubridad, y basándose en estos puedan decidir sobre la aprobación o no del proyecto.

De igual manera la conclusión de estos estudios debe tener lugar de “manera previa al otorgamiento de la concesión”⁹⁹, y a “lo largo de la vida del proyecto

96 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 129. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Panamá. Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros. Resolución del 28 de mayo de 2010. Párr. 18. Comisión IDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. 30 de diciembre de 2009. Párr. 235.

97 CIJ, Caso de las Papeleras en el río Uruguay, Argentina c. Uruguay, párr. 204.

98 Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Interpretación de la sentencia. Párr. 41.

99 Ibíd. Párr. 41.

debe realizarse un monitoreo continuo de sus efectos en el medio ambiente”¹⁰⁰. Con la finalidad de garantizar un resultado objetivo y acertado de estos, su realización debe estar a cargo de “entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado”¹⁰¹.

Aunado a lo anterior y con el objetivo de que estos sean íntegros y permitan una mayor y acertada comprensión del impacto que se va a causar en las comunidades estos estudios deberán analizar “el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos”¹⁰² con la finalidad de poder determinar si la acumulación de los efectos causados y los que se pretenden causar comportan una amenaza para la subsistencia de los pueblos indígenas o tribales que habiten la región o el territorio en donde tendrá lugar la ejecución del proyecto.

Respecto de este punto el artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, realiza importantes consideraciones, tales como el deber de realizar la evaluación del impacto ambiental en los proyectos que tengan impactos adversos para la diversidad biológica, teniendo en cuenta las consecuencias ambientales negativas de los programas, políticas o proyectos, que se pretendan adelantar en zonas de demostrada riqueza biológica e importancia ambiental para el mundo.

En concordancia con lo anterior, la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica publicó en 2004 las Directrices Akwé: Kon¹⁰³ las cuales señalan entre otros, como un deber a cargo de los Estados realizar la notificación de los resultados de las evaluaciones de impacto ambiental a las comunidades indígenas y de la región del proyecto en el idioma tradicional de estas, en aras de preservar la identidad cultural de las mismas¹⁰⁴.

100 Ibid. 18. Párr. 205.

101 Ibid.

102 Ibid.

103 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004). Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que pueda afectar a esos lugares.

104 Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004). Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades

De lo expuesto, se entiende que la evaluación del impacto ambiental es una herramienta fundamental al momento de tomar decisiones respecto de actividades que puedan causar daños ambientales y afectar la supervivencia de comunidades indígenas y tribales, pues de su adecuada realización dependerá que la restricción al derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sea legítima.

b) Realización de consultas

Por medio de la realización de la consulta previa se busca “garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones que los afecten directamente”¹⁰⁵, por lo tanto, representa una obligación a cargo de los Estados consistente en “establecer consultas efectivas y previamente informadas, sobre las decisiones y proyectos de desarrollo que afecten directamente los territorios que estos pueblos han ocupado tradicionalmente”¹⁰⁶.

Sobre este aspecto el Convenio 169 es áclaro al establecer que “los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”¹⁰⁷, recalcando que estas consultas deben realizarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la consulta previa se encuentra consagrada, como un deber a cargo de los Estados, en los siguientes términos: “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto

indígenas y locales, o que pueda afectar a esos lugares. Pág. 9.

105 Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. 2009. Pág. 60.

106 Caso Saramaka vs. Surinam. Párr. 143.

107 Artículo 6, Convenio 169 de la OIT.

de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”¹⁰⁸.

Sobre este tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el desarrollo del procedimiento de consulta previa “debe propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños (...) se debe garantizar la participación de los pueblos indígenas, a través de dicha consulta, 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, de igual manera en el proceso de consulta previa se deben establecer los beneficios a los que tendrán derecho los pueblos indígenas y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales de conformidad con sus prioridades de desarrollo”¹⁰⁹.

A la luz de lo anteriormente expuesto, es válido afirmar que por medio de la consulta previa se garantiza una multiplicidad de derechos en cabeza de los pueblos indígenas y tribales, aclarando que su no realización o su realización de manera incorrecta, vulnera no solo el derecho a la propiedad comunal, sino que representa el inicio de una sucesiva y desenfrenada violación de derechos y libertades de estos pueblos, es por ello que tanto la Comisión como la Corte han realizado un marcado énfasis en la importancia de su realización, acorde y en estricto cumplimiento de los presupuestos desarrollados.

Aunado a lo anteriormente expuesto acerca de las consideraciones hechas en torno a la consulta previa, la corte IDH, en la sentencia del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, estableció que la consulta previa además de ser una norma de carácter convencional, es un principio general del Derecho

108 Artículo 19 y 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

109 CIDH, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. 28 de junio de 2007. Párr. 248.

Internacional¹¹⁰. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados¹¹¹.

Por lo tanto, en tratándose de pueblos indígenas y tribales “no se deben adoptar decisiones sobre los derechos e intereses de estos, sin antes haber obtenido su consentimiento previo, libre e informado”¹¹² pues, la realización de la consulta pretende evitar la imposición de decisiones que afecten gravemente las vidas de los miembros de la comunidad y la existencia de la comunidad misma. Lo que implica la obligación a cargo de los Estados de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia . De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas¹¹³. Con especial énfasis en que, “el incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados”¹¹⁴.

Con especial énfasis en que la “obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o

110 COIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 164.

111 COIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 165.

112 Recomendación General No. 23. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relativa a los derechos de los Pueblos Indígenas. Observaciones finales de este Comité respecto de Ecuador. 2003.

113 COIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 166.

114 COIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 176.

en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta¹¹⁵.

Si en el transcurso de la ejecución del proyecto surgen modificaciones a los planes iniciales que fueron objeto de consulta, el Estado tiene la obligación de volver a consultar y obtener el consentimiento de las comunidades sobre la ejecución de estas¹¹⁶.

Respecto del papel de las empresas privadas en los procesos de consulta previa, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su informe de 2010 señaló que “dentro de la debida diligencia en la que estas (las empresas) deben enmarcar sus actuaciones frente a los derechos de los pueblos indígenas, les corresponde asegurarse que con su comportamiento no contribuyan a ninguna acción u omisión por parte del Estado que pueda generar violaciones a estos derechos, por lo tanto, las empresas no deberán acceder a ninguna concesión y menos a la realización de ningún proyecto, cuando el Estado no haya realizado los procesos de consulta previa con las comunidades, y estas de ninguna manera deben realizar acciones o actividades tendientes a reemplazar la obligación del Estado de realizar las consultas”¹¹⁷.

A manera de conclusión es oportuno reafirmar lo establecido por la Comisión Interamericana, así, “la explotación de recursos en territorio indígena sin el consentimiento de los pueblos y sin haber realizado los procesos de consulta, son una violación al derecho a la propiedad colectiva de estos pueblos y a su participación”¹¹⁸.

115 COIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 187.

116 Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, James Anaya. 19 de julio de 2010. A/HRC/15/37.

117 Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas, James Anaya. 19 de junio de 2010. Párrs. 64, 65, 66.

118 Comisión IDH, Informe No. 40 de 2004. Comunidades Mayas del distrito de Belice. Párr. 144.

c) Participación en los beneficios

Las comunidades deben participar de manera razonada de los “beneficios que se deriven del plan de desarrollo o inversión”¹¹⁹ que se pretenda desarrollar en el territorio que habitan, estos beneficios “deben ser diferentes a los servicios sociales básicos que el Estado se encuentra en la obligación de proveer en materia de derechos económicos, sociales y culturales”¹²⁰.

Lo anterior significa que los Estados no pueden proponer en calidad de beneficios aquellos servicios que este, se encuentra obligado a suministrar en su calidad de garante, tales como luz eléctrica, agua potable, proyectos educativos, servicios de salud, entre otros, estos deben ser prestados por el Estado de manera independiente a los beneficios que se obtengan del proyecto que se desarrollará en el territorio que habita la comunidad, ya que estos beneficios tal y como la Comisión Interamericana ha señalado en reiterados informes deben derivar del plan de desarrollo o inversión, y deben guardar estrecha relación con los usos, costumbres y tradiciones de la comunidad afectada, en aras de proteger y preservar la identidad de estas comunidades, pues de lo contrario se podría afectar de manera grave e irreparable la identidad e integridad ancestral de las comunidades.

Este reparto de beneficios no se encuentra exento de situaciones en las cuales se generen controversias o conflictos internos entre los miembros de los pueblos indígenas y tribales por ello la Corte señaló que “es la comunidad quien debe señalar quiénes son los beneficiarios al interior de las comunidades y la manera en que estos beneficios se deben relacionar con sus usos, costumbres y tradiciones”¹²¹.

Este reparto de beneficios tiene el carácter de indemnización para los pueblos indígenas y tribales por la restricción o limitación que sufren frente a su derecho a la propiedad comunal y frente a la utilización de los recursos naturales que se encuentran en dicho territorio; por lo tanto, el reparto razonado de beneficios

119 CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: 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. 297, Recomendación 6.

120 CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2010, párr. 243.

121 Caso Saramaka vs. Surinam. Parr. 164. Sentencia de Interpretación Caso Saramaka. par. 26 y 27.

hace parte integral de las pautas que deben seguir los Estados cuando pretendan realizar limitaciones a este derecho.

d) Denegación de las tradiciones y costumbres que ponga en peligro la subsistencia de la comunidad.

Las restricciones o limitaciones a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios que impliquen denegaciones a las tradiciones y costumbres de estos, serán asumidas como un peligro para la subsistencia de los mismos cuando: los Estados no aseguren la participación efectiva de los miembros del pueblo de conformidad con sus costumbres y tradiciones (i) cuando los Estados no garanticen que los miembros del pueblo se beneficien de manera razonada del plan de desarrollo o inversión que se desarrolle en su territorio; (ii) y cuando los Estados no garanticen que no emitirán, ni autorizarán concesiones para la exploración o explotación de recursos ubicados en territorios indígenas, hasta tanto no se realicen los respectivos estudios de impacto social y ambiental¹²².

De lo anterior se desprende que existirá una denegación injustificada de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas cuando no se observen, no se implementen con anterioridad y de manera adecuada a la ejecución de los planes de desarrollo e inversión, las pautas anteriormente señaladas para poder restringir el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales; ello con la finalidad de preservar la identidad y riqueza cultural de estos pueblos, lograda esta, por medio de la conservación y protección de sus costumbres y tradiciones, cuya construcción y desarrollo ha sido en torno al territorio que habitan.

5.4. Derechos políticos

El contenido de estos derechos ha sido conceptualizado por la Corte IDH, en los siguientes términos, “derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas el Estado debe garantizar los anteriores derechos en condiciones de igualdad”¹²³.

122 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Párr. 129.

123 Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Párr. 194.

En cumplimiento de lo anterior, “es indispensable que el Estado debe generar las condiciones y mecanismos óptimos para que estos derechos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”¹²⁴.

Es de resaltar la importancia que tiene el derecho a la participación en los asuntos públicos, por parte de todos los ciudadanos de un Estado, ya que, su adecuada garantía es uno de los pilares sobre los cuales se cierne la democracia como sistema político y jurídico de gobierno.

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que en los sistemas democráticos de los Estados partes en la Convención, la democracia representativa es considerada un principio base de estos, es por ello que los derechos políticos se encuentran dentro del conjunto de derechos que enumera el artículo 27 de la Convención, respecto de los cuales no procederá su suspensión en ninguna situación, lo que indica la fuerza de estos derechos para un adecuado y efectivo funcionamiento de los sistemas democráticos¹²⁵.

En lo concerniente al ejercicio de este derecho por parte de los pueblos indígenas, los Estados tienen la obligación de garantizarles a estos la participación de “manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses”¹²⁶, es así, que la puesta en marcha de los procesos de consulta previa obliga a los Estados a “garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios”¹²⁷, por lo tanto, los Estados deben “generar las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el derecho de igualdad y no discriminación”¹²⁸ en los casos y situaciones en los que debe realizarse la consulta previa de conformidad con lo expuesto en el presente trabajo.

124 Ibid. Párr. 195.

125 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Párr. 34. Artículo 27 No. 2 de la Convención Americana.

126 Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. 2009. Pág. 60.

127 Comisión IDH Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009. Párr. 273; CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1058

128 Caso Castañeda Gudman vs. México. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Párr. 145. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Párr. 195.

Además de las disposiciones desarrolladas, la Carta Democrática Interamericana establece que “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Y es una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”¹²⁹.

Visto desde esta óptica el derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afecten se encuentra interrelacionado con la obligación en cabeza de los Estados de realizar los procesos de consulta previa, pues esta “se vincula con múltiples derechos humanos, y en particular se conecta con el derecho a la participación del artículo 23 de la Convención Americana”¹³⁰, es por ello que la participación de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones que los afecten debe ser entendida como la posibilidad efectiva que estos “puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o puedan incidir en sus derechos y en el desarrollo de sus comunidades”¹³¹.

En lo referente al principio de igualdad y no discriminación, el cual obliga a los Estados a tomar medidas que incluyan sin discriminación alguna a todos los miembros de la sociedad en la participación de las decisiones que los puedan afectar.

La estricta aplicación de este principio podría generar conflictos al interior de las comunidades que se encuentren organizadas por ejemplo de manera patriarcal o matriarcal, en donde las decisiones sean tomadas exclusivamente por los hombres o por las mujeres de la comunidad, excluyendo a los demás miembros de la toma de estas, ya que, al incluir a todos los miembros en la toma de decisiones se da un rompimiento de la organización de la comunidad como tal y una crisis en lo que a su identidad se refiere.

Este es un problema que existe hoy día en las relaciones y el cumplimiento

129 Carta Democrática Interamericana. Aprobada el 11 de septiembre de 2001, en Lima, Perú. Vigésimo Octavo Período de sesiones de la OEA. Art. 6.

130 Cfr. Comisión IDH Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009. Párr. 274.

131 Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Párr. 225.

de las obligaciones de los Estados frente a los usos, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, esta tensión aun existe, pues si los Estados cumplen a cabalidad con todo el ordenamiento internacional en materia de derechos humanos podría causar graves daños a las estructuras organizacionales de estas comunidades, y de no hacerlo podría incurrir en violaciones a los derechos humanos por realizar prácticas discriminatorias frente a los pueblos indígenas y tribales.

A manera de posible solución la Corte ha señalado que los Estados deben “adoptar medidas positivas para prevenir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades”¹³² y de esta manera prevenir y combatir de manera concreta las diferentes situaciones de discriminación que se generen en su territorio.

5.5. Derecho a las Garantías Judiciales y Protección Judicial

La Corte IDH, ha establecido que “La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”¹³³, por lo tanto, “los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25); recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1)”¹³⁴. Así pues, “el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”¹³⁵.

132 CORIDH, Caso Xákmok Kásek. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Párr. 271.

133 Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Párr. 167. Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Párr. 130. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párr. 165.

134 OC 9 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, del 6 de octubre de 1987. Párr. 24. Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras. Sentencias de 26 de junio de 1987. Párr. 90, 90y 92 respectivamente.

135 Caso Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Párr. 62. Caso Baena Ricardo vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Párr. 127.

Los anteriores supuestos aplican de manera amplia y concreta a los derechos de los pueblos indígenas, ya que los procesos de consulta previa se deben realizar con todas las garantías que implica un proceso tal y como se encuentra señalado en el artículo 8 de la Convención, de igual manera los Estados deben garantizar que en su ordenamiento jurídico interno existan recursos adecuados¹³⁶ y efectivos¹³⁷, que se encuentren disponibles para que los miembros de las comunidades puedan realizar las reclamaciones respecto del derecho a la propiedad comunal del que son titulares de acuerdo con los preceptos mencionados en el presente trabajo.

5.6. De la delimitación, demarcación y titulación de las tierras

Los Estados deben garantizar la existencia en su jurisdicción interna de mecanismo, administrativos y recursos de tipo judicial que les permitan a las comunidades realizar las reclamaciones respecto de los territorios que habitan.

Garantizando en todo momento la delimitación, demarcación y titularidad de las tierras que estos pueblos habitan, entendiendo que, “más que un privilegio para usar la tierra (...) 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”¹³⁸.

Es por ello que los Estados en cumplimiento cabal de las obligaciones contenidas en el artículo 2 de la Convención deben “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales y asegurar por lo tanto, el uso y goce de estos territorios”¹³⁹ por parte de los pueblos indígenas y tribales.

136 Significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Par. 64.

137 Que sea capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Par. 66.

138 Caso Saramaka vs Surinam. Párr. 115.

139 Cfr. Caso Comunidad Moiwana vs Surinam. Párr. 209.

Puesto que el incumplimiento por parte de los Estados de garantizar la realización de la demarcación, delimitación y titulación de estos territorios, o retarda la ejecución de los mismos e implica per se “agudizar el impacto negativo de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en dichos territorios”¹⁴⁰.

Los mencionados procedimientos son considerados los principales mecanismos de garantía del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales, aclarando que como todos los procedimientos que afecten directamente a las comunidades indígenas, se deben realizar por medio de consultas previas con el pueblo respectivo, puesto que, la inexistencia de estos procesos representa para las comunidades la ausencia de certeza de hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los territorios que habitan.

De acuerdo con el Art. 25 de la CADH, el Estado debe brindar a las comunidades indígenas y tribales en su calidad de “entidades colectivas recursos adecuados y efectivos que les permitan reclamar y afirmar su derecho a la propiedad colectiva como comunidad”¹⁴¹, recalcando la importancia que estos recursos “deben existir formalmente y deben dar respuesta a las violaciones de derechos reconocidos en la Convención, la Constitución o la ley, además de esto, su aplicación por la autoridad competente debe ser efectiva”¹⁴².

Lo anterior comporta obligaciones específicas para los Estados respecto de la disponibilidad, efectividad e idoneidad de los recursos que se encuentren en su ordenamiento, y el contenido y alcance del mismo, pues la mera disponibilidad de estos recursos “no cumplen, en sí mismos, con las obligaciones del Estado de efectivizar los derechos consagrados en la Convención Americana”¹⁴³.

140 CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1066.

141 Cfr. Caso Saramaka vs. Surinam. Párr. 176.

142 Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Párr. 140.

143 Caso Saramaka vs. Surinam. Párr. 105.

Para este fin los Estados “deberán establecer recursos efectivos materialmente que les permitan a las comunidades reivindicar sus tierras tradicionales”¹⁴⁴, ya que, “la inexistencia de un recurso efectivo contra la violación de los derechos reconocidos en la Convención constituye una transgresión de la Convención por el Estado parte”¹⁴⁵.

Es por ello, que los Estados deben garantizar a las comunidades indígenas, en su ordenamiento jurídico “la existencia de mecanismos administrativos, efectivos y expeditos que permitan proteger, garantizar y promover sus derechos sobre los territorios ancestrales”¹⁴⁶.

Respecto del tiempo de duración de estos procedimientos, tanto la Comisión como la Corte han sido claras al expresar que “los procedimientos largos, reiterativos, demorados, costosos o formalistas perjudican los derechos de las comunidades”¹⁴⁷. Por lo tanto las demoras prolongadas en la solución de las controversias de la titularidad de los pueblos indígenas y tribales respecto de los territorio que habitan, constituyen per se, una violación de las garantías judiciales”¹⁴⁸.

Es así como, en tratándose de 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”¹⁴⁹.

Finalmente, es preciso aclarar que la separación del territorio que habitan estos pueblos implica para los mismos, la generación de un daño espiritual, al cual afecta la parte más íntima del ser humano, esto es, su ser interior y sus creencias en el destino de la humanidad¹⁵⁰.

144 Cfr. *Ibid.* Párr. 178.

145 Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Párr. 61 Caso *Saramaka vs. Surinam*. Párr. 177.

146 CIDH, *Derechos de los Pueblos indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Párr. 335. CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Párr. 66 – Recomendación 4.

147 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59, 2 de junio de 2000, Párr. 21.

148 Corte IDH, caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Párr. 59. Caso de la Comunidad *Moiwana vs. Suriname*. Sentencia de 15 de julio de 2005. Párr. 160. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Párr. 128.

149 Caso *Yakye Axa*. Párr. 63.

150 Voto razonado del Juez A. A. Cancado Trindade. Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Párr. 13.

5.7. Etnoreparaciones

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana¹⁵¹, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente¹⁵² y que esa disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”¹⁵³.

La Corte ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho¹⁵⁴.

La Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición tienen especial relevancia por [la gravedad de] las afectaciones y los daños ocasionados¹⁵⁵.

En cuanto al alcance de las reparaciones, en el tema indígena la Corte ha

151 El artículo 63.1 de la Convención dispone que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

152 Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25; 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. 227, y Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 211.

153 Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 62; 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. 227, y Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 211.

154 Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110; Caso Garibaldi vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 186, y Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 227.

155 Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 396.

otorgado reparaciones integrales con carácter colectivo y de acuerdo al reconocimiento de su etnicidad. Destacan las medidas socioeconómicas¹⁵⁶, a través de programas comunitarios en beneficio de la Comunidad. Asimismo, medidas de restitución del territorio ancestral¹⁵⁷, medidas de satisfacción en favor de la comunidad, considerando los idiomas de la comunidad¹⁵⁸, medidas de rehabilitación¹⁵⁹ y garantías de no repetición con repercusión en el colectivo¹⁶⁰, entre otras.

Adicionalmente, ha especificado la relevancia frente a una 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

156 Como medidas socioeconómicas: a) la creación de programas de desarrollo que incluyen suministro de agua potable, supra estructura sanitaria, implementación de proyectos educativos, habitacionales, agrícolas y de salud para la comunidad, así como electricidad; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal. Masacre Plan de Sánchez, supra nota 70.

157 Como Medidas Restitutorias: En los casos paraguayos (supra) la Corte ordenó al Estado la devolución del territorio tradicional de la comunidad y en su caso otorgar tierras alternativas dentro del territorio tradicional de sus ancestros²²⁷. En el caso Xakmok Kásek la Corte por primera ocasión otorgó una especie de sanción punitiva en caso de incumplimiento de los plazos ordenados para garantizar el territorio a la comunidad. La Corte dispuso que si el plazo fijado en la Sentencia venciera, o en su caso, si la prórroga otorgada venciera o fuera denegada por el Tribunal, sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, o en su caso las tierras alternativas, deberá pagar a los líderes de la Comunidad un monto determinado por cada mes de retraso. La Corte ha ordenado también velar que el territorio reclamado por la Comunidad no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares. En el caso Mayagna, la Corte ordenó la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional.

158 Como Medidas de satisfacción: a) realización de actos públicos de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado; b) publicación de la Sentencia; c) dar publicidad a través de una emisora radial de amplia cobertura en la región a la Sentencia, para lo que deberá traducir este resumen a los idiomas indígena, y d) campañas de sensibilización de los defensores del medio ambiente y creación de monumento en memoria de defensores ambientales en un parque nacional.

159 Como Medidas de rehabilitación: a) mientras se entrega el territorio tradicional o las tierras alternativas, adoptar de manera inmediata, periódica y permanente medidas sobre el suministro de agua potable suficiente; la revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la Comunidad; la atención médica especial a las mujeres embarazadas; la entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes; la instalación de servicios sanitarios adecuados, y la dotación de materiales y recursos a la escuela para garantizar el acceso a la educación básica procurando el respeto de las tradiciones culturales y las lenguas propias; b) establecer un puesto de salud permanente y con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada; c) establecer un sistema de comunicación; d) asegurarse que el puesto de salud y el sistema de comunicación señalados se trasladen al lugar donde la Comunidad se asiente definitivamente una vez recuperado su territorio tradicional, y e) elaborar un programa de salud y tratamiento médico y psicológico.

160 Como Garantías de no repetición: a) adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad y b) remover obstáculos para la devolución de las tierras tradicionales.

restitución a la misma situación estructural de [violencia y discriminación]”¹⁶¹. En dichos casos, por ejemplo, la Corte ordenó que “teniendo en cuenta la situación de discriminación en contra de la mujer reconocida por el Estado, es necesario que este realice un programa de educación destinado a la población en general del [E]stado, con el fin de superar dicha situación”¹⁶². Finalmente, la Corte ha ordenado la protección de los recursos naturales del territorio tradicional de la comunidad y en su caso la realización de los procedimientos de consulta y estudios de impacto ambiental¹⁶³.

De manera adicional a lo señalado hasta aquí en materia de reparaciones, es de trascendental importancia puntualizar que la Corte IDH, en la sentencia del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, aclara que contrario a lo sentenciado en anteriores pronunciamientos, en los que declaró violaciones a los derechos consagrados en la convención respecto de los miembros de las comunidades en este caso, debido al amplio margen de configuración normativa en materia de protección y salvaguarda a los derechos de estas comunidades, la Corte decidió: “la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva”¹⁶⁴.

161 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.

162 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. 543.

163 En el caso Saramaka respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional, c) el Estado deberá revisarlas, a la luz de la Sentencia, con el fin de “evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo”; e) “abstenerse de realizar actos que puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo”; f) garantizar el derecho de consulta y compartir beneficios de los proyectos; g) realizar estudios de impacto ambiental.

164 COIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 231.

De manera concreta, en el caso en mención la Corte, tuvo a bien, considerar como parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, al Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, que sufrió las violaciones declaradas en el capítulo de Fondo de esta Sentencia (supra párrs. 231, 232, 249, 271 y 278), por lo que lo considera beneficiario de las reparaciones que ordene¹⁶⁵.

165 COIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párr. 284.

Conclusiones

A lo largo del presente trabajo se logró evidenciar la magnitud y el alcance que la Comisión y la Corte Interamericana le han dado a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, no sin antes realizar una revisión respecto de la situación a nivel internacional de los derechos de estas comunidades, señalando los diferentes órganos en el marco del Sistema Universal de Naciones Unidas que han realizado y continúan realizando ingentes esfuerzos por lograr que los Estados se comprometan con el respeto, la protección y la garantía de los derechos de los pueblos indígenas en el mundo.

De igual manera se evidencia que la construcción del sistema normativo a nivel internacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales ha sido un camino de largo de recorrer, en el cual los Estados, la comunidad internacional y los representantes de estas comunidades en el mundo, han dado importantes discusiones sobre la forma y el tratamiento que se les debe dar a estos pueblos en un mundo tan convulsionado como el actual, y han logrado poner en la agenda internacional el tema del reconocimiento, protección, garantía y respeto, a los derechos de estas comunidades.

Es por ello que en el marco del sistema de Naciones Unidas existen múltiples órganos encargados de velar por la consecución de objetivos que permitan realizar importantes avances en la construcción del corpus iuris internacional de los derechos de los pueblos indígenas; de igual manera, se ha seguido un proceso de estudio continuo que permite reflexionar sobre la cosmovisión, culturas, usos, tradiciones y costumbres de estos pueblos, tanto así, que en el marco de aplicación del Convenio 107 de la OIT, se decidió realizar una revisión de este con la finalidad de darle un nuevo enfoque de respeto por los modos de supervivencia de estas comunidades, apartando del objetivo la asimilación de estas a la vida de occidente, generando con ello la pérdida de sus culturas y el quebrantamiento de sus tradiciones ancestrales, para la puesta en marcha de un nuevo Convenio de la OIT, cuyo enfoque se encuentra definido por el reconocimiento de

los derechos de estas comunidades y la autonomía de estos para decidir la manera y el ritmo de su desarrollo.

Si bien es cierto, que se han logrado importantes avances en materia de celebración de tratados, convenios y declaraciones a nivel internacional que buscan garantizar que estos pueblos puedan continuar disfrutando de sus modos de subsistencia de acuerdo a sus tradiciones, no es menos cierto que el camino por recorrer aún es largo, si se tiene en cuenta que a pesar de los innumerables esfuerzos realizados por diferentes organizaciones defensoras de los derecho, y libertades de estas comunidades, el compromiso de los Estados en materializar en su derecho interno estas disposiciones y generar mecanismos que permitan efectivizar los postulados de las mismas, es escaso y superficial, debido entre otras razones a los intereses económicos creados en torno a la riqueza mineral, biológica, en hidrocarburos, etc., de los territorios que habitan estas comunidades, lo que conlleva a la realización de acciones poco o nada efectivas, cuando las hay, encaminadas a velar por la prolongación en el tiempo de la existencia de estas comunidades.

De tal suerte que la materialización efectiva de los postulados internacionales en materia de protección a la existencia de estos pueblos, seguirá siendo objeto de luchas y esfuerzos de los diferentes actores a nivel interno e internacional que buscan la salvaguarda de la integridad de estos.

En el pasado se han librado importantes batallas por la lucha de los derechos de estas comunidades, lo que ha tenido como único resultado la pérdida de vidas y el derramamiento de sangre innecesario, afectando tanto a la población indígena como a la no indígena, en lo sucesivo lo que se espera es que estas confrontaciones tomen un contorno jurídico y se utilicen las herramientas jurídicas establecidas para la defensa y protección de estas comunidades.

Como ha tenido lugar en numerosas ocasiones en el escenario jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal encargado de interpretar y dar alcance a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento regional de protección de derechos

y libertades, y es en el contexto de los casos llevados ante este tribunal que se ha realizado el análisis de situaciones violatorias de los derechos reconocidos en la Convención en una perspectiva indígena, y de esta forma se ha llegado a reconocer y tutelar el derecho a la propiedad comunal o colectiva de estas comunidades, teniendo en cuenta la estrecha relación que estos pueblos mantiene con el territorio que habitan, el cual es la base de sus culturas y vidas espirituales.

En este particular contexto, la Corte ha ampliado el rango de interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en la Convención, entendiendo las dinámicas de supervivencia dentro de las que se encuadran las culturas de estos pueblos, en el mismo sentido ha señalado de manera puntual que los Estados deben garantizar recursos de carácter colectivo que les permitan acceder en la jurisdicción interna de los Estados, a recursos que les permitan materializar los derechos y libertades que les han sido reconocidos en la esfera internacional, los cuales se encuentran especialmente enfocados al reconocimiento de la titularidad sobre las tierras que habitan, la protección de su identidad e integridad cultural, su libertad de circulación por estos territorios, protección y garantías judiciales, derecho a la igualdad, los derechos políticos en el entendido de la participación efectiva en todas las decisiones que los afecten de manera directa.

De acuerdo a lo anterior es evidente que dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se han realizado importantes avances en lo concerniente a la protección de los derechos de los que estas comunidades son titulares; sin embargo, la situación de los pueblos indígenas en América aun es preocupante, debido al aumento de la realización de proyectos a gran escala que impactan negativamente la existencia y supervivencia de estas.

Si bien es cierto que la Corte ha realizado importantes aportes a la construcción del corpus iuris de los derechos de los pueblos indígenas en el mundo, el porcentaje de casos relacionados con comunidades indígenas y tribales de los que la Corte tiene conocimiento y se pronuncia al respecto, es ínfimamente inferior al número de pueblos indígenas y tribales que

ven amenazados y vulnerados sus derechos; esto indica que no basta con que la Corte se pronuncie respecto de estos, sino que es fundamental el compromiso de los Estados en el cumplimiento de los diferentes tratados y declaraciones firmados a nivel internacional, y del deber de observancia de los pronunciamientos de la Corte, así estos pronunciamientos se encuentren establecidos en la condena de otros Estados.

El panorama actual presenta situaciones de continua confrontación entre los derechos de los pueblos indígenas y tribales y el resto de la población de los Estados, lo que implica en un futuro procesos más intensos de reflexión y diálogo entre las comunidades indígenas y tribales y el resto de la población, los Estados y por supuesto la comunidad internacional.

Bibliografía

Acceso a la inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 de junio de 2007.

Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 junio 2007.

Anaya, James (2005). Los pueblos indígenas en el derecho internacional. New York: Editorial Trotta-Universidad Internacional de Andalucía. Costa Rica: IIDH. IIDH (2010). Pobreza y derechos humanos: hacia la definición de parámetros conceptuales desde la doctrina y acciones del Sistema Interamericano. San José de Costa Rica: IIDH. Abril.

Carta Democrática Interamericana. Lima, Perú. Vigésimo Octavo Periodo de sesiones de la OEA.

Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Caso Comunidad Indígenas Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

Caso de la Comunidad Indígena Xakmok Kasek, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares. Sentencia de 1º de febrero de 2000.

Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005.

Caso de las Comunidades de Jiguamiandó y Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de marzo de 2003.

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

Caso Fairen Garbi y Solis Corrales vs. Honduras, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987.

Caso López Álvarez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de febrero de 2006.

Caso Pueblo Indígena de Sarayaku. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2004.

Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008.

Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.

Comité DESC, Observación General N° 3, la índole de las obligaciones de los Estados Parte, 14/12/09. Ginebra, Suiza. Quinto Periodo de Sesiones. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recomendación General N° XXIII.

Convenio 169 de la OIT.

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

Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

Fuentes en el Derecho Internacional y Nacional del proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. OEA/Ser.L/V/II.110 Doc. 22. 1º marzo 2001.

Informe de Admisibilidad N° 121/09. Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) contra Honduras.

Informe de admisibilidad N° 58/09. Pueblo indígena Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá.

Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004.

Informe N° 62/04, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Ecuador). Citado.

Informe N° 79/09, Comunidades Indígenas Ngobe y sus miembros en el Valle del Río Chingola (Panamá).

Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT. 2009.

Medidas Provisionales

Medidas Provisionales solicitadas por la CIDH respecto de la República de Panamá. Cuatro Comunidades Indígenas Ngobe y sus miembros. Mayo 28 de 2010.

Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana. Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República.

OC-18/03. Opinión Consultiva de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

OIT Recomendación 151 sobre los trabajadores migrantes.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ruiz Chiriboga, Oswaldo (2008). Propiedad comunal vs. Propiedad privada e intereses estatales. Ciudad: Editorial. En Huber, R. et ál, Hacia Sistemas Jurídicos Plurales, Konrad Adenauer Stiftung, México.

Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam.

Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.



Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA

Calle 55 No. 10-32
Tel. 57+1 314 4000
314 7300
Bogotá, D. C. - Colombia

www.defensoria.org.co
info@defensoria.org.co