

Sección Especial
Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Pueblos Indígenas y Tribales
Fondo y Reparaciones

Bibliografía

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C n.º 11. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. F. 1991.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15. En adelante: Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C n.º 66. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. EP. 2000.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. F. 2000.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C n.º 91. En adelante: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C n.º 105. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C n.º 116. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. En adelante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141. En adelante: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C n.º 142. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006. Serie C n.º 145. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 165. En adelante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 185. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C n.º 190. En adelante: Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C n.º 215. En adelante: Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n.º 216. En adelante: Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C n.º 279. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile*. FRC. 2014.

Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C n.º 284. En adelante: Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 305. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C n.º 328. En adelante: Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Serie C n.º 334. En adelante: Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. EPFRC. 2017.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C n.º 346. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFRC. 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. 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 de junio de 2007.

Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

Organización de los Estados Americanos

OEA. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 14 de junio de 2016, AG/RES.2888 (XLVI-O/16).

Organización Internacional del Trabajo

OIT. Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Adoptado el 27 de junio de 1989, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991.

Organización de las Naciones Unidas

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

ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención*, Observaciones Finales respecto del Ecuador, Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003.

ONU. Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. A/RES/61/295.

ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011.

Referencias académicas

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

BERISTAIN, C. M. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano*. Universidad Santo Tomás-PNUD-IIDH, Bogotá, 2010.

CITRONI, G. y QUINTANA, K. I. “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en LENZERINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008.

CULBERSTON, R. y POULIGNY, B. “Re-imagining Peace after Mass Crime: A Dialogical Exchange between and Insider an Outsider Knowledge”, en POULIGNY, B. et al (Eds.) *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities*. United Nations University Press, Tokyo, 2008.

DE SOUSA SANTOS, B. “The Heterogenous State and Legal Plurality”, en *Law and Society Review*, n.º 40(1), p. 39, 2006.

DONOSO, G. “I have never worked with victims so victimized. Political Trauma and the Challenges of Psychotherapy in Ecuador” (Por publicarse en 2018).

ESCOBAR, A. “Worlds and Knowledges Otherwise”, en *Cultural Studies*, n.º 21(2), p. 179, 2007.

GÓMEZ, N. “Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities”, en LENZERINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008.

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

HERMAN, J. *Trauma and recovery: The aftermath of violence from domestic abuse to political terror*. New York: Basic Books, 1992.

HUYSE, L. y SALTER, M. (Eds.) *Transitional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance - IDEA, Estocolmo, 2008.

LETSCHERT, R. y VAN DIJK, J. *The New Faces of Victimhood: Globalization, Transnational Crimes and Victim Rights*. Springer, London/New York, 2011.

MIGNOLO, W. “Introduction: Coloniality of Power and De-colonial Thinking”, en MIGNOLO, W. y ESCOBAR, A. *Globalization and the Decolonial Option*. Routledge, London-New York, 2010.

RUBIO-MARÍN, R. et al. “Indigenous Peoples and Claims for Reparations: Tentative Steps in Peru and Guatemala”, en ARTHUR, P. (Ed.) *Identities in Transition. Challenges for Transitional Justice in Divided Societies*. Cambridge University Press, New York, 2011.

RUIZ CHIRIBOGA, O. “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”, en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 5, año 3, p. 43, 2006.

SAID, E. “From Orientalism”, en WILLIAMS, P. y CHRISMAN, L. (Eds.) *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader*. Harvester Wheatsheaf, New York-London, 1993.

VAN DER KOLK, B. A. *The Body Keeps the Score: Brain, Mind, and Body in the Healing of Trauma*. New York: Viking, 2014.

VRDOLJAK, A. “Reparations for Cultural Loss”, en LENZERINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008.

Otras referencias no académicas

ESPINOZA CUEVAS, V. et al. *Comisiones de la Verdad. ¿Un camino incierto?* Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, Asociación para la Prevención de la Tortura, Santiago de Chile, 2003.

International Center for Transitional Justice (ICTJ), Truth and Memory. Strengthening Indigenous Rights through Truth Commissions: A Practitioner’s Resource, New York, 2012.

Otras fuentes bibliográficas sugeridas

- AKERMAN SHEPS, A.P. “The Dispute over the Raposa Serra do Sol Reserve Demarcation: A Matter of Indigenous Constitutional Rights or National Sovereignty?”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º 10, p. 279, 2010.
- ALMENDRA MARTINS, E. y MONT’ALVERNE BARRETO LIMA, M. “Proteção dos povos originais e tribais como reforço da pluralidade no Estado: incentivo na formação de uma cidadania plural por meio das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, en D’ÁVILA LOPES, A. M. y MONT’ALVERNE BARRETO LIMA, M. (Eds.) *A internalização de tratados internacionais de direitos humanos na América do Sul*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2017.
- ALVARADO, L. J. “Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples’ Human Rights in International Law: Lessons from the Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n.º 24(3), p. 609, 2007.
- ÁLVAREZ, Y. “Derechos territoriales indígenas, pluralismo jurídico y alternativas al desarrollo: Notas sobre una relación indisoluble”, en *Revista Deusto de Derechos Humanos*, n.º 2, p. 95, 2017.
- AMIOTT, J. A. “Environment, Equality, and Indigenous Peoples’ Land Rights in the Inter-American Human Rights System: *Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni vs. Nicaragua*”, en *Environmental Law*, n.º 32, p. 873, 2002.
- ANAYA, S. J. y WILLIAMS, R. “The Protection of Indigenous Peoples’ Rights Over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System”, en *Harvard Human Rights Journal*, n.º 14, p. 33, 2001.
- ANAYA, S. J. y GROSSMAN, C. “The Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n.º 19(1), p. 1, 2002.
- ANTKOWIAK, T. M. “*Moiwana Village vs. Suriname*: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights”, en *Berkeley Journal of International Law*, n.º 25(2), p. 268, 2007.
- ANTKOWIAK, T. M. “Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court”, en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, n.º 35(1), p. 113, 2014.
- ANTKOWIAK, T. M. “A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous Peoples”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, n.º 25(1), p. 1, 2014.
- BARELLI, M. “The Interplay Between Global and Regional Human Rights Systems in the Construction of the Indigenous Rights Regime”, en *Human Rights Quarterly*, n.º 32, p. 951, 2010.
- BENNET, T. et al. *African Perspectives on Transitional Justice*. Intersentia, Cambridge, 2012.
- BERRAONDO, M. “Indigenous Peoples and Natural Resources under the Inter-American System of Human Rights: Between Privatization and the Exercise of Human Rights”, en DE FEYTER, K. y GOMEZ ISA, F. (Eds.) *Privatization and the Exercise of Human Right in the Age of Globalization*. Intersentia, Antwerp-Oxford, 2005.
- BERRAONDO, M. (Coord.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.
- BRUNNER, L. “The Rise of Peoples’ Rights in the Americas: The *Saramaka People Decision* of the Inter-American Court of Human Rights”, en *Chinese Journal of International Law*, n.º 7, p. 699, 2008.
- BURGORGUE-LARSEN, L. “The Rights of Indigenous Peoples”, en BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, Oxford, New York, 2011.
- BURKE, S. “Indigenous Reparations Re-Imagined: Crafting a Settlement Mechanism for Indigenous Claims in the Inter-American Court of Human Rights”, en *Minnesota Journal of International Law*, n.º 20, p. 123, 2011.
- CAMPBELL-DURUFLÉ, C. “El derecho indígena a la propiedad como ocasión de reafirmar la indivisibilidad de los derechos humanos”, en *Revista CEJIL*, n.º 5, p. 65, 2009.
- CASTRILLÓN ORREGO, J. D. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas”, en BECERRA RAMÍREZ, M. (Coord.) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. UNAM, México, 2007.
- CASTRILLÓN ORREGO, J. D. *Globalización y derechos indígenas: el Caso de Colombia*. UNAM, México, 2006.
- CHING SOTO, L. “Los derechos de los pueblos indígenas. El Caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tigni* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ZERBINI RIBEIRO LEÃO, R. *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Ensaios em Homenagem ao Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade*, n.º 5, SAFE, Porto Alegre, 2005.
- CHING SOTO, L. “Reparations in the Inter-American System of Human Rights: An Analysis of the Jurisprudence on Collective Cases of Indigenous Peoples and the Economic, Social and Cultural Aspects of their Reparations”, en *Revista IBDH*, n.º 10(10), p. 219, 2010.
- CLARIDGE, L. “Implementing Minority and Indigenous Peoples’ Rights: Regional Comparisons”, en *Inter-American and European Human Rights Journal*, n.º 8, 2016.
- CLAVERO, B. “El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano, Venezuela y *Awas Tingni*”, en *Revista IIDH*, n.º 39, p. 257, 2004.

- CONTRERAS-GARDUÑO, D. y ROMBOUITS, S. “Collective Reparations for Indigenous Communities Before the Inter-American Court of Human Rights”, en *Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law*, n.º 27, p. 4, 2010.
- COPELLO BARONE, N. P. “Igualdad y no discriminación: análisis de su aplicación al caso de las comunidades originarias”, en *Revista IIDH*, n.º 62, 2015.
- CUNEO, I. M. “The Rights of Indigenous Peoples and the Inter-American Human Rights System”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, n.º 22(1), p. 53, 2005.
- DE OLIVEIRA REBELO, M. N. “O Povo Saramaka versus Suriname: Uma Análise Sob O Olhar De Clifford Geertz”, en *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, n.º 14, p. 95, 2011.
- DEL VALLE CÓBAR, D. *Violencia política y poder comunitario*. ECAP, Guatemala, 2004.
- DONOSO, G. “Inter-American Court of Human Rights’ Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach”, en *Revista IIDH*, n.º 49, p. 29, 2010.
- DONOSO, G. “Sacred Fire as Healing. Psychosocial Rehabilitation and Indigenous Peoples in the Inter-American Court’s Judgments”, en HAECK, Y. et al. (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.
- DULITZKY, A. “Los pueblos indígenas: jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, n.º 26, p. 137, 1998.
- DULITZKY, A. “Cuando los afrodescendientes se transformaron en ‘pueblos tribales’”, en *El Otro Derecho*, n.º 41, p.13, 2010.
- DURANGO CORDERO, R. “Los derechos de los pueblos indígenas y la protección al medio ambiente dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *American University International Law Review*, n.º 24(1), p. 7, 2008.
- FODELLA, A. “Indigenous Peoples, the Environment, and International Jurisprudence”, en Boschiero, N. et al (Eds.) *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*. Springer, The Hague, 2013.
- FUENTES, I. “Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa”, en *Revista CEJIL*, n.º 2, p. 69, 2006.
- FUENTES, A. “Protection of Indigenous Peoples’ Traditional Lands and Exploitation of Natural Resources: The Inter-American Court of Human Rights’ Safeguards”, en *International Journal on Minority and Group Rights*, n.º 24(3), p. 229, 2017.
- GILLER, J. “Caring for ‘Victims of Torture’ in Uganda: Some personal reflections”, en BRACKEN, P. J. y PETTY, C. (Eds.) *Rethinking the Trauma of War*. Free Association Books, Londres, 1998.
- GÓMEZ ISA, F. (Ed.) *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- GÓMEZ ISA, F. “El derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales: conflicto social y ambiental a la luz del caso Awas Tingni”, en *Conflicto Social*, n.º 7, p. 87, 2012.
- GÓMEZ ISA, F. “Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights”, en *Human Rights Quarterly*, n.º 36(4), p. 722, 2014.
- GONZÁLEZ VOLIO, L. “Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua”, en *Revista IIDH*, n.º 41, p. 317, 2005.
- GUERRA GONZÁLEZ, G. *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999.
- HANNUM, H. “The Protection of Indigenous Rights in the Inter-American System”, en HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S. (Eds.) *The Inter-American System of Human Rights*. Clarendon Press, Oxford, 1998.
- HERZFELD-BACIC, R. et al. *Muerte y desaparición forzada en La Araucanía: Una aproximación étnica*. Universidad Católica de Temuco, Santiago de Chile, 1998.
- IORNS MAGALLANES, C. J. “Indigenous Political Representation: Latin America and International Human Rights Law”, en *Journal of New Zealand Studies*, n.º 11, p. 93, 2011.
- ITUARRE, C. “Los pueblos indígenas, el medio ambiente y la progresividad de los derechos humanos en el Sistema Interamericano”, en MARTIN, C. et al. (Eds.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Iberoamericana, American University & Distribuciones Fontamara, México, 2004.
- ITURRALDE, D. “Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales y discriminación”, en *Revista IIDH*, n.º 39, p. 233, 2004.
- KREIMER, O. “Collective Rights before the Inter-American Human Rights System”, en Organization of American States, *American Society of International Law Proceedings*, 2000.
- LENZERINI, F. (Ed.) *Reparations for Indigenous Peoples, International and Comparative Perspectives*. Oxford University Press, New York, 2008.

- LÓPEZ MURCIA, J. D. “La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al Caso de las comunidades campesinas en Colombia”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 14, p. 71, 2009.
- MACKAY, F. *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de derechos humanos*. IWGIA, Copenhague, 2002.
- MCKENZIE, S. “Yakye Axa v. Paraguay: Upholding and Framing the Human Right to Water”, en HAECK, Y. *et al.* (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.
- MARTIN, C. “The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System”, en *Leiden Journal of International Law*, n.º 19, p. 491, 2006.
- NASH ROJAS, C. “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AYLWIN, J. (Ed.) *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. Universidad de la Frontera, Temuco, 2004.
- ODELLO, M. “Indigenous peoples’ rights and cultural identity in the inter-American context”, en *The International Journal of Human Rights*, n.º 16(1), p. 25, 2012.
- ORMACHEA, P. A. “Moiwana Village: The Inter-American Court and the ‘Continuing Violation’ Doctrine”, en *Harvard Human Rights Journal*, n.º 19, p. 283, 2006.
- PASQUALUCCI, J. M. “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, en *Human Rights Law Review*, n.º 6(2), p. 281, 2006.
- PASQUALUCCI, J. M. “International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en *Wisconsin International Law Journal*, n.º 27 (1), p. 51, 2009.
- PATIÑO PALACIOS, L. A. “Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas”, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n.º 7, p. 69, 2014.
- PENTASSUGLIA, G. “Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights”, en *European Journal of International Law*, n.º 22(1), p. 165, 2011.
- POSENATO, N. “La giurisprudenza della Corte Interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali”, en *Revista DPC Online*, n.º 34(1), 2018.
- RAISZ, A. “Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights: New Century, New Era?”, en *Miskolc Journal of International Law*, n.º 5(2), p. 35, 2008.
- RAMÍREZ, A. D. “El Caso de la comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, en *Revista IIDH*, n.º 41, p. 347, 2005.
- RINALDI, K. “Casos Pueblo Saramaka y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku: ¿Un Paso atrás en cuanto al Fundamento de los Derechos de las Sociedades Tradicionales?”, en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n.º 12, p. 243, 2012.
- RIVERA, F. y RINALDI, K. “Pueblo Saramaka vs. Surinam: El derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblo”, en *Revista CEJIL*, n.º 4, p. 80, 2008.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, L. “El Caso Awas Tingni y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua”, en AYLWIN, J. (Ed.) *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*. Universidad de la Frontera, Temuco, 2004.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “La justicia indígena en el Ecuador: Pautas para una compatibilización con el derecho estatal”, en GAMBOA, C. *et al.* *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “Propiedad comunal vs. propiedad privada e intereses estatales”, en HUBER, R. *et al.* (Coord.) *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales*. Konrad Adenauer Stiftung, México, 2008.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano”, en MEJÍA, J. (Ed.) *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*. Casa San Ignacio, Tegucigalpa, 2012.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “Indigenous Corporal Punishments in Ecuador and the Prohibition of Torture and Ill-Treatments”, en *American University International Law Review*, n.º 28(4), p. 975, 2013.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “The International Responsibility of the State for the Conduct of Indigenous Legal Systems: The Case of Ecuador”, en HAECK Y. *et al.* (Eds.) *International Human Rights Law from Theory to Practice*. Intersentia, Antwerp, 2013.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “Finding the Right Judge: Challenges of Jurisdiction between Indigenous and Ordinary Adjudicators in Ecuador”, en *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n.º 49(1), p. 3, 2017.
- RUIZ CHIRIBOGA, O. “You Have No Right to Remain Silent: Self-Incrimination in Ecuador’s Indigenous Legal Systems”, en *American Journal of Comparative Law*, n.º 65, p. 659, 2017.
- SALMÓN, E. “Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estándares en torno a su protección y promoción”. GTZ, Lima, 2010.

- SALVADOR FERRER, Á. “El fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva para las comunidades indígenas”, en *Revista IIDH*, n.º 62, 2015.
- SÄUBERLI, G. “The Case of the Kichwa Peoples of the Sarayaku v. Ecuador. Constructing a Right to Consultation and to Cultural Identity?”, en HAECK, Y. *et al.* (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.
- SCHETTINI, A. “Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas: Un análisis crítico de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 17, p. 65, 2012.
- SIMON, S. “La protección de las lenguas minoritarias en los sistemas americanos y europeos de derechos humanos”, en *Revista CEJIL*, n.º 4, p. 148, 2008.
- STAVENHAGEN, R. “Derecho indígena y derechos humanos en América Latina”. IIDH, Colegio de México, México, 1988.
- TONIATTI, R. “El paradigma constitucional de la inclusión de la diversidad cultural. Notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica”, en RUSSO, A. M. *et al.* *Challenges of Legal Pluralism*. Número especial de *Inter-American and European Human Rights Journal*, n.º 9(1), p. 118, 2016.
- TORO HUERTA, M. I. “El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *AMDI*, n.º 10, p. 49, 2010.
- TORRES RIVAS, E. “Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los derechos humanos”. IIDH, San José, 1996.
- VILLAGRA, R. “Los territorios indígenas amerindios y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista CEJIL*, n.º 2, p. 59, 2006.
- VUOTTO, J. P. “Awas Tigni vs. Nicaragua: International Precedent for Indigenous Land Rights”, en *Boston University International Law Journal*, n.º 22(1), p. 219, 2004.
- WEMMERS, J. “Victim Reparation and the International Criminal Court”, en *International Review of Victimology*, n.º 16, p. 123, 2009.
- YRIART, M. “Jurisprudence in a Political Vortex. The Right of Indigenous Peoples to Give or Withhold Consent to Investment and Development Projects – The Implementation of Saramaka v. Suriname”, en HAECK, Y. *et al.* (Eds.) *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*. Intersentia, Cambridge, 2015.

Otras fuentes no bibliográficas sugeridas

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Manual de litigio de casos de racismo ante el Sistema Interamericano de derechos humanos*. IIDH, San José, 2008.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Manual sobre derechos humanos de las mujeres indígenas*. IIDH, San José, 2008.
- Organización Panamericana de la Salud. *La salud mental en situaciones de desastres y emergencias*. Manuales y Guías sobre Desastres, Washington D.C., 2002.

Contenido

1. Introducción	1138
2. Parte I: Jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto al fondo del asunto	1139
2.1. Pueblos indígenas y pueblos tribales.....	1139
2.2. Auto-identificación de los pueblos indígenas	1139
2.3. ¿Violaciones en perjuicio de la comunidad o de sus miembros?	1141
2.4. Derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 de la CADH).....	1142
2.5. Derecho a la vida (artículo 5 de la CADH).....	1145
2.6. Derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH).....	1147
2.7. Garantías judiciales (artículo 8 de la CADH).....	1150
2.8. Derecho a usar la lengua propia (artículo 13 de la CADH).....	1152
2.9. Derecho a la familia (artículo 17 de la CADH)	1153

2.10. Derecho a la propiedad comunal (artículo 21 de la CADH)	1153
2.11. Consulta previa, accesible, libre e informada	1166
2.12. Derechos de los niños (artículo 19 de la CADH).....	1175
2.13. Derechos políticos (artículo 23 de la CADH)	1176
2.14. Defensores de derechos indígenas.....	1179
3. Parte II: Reparaciones ordenadas por la Corte IDH	1180
3.1. Beneficiarios de las reparaciones.....	1182
3.2. Daño material	1183
3.3. Daño inmaterial	1185
3.4. Identificación, demarcación, titulación, entrega, rehabilitación y saneamiento del territorio ancestral	1186
3.5. Creación de un mecanismo eficaz de reclamación de tierras.....	1188
3.6. Garantizar el derecho de consulta	1189
3.7. Estudios de impacto ambiental.....	1190
3.8. Entrega de suministros básicos	1190
3.9. Reconocimiento de la personalidad jurídica.....	1190
3.10. Otorgamiento de becas para educación	1190
3.11. Atención médica y psicológica.....	1191
3.12. Programa de registro y documentación	1193
3.13. Sistema de comunicación para casos de emergencia.....	1193
3.14. Reformas a la legislación interna para garantizar la participación política de los pueblos indígenas	1194
3.15. Educación	1194
3.16. Búsqueda de la persona desaparecida.....	1195
3.17. Sanción a los responsables de violaciones a derechos humanos.....	1195
3.18. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional	1195
3.19. Publicación y difusión en idioma indígena	1197
3.20. Recuperación de la memoria colectiva.....	1198
3.21. Programas de vivienda, salud, producción, infraestructura y desarrollo.....	1198
3.22. Garantías de seguridad.....	1200
3.23. Programas de capacitación a funcionarios públicos	1200
3.24. Riesgos	1200
4. Conclusiones	1201

1. Introducción

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

¹ Para un estudio más acabado de las técnicas interpretativas utilizadas por la Corte IDH, ver el comentario sobre el artículo 29 (normas de interpretación) a cargo de Rodríguez.

En apartados anteriores de esta obra se ha hablado de la doctrina del control de convencionalidad, según la cual los jueces y tribunales nacionales deben velar por que la interpretación y aplicación de la normativa local esté en consonancia con la CADH y las interpretaciones que sobre esta ha realizado la Corte IDH. En tal sentido, esta sección especial tiene como objetivo presentar al lector los estándares que la Corte IDH ha fijado respecto a los derechos de los pueblos indígenas y las reparaciones que deben otorgárseles en caso de que tales derechos sean vulnerados.

Dos apartados componen esta sección. El primero de ellos muestra todos estos avances jurisprudenciales por tema o derecho, en una suerte de sistematización de los criterios más relevantes que la Corte IDH ha adoptado a lo largo de su historia. El segundo apartado está dedicado al estudio de las reparaciones que la Corte IDH ha ordenado en casos de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Es de resaltar que el análisis a profundidad de cada derecho o tema ya ha sido presentado en esta obra por otros autores, por consiguiente, lo que a continuación se describe es un panorama mucho más acotado, en donde cada derecho o tema se analiza única y exclusivamente respecto a los pueblos indígenas y tribales. El lector deberá tener presente que a los indígenas les son aplicables tanto los estándares interamericanos descritos de manera general en los anteriores comentarios, como los estándares específicos que a continuación se detallan.

2. Parte I: Jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto al fondo del asunto

2.1. Pueblos indígenas y pueblos tribales

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

En el caso *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH observó que los miembros de dicho pueblo no eran originarios de la región en la que habitaban, sino que fueron llevados durante la época de la colonización de lo que hoy se conoce como Surinam como esclavos provenientes del África. Sus ancestros escaparon a las regiones del interior del país donde establecieron comunidades autónomas.² La Corte IDH consideró que los miembros del pueblo saramaka conformaban una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas eran diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulaban, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. La Corte IDH concluyó que su jurisprudencia sobre pueblos indígenas era también aplicable a pueblos tribales, dado que compartían “características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo”.³

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

2.2. Auto-identificación de los pueblos indígenas

En el caso *Pueblo Saramaka*, citado anteriormente, el Estado argumentó que la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo saramaka en la “sociedad moderna” había afectado su distinción

2 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFR. 2007, párr. 79.

3 *Ibidem*, párrs. 84-86.

cultural, de modo que resultaba difícil definirlos como una personalidad legal. El Estado cuestionaba si se podía definir legalmente a los saramakas de una forma que tomara en cuenta los distintos grados en que varios miembros del pueblo se adherían a las leyes, costumbres y economía tradicional, particularmente aquellos que vivían fuera del territorio saramaka.

La Corte IDH resolvió que el hecho de que algunos miembros vivieran fuera del territorio tradicional y en un modo distinto de otros saramakas que vivían dentro del territorio de conformidad con las costumbres de su pueblo, no afectaba “la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad”. La cuestión de si algunos miembros podían afirmar ciertos derechos comunales en nombre del pueblo era una cuestión que debía resolver “sólo el pueblo saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o [la] Corte”. La falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes saramakas por parte de algunos miembros no podía utilizarse, a criterio de la Corte IDH, como un pretexto para denegar al pueblo saramaka sus derechos.⁴

En otro caso, la Corte IDH constató que dos familias que anteriormente pertenecían a la comunidad yakye axa –cuyo caso fue decidido por la Corte IDH con anterioridad–,⁵ ahora formaban parte de la comunidad sawhoyamaya. Al respecto, la Corte IDH resolvió:

Si bien es cierto que estas familias figuraron como miembros de la comunidad Yakye Axa y por lo tanto como víctimas de las violaciones a los derechos humanos declaradas por la Corte Interamericana en su sentencia sobre ese caso, a partir del censo realizado el mes de diciembre del año 2004 figuran como miembros de la comunidad Sawhoyamaya. La decisión de estas familias de separarse de la comunidad Yakye Axa para integrar la comunidad Sawhoyamaya, ambas comunidades indígenas del pueblo Enxet-Lengua, así como la decisión de los miembros de la comunidad Sawhoyamaya de aceptarlos como parte de su comunidad, no puede más que ser respetada por este Tribunal.⁶

En el caso *Xákmok Kásek*, el Estado solicitó la suspensión del proceso internacional debido a que encontró “contradicciones” en la denominación y pertenencia étnica de la comunidad, lo que, según su criterio, “impedirían la titulación de tierras a su favor”.⁷ Señaló distintos documentos que, a su juicio, producirían confusiones en cuanto a la identificación o pertenencia étnica de la comunidad, siendo que en algunos casos aparecía como perteneciente al pueblo enxet, en otros como enxet-lengua y en otras oportunidades como sanapaná. Explicó que la pertenencia étnica a un pueblo constituía un “elemento esencial para una transferencia de propiedad”.⁸

La Corte IDH observó que la identificación de la comunidad, desde su nombre hasta su composición, era “un hecho histórico social” que hacía parte de su autonomía. Por tanto, la Corte IDH y el Estado debían limitarse “a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma cómo esta se auto-identifique”. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte IDH conforme a la prueba aportada, determinó que la historia particular de la comunidad y de la zona en la que había habitado explicaría su conformación multiétnica, lo que el Estado “conocía o debió conocer previamente”. Adicionalmente, comprobó que, tal y como lo alegaba el Estado, la comunidad constaba en los registros públicos con un nombre distinto al de *xákmok kásek*. No obstante, los representantes de la comunidad habían solicitado a las autoridades públicas que corrigiesen tal error, solicitud que no tuvo respuesta. El Tribunal determinó que en vista de que dependía de los organismos estatales correspondientes las rectificaciones solicitadas, “no sería razonable la procedencia de la solicitud del Estado en relación a la suspensión del [...] caso”.⁹

4 *Ibidem*, párr. 164.

5 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

6 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 206.

7 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 33.

8 *Idem*.

9 *Ibidem*, párrs. 37, 43 y 49.

En el caso *Triunfo de la Cruz*, el Estado alegó que la comunidad peticionaria no sería un pueblo indígena u originario. La Corte IDH rechazó este argumento señalando que el Estado nunca cuestionó la condición de indígena de la comunidad en el procedimiento ante la CIDH. El Estado esperó hasta la audiencia pública ante la Corte IDH para presentar este argumento. Según la Corte IDH, si un Estado ha adoptado una determinada posición, no puede luego, en virtud del principio de *estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de cosas con base en el cual se guió la otra parte.¹⁰ Adicionalmente, la Corte IDH recordó que la protección ofrecida por la CADH, es la misma a nivel internacional independientemente de la calificación que se le dé a nivel interno, por lo que “el desconocimiento del estado de la comunidad como un pueblo originario no tiene incidencia alguna en los derechos de los cuales esta y sus miembros son titulares, ni en las obligaciones estatales correspondientes”.¹¹

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

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

Otro aspecto que la Corte IDH ha tenido que enfrentar es la definición de quién puede ser considerado víctima en casos de violaciones en perjuicio de los indígenas: la colectividad o sus integrantes. La posición inicial de la Corte IDH fue la de considerar como víctimas a los miembros del pueblo o comunidad, mas no a la comunidad o pueblo como ente colectivo. La Corte IDH nunca dio a conocer las razones de su proceder. La única explicación que se cuenta fue dada por el juez García Ramírez en su voto adjunto a la sentencia *Yatama*. Según el juez García Ramírez, a la luz del artículo 1.2. de la CADH, el concepto de “persona” incluye solamente al ser humano, al individuo, como titular de derechos y libertades, y la Corte IDH no podría “exceder esta frontera establecida por la Convención que fija su competencia”.¹²

Esta posición de la Corte IDH respecto al titular de los derechos protegidos por la CADH chocaba con su vanguardista posición respecto al contenido de los derechos protegidos. Como se verá más adelante, la Corte IDH ha interpretado que ciertos derechos de la CADH tienen un sentido colectivo. Por ejemplo, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad sobre tierras y recursos naturales, o el derecho a la organización propia a efectos de participar en las elecciones, todos ellos han sido interpretados de manera colectiva, pero fueron depositados en los *miembros* del grupo y no en el grupo como tal. Contrariamente, muchas de las reparaciones que se han otorgado por la violación de esos derechos han sido ordenadas en favor de la comunidad como tal. Este tipo de interpretación creó discrepancias difíciles de solucionar. Por mencionar una, en *Saramaka* muchos de los miembros del pueblo tenían reconocida la propiedad individual de su parcela de terreno. Asimismo, ninguno de los miembros del pueblo se quejó de alguna violación a su derecho individual al reconocimiento de su personalidad jurídica, el problema era que el pueblo, la colectividad, no tenía reconocido un título de propiedad sobre las tierras tradicionales y el pueblo, la colectividad, no era reconocido como persona jurídica. En ambas situaciones, la Corte IDH encontró una violación a los derechos humanos, pero no depositó la titularidad de los derechos en el pueblo sino en sus miembros, cuando los miembros individualmente considerados no tenían problema alguno, sino era el pueblo el

10 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 22.

11 *Ibidem*, párr. 57.

12 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

que no podría ejercer o defender sus derechos. Reconocer entonces que el pueblo es la víctima de la violación traería más nitidez y menos equívocos en el análisis jurídico.

Por otro lado, la culpa y el castigo, victimización y reparación son vistas como colectivas en muchas sociedades, mientras que los sistemas modernos de justicia están designados para identificar responsabilidades individuales. En este sentido, el reconocimiento de los grupos indígenas como colectividades con identidades, características y requerimientos específicos es esencial. Sin este reconocimiento es probable que las medidas adoptadas para garantizar verdad, justicia y reparación no cumplan efectivamente con su objetivo y, peor aún, pueden llegar a causar daño al grupo (por ejemplo, causando rupturas dentro de la colectividad o la imposición de las alteraciones de sus tradiciones y costumbres).¹³

Afortunadamente, esta tradicional posición de la Corte IDH empezó a ceder paulatinamente. Los primeros pasos se dieron con el voto del juez Vio Grossi en el caso *Xákmok Kásek*. El juez Vio Grossi expuso que el actual derecho internacional está tomando un giro hacia la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en tanto pueblos, por lo que debería empezar a considerarse al pueblo como víctima de la violación de los derechos protegidos en la CADH.¹⁴

El paso definitivo hacia el reconocimiento de la comunidad o pueblo como sujeto de derechos lo dio la Corte en el 2012 en su sentencia en el caso *Sarayaku*. La Corte IDH señaló:

En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva [..] La Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva.¹⁵

A partir de *Sarayaku*, la Corte IDH ha venido declarando la violación de los derechos del pueblo o comunidad indígena y no solamente de sus miembros. Lográndose con ello una sincronización entre la jurisprudencia interamericana y los nuevos avances en derecho internacional relativos a los derechos de los pueblos indígenas.

2.4. Derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 de la CADH)

2.4.1. Derecho a la personalidad jurídica de los miembros de una comunidad

En el caso *Aloeboetoe*, la identificación de los hijos de las víctimas, sus cónyuges y ascendientes ofreció graves dificultades a las partes y a la Corte IDH. Se trataba de miembros de un pueblo que vivían en la selva y que se expresaban solo en su lenguaje nativo. Los matrimonios y los nacimientos generalmente no eran registrados por el Estado y cuando así ocurría, no se incluían datos suficientes para acreditar enteramente la filiación de las personas. La cuestión de la identificación se tornó aún más difícil debido a la práctica de la poligamia.¹⁶

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

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

14 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010. Voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, párrs. 25 y 26.

15 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 231.

16 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 63.

La Corte IDH consideró que la identidad de las personas debía probarse, “en general, mediante la documentación correspondiente”, pero dado que en el caso en cuestión se demostró que la situación en que se encontraban las víctimas se debía en gran medida a que el Estado no mantenía en la región los registros civiles en número suficiente y, por ello, no podía otorgar la documentación a todos los habitantes, la Corte IDH resolvió que:

Surinam no p[odía] exigir entonces que se pr[obara] la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región [...] [además que] Surinam no ha[bía] ofrecido en e[l] litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores.¹⁷

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

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

La Corte IDH indicó que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representaba un parámetro para determinar si una persona era titular o no de los derechos de que se trate, y si los podía ejercer. Señaló que la violación de aquel reconocimiento suponía “desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones”, y ponía al individuo en una situación vulnerable. Según la Corte IDH, era deber del Estado “procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pu[diera] ser ejercido por sus titulares”. En especial, el Estado estaba obligado a “garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les asegur[ara] el ejercicio de[l] derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”.¹⁹

Al haberse demostrado que: 1. los miembros de la comunidad permanecieron en un “limbo legal” en el que “si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica”; y 2. era deber del Paraguay implementar mecanismos que permit[ieran] a toda persona obtener el registro de su nacimiento u otros documentos de identificación, resguardando que estos procesos, en todos sus niveles, [fueran] accesibles jurídica y geográficamente. Para hacer efectivo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la Corte IDH estimó que el Estado había violado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrado en el artículo 3 de la CADH.²⁰ La Corte IDH reiteró esta jurisprudencia en otro caso indígena contra el Paraguay: el caso *Xákmok Kásek*.²¹

En suma, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica comprende, entre otros, el derecho a contar con documentos de identidad, que permitan al portador ejercer sus derechos y contraer obligaciones. Para hacer efectivo este derecho, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas que faciliten a las personas en situación de vulnerabilidad, como los miembros de pueblos indígenas y tribales, el acceso a tales documentos. La falta de medidas positivas acarrearía la responsabilidad internacional del Estado.

17 *Ibidem*, párr. 64.

18 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 190.

19 *Ibidem*, párr. 189.

20 *Ibidem*, párrs. 186-194.

21 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 251.

2.4.2. Derecho a la personalidad jurídica de la comunidad

En la sentencia del caso *Yakye Axa*, la Corte IDH consideró que el otorgamiento de personería jurídica a las comunidades indígenas servía para “hacer operativos” los derechos ya existentes de tales comunidades, “que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”. Es así que:

[s]us sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma.

La personería jurídica era “el mecanismo legal” que les confería el estatus necesario para gozar de ciertos derechos y exigir su protección cada vez que se vieran vulnerados. La Corte IDH concluyó que la personería jurídica, bajo el derecho interno paraguayo, era “otro derecho garantizado a la comunidad indígena, como sujeto de derechos”.²²

En este caso, la Corte IDH no decretó una violación del artículo 3 de la CADH, puesto que la comunidad yakye axa sí estaba legalmente reconocida en el Paraguay y tenía personalidad jurídica propia. Diferente fue el resultado en el caso *Pueblo Saramaka*, en el que el Estado no reconocía al pueblo saramaka como entidad jurídica capaz de usar y gozar de la propiedad comunal como un grupo tribal. Del mismo modo, el Estado no reconocía al pueblo como una entidad jurídica capaz de obtener acceso igualitario a la protección judicial frente a alguna violación de sus derechos.²³

Esta condición colocaba al pueblo en una “situación vulnerable”.²⁴ Sobre el particular, la Corte IDH notó que, sin desconocer que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros individuales de las comunidades era necesario, “dicho reconocimiento individual no tom[ó] en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el saramaka en particular, goza[ba]n y ejerc[ía]n un derecho en especial”.²⁵ Particularmente, respecto al derecho a la propiedad comunal, la Corte IDH observó que aun cuando todo miembro individual del pueblo saramaka podía obtener protección judicial contra violaciones a sus derechos individuales de propiedad, un fallo a su favor podía también tener un efecto favorable en toda la comunidad:

En un sentido jurídico estos miembros individuales no representa[ba]n a la comunidad en su conjunto. Las decisiones correspondientes al uso de tal propiedad individual depend[ía]n del individuo y no del pueblo saramaka conforme a sus tradiciones [...] [Para la Corte IDH] el reconocimiento de su personalidad jurídica e[ra] un modo, aunque no [...] el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, p[udiera] gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho.²⁶

Además, consideró que el derecho a que el Estado reconozca la personalidad jurídica del grupo es una de las *medidas especiales* que se debía proporcionar a los pueblos indígenas y tribales “a fin de garantizar que estos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones”. Esta era, según la Corte IDH, “la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria”.²⁷ En este caso, la Corte IDH declaró la violación del derecho de los miembros del pueblo saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la CADH, en relación con su derecho a la propiedad, de acuerdo con

22 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 82-84.

23 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 167.

24 *Ibidem*, párr. 173.

25 *Ibidem*, párr. 168.

26 *Ibidem*, párr. 171.

27 *Ibidem*, párr. 172.

el artículo 21 de dicho instrumento, y al derecho a la protección judicial, conforme al artículo 25 del mismo cuerpo legal.²⁸

2.5. Derecho a la vida (artículo 5 de la CADH)

2.5.1. Masacres

En *Plan de Sánchez*, la Corte IDH tuvo por demostrado que entre los años 1962 y 1996 en Guatemala hubo un conflicto armado interno que significó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. El Ejército, con fundamento en la doctrina de seguridad nacional, identificó a los miembros del pueblo indígena maya como “enemigos internos”, por considerar que constituían o podían constituir la base social de la guerrilla. Estos pueblos fueron víctimas de masacres y operaciones de tierra arrasada que significaron la destrucción completa de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas.²⁹

El domingo 18 de julio de 1982, llegó a Plan de Sánchez un comando de aproximadamente 60 militares y patrulleros, que procedieron a maltratar, violar y ejecutar a los habitantes indefensos de la aldea. Alrededor de 268 personas, incluidos niños y niñas, fueron ejecutadas en la masacre.³⁰

La CIDH y los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte IDH que calificara los hechos narrados como “genocidio”. La Corte IDH respondió que en materia contenciosa “sólo tiene competencia para declarar violaciones de la CADH y de otros instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos que así se la confieren”. No obstante, señaló que hechos como los señalados, que “afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya aquí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres”, causaron un “impacto agravado” que comprometía la responsabilidad internacional del Estado, impacto que la Corte IDH tomó en cuenta “al momento de resolver sobre reparaciones”.³¹

Igual de dramáticos fueron los hechos del caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, en donde la Corte IDH comprobó la persecución y eliminación de las víctimas, mediante una serie de masacres ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las PAC en los años 1980 y 1982, que produjeron más de 500 personas asesinadas, varios indígenas sometidos a desaparición forzada y tortura, y varias familias desplazadas. Las masacres fueron planificadas por agentes estatales con el objetivo de exterminar la comunidad.³²

2.5.2. Ejecución de un líder comunitario

En *Escué Zapata*, la CIDH y los representantes de la víctima denunciaban que la ejecución del señor Germán Escué Zapata, cometida por miembros del Ejército colombiano, estuvo ligada “a su condición de líder y autoridad tradicional de su pueblo, y al trabajo que, en esa condición, realizaba de manera activamente comprometida con la recuperación de la tierra ancestral del pueblo Paez y con la supervivencia y desarrollo de su forma particular de vida”. El Estado controvertió lo anterior señalando que la muerte se produjo como consecuencia de “un conflicto *intra* étnico que derivó en una mala información al Ejército por parte de un indígena de la misma [e]tnia y del abuso de poder de algunos agentes estatales”.³³

La Corte IDH no pudo tener por demostrado cuál fue el móvil de la ejecución de la víctima; en específico no se pudo establecer si los militares actuaron por cuenta propia o por incitación de otros

28 *Ibidem*, párr. 175.

29 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, párr. 42.7.

30 *Ibidem*, párrs. 42.12-42.21.

31 *Ibidem*, párr. 51.

32 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

33 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 54.

indígenas o de terratenientes, con el objetivo específico de ejecutar a Germán Escué Zapata por el liderazgo que tenía dentro de su comunidad. Lo anterior se debía, en gran medida, a la falta de efectividad de las investigaciones internas que no pudieron esclarecer los hechos. Pese a ello, la Corte IDH reconoció que la pérdida de un líder para el pueblo paez significó una

[...] desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y, sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyado por su [C]omunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial.³⁴

2.5.3. Derecho a una vida digna

En el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, relativo a la situación de miseria y abandono de la citada comunidad por la falta de devolución de su territorio tradicional, la Corte IDH se pronunció sobre las obligaciones que se derivan del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4.1. de la CADH. La Corte IDH sostuvo que:

[...] una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. [En este sentido,] el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.³⁵

La Corte IDH concluyó que los miembros de la comunidad yakye axa vivían en condiciones de miseria extrema “como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales”, así como a la “precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras”. La Corte IDH observó que los miembros de la comunidad yakye axa “hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales”. El desplazamiento de los indígenas a estas tierras ocasionó que tuvieran especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprendía su asentamiento temporal no contaba con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la comunidad veían imposibilitado “el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios”. Estas condiciones impactaron negativamente en la debida nutrición de los miembros de la comunidad. A ello se sumaban las especiales deficiencias en la educación que recibían los niños y la inaccesibilidad física y económica de la atención en salud.³⁶

Para la Corte IDH, las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia, impactaban “de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”. Para los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran “están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia”.³⁷

En consecuencia, la Corte IDH declaró que el Estado violó el artículo 4.1. de la CADH, en perjuicio de los miembros de la comunidad yakye axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna.³⁸

34 *Ibidem*, párr. 124.

35 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 162.

36 *Ibidem*, párrs. 164-165.

37 *Ibidem*, párr. 167.

38 *Ibidem*, párr. 176.

En este mismo caso, la CIDH y los representantes alegaban que el Estado era también responsable por la muerte de 16 miembros de la comunidad por causas que habrían podido evitarse con una adecuada alimentación y asistencia médica. La Corte IDH consideró que no disponía de los elementos probatorios suficientes como para establecer las causas de los mencionados fallecimientos, por lo que no decretó una violación del derecho a la vida imputable al Estado por las mencionadas muertes.³⁹

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

[...] un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.⁴⁰

En el caso bajo análisis no existía controversia entre las partes respecto a que las condiciones en las que vivían los miembros de la comunidad sawhoyamaxa eran inadecuadas para una existencia digna, ni respecto a la realidad e inminencia del peligro que tales condiciones representaban para su vida. La controversia radicaba en determinar si el Estado era responsable de que las víctimas estuviesen en esas condiciones y si había adoptado las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida.⁴¹ Luego de estudiar la evidencia sometida, el Tribunal consideró que tales muertes eran atribuibles al Estado.⁴²

Pese a esta jurisprudencia que define las medidas necesarias que Paraguay debía tomar para proteger el derecho a la vida digna de los indígenas, un nuevo caso contra el Paraguay, prácticamente idéntico a los anteriores, llegó a la Corte IDH pocos años después. Se trata del caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, en el cual la Corte IDH nuevamente concluyó que el Estado no había brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna de todos los miembros de la comunidad, lo que equivalía a una violación del artículo 4.1. de la CADH.⁴³ Asimismo, la Corte IDH observó que varias personas fallecieron por “enfermedades que eran de fácil prevención si hubieran recibido asistencia periódica y constante o mediante un control adecuado de salud”, lo que también comprometía la responsabilidad internacional del Estado.⁴⁴

2.6. Derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH)

2.6.1. Violación sexual

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

39 *Ibidem*, párrs. 177-178.

40 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 155.

41 *Ibidem*, párr. 156.

42 *Ibidem*, párr. 176.

43 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

44 *Ibidem*, párrs. 223-234.

México señaló ante la Corte IDH que los múltiples relatos de los hechos que la víctima hizo en el procedimiento interno –así como en el internacional– tenían varias imprecisiones. La Corte IDH observó que la señora Fernández Ortega hablaba me’paa y que para ser entendida por el funcionario del Ministerio Público que recibió su denuncia debió contar con la asistencia de una persona que no era intérprete de oficio. Otros relatos de los hechos se realizaron mediante la presentación de un escrito y no por el testimonio directo de la víctima. Dicho escrito, si bien fue firmado por la víctima, fue redactado por un tercero, quien además tuvo que reproducir en español lo que ella manifestaba en me’paa, o redactar lo que un intérprete al español le indicaba, circunstancia que, a criterio de la Corte IDH, “indudablemente p[odía] derivar también en imprecisiones”. En consecuencia, la Corte IDH resolvió que: “las diferencias de relato, más que un problema de consistencia, p[odían] deberse a obstáculos en la expresión, a la intervención de terceros, o producto del uso de diferentes idiomas o interpretaciones en las traducciones”. Además, los hechos relatados por la víctima se referían a un momento traumático, cuyo impacto podía causar “determinadas imprecisiones al recordarlos”.⁴⁵

Luego de dar por probados los hechos denunciados, la Corte IDH consideró que la violación sexual constituía un acto de tortura en los términos del artículo 5.2. de la CADH y 2 de la CIPST.⁴⁶ También señaló que los mismos hechos violaban el derecho reconocido en el artículo 11 de la CADH, pues el concepto de vida privada contemplado en ese artículo era un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprendía, entre otros, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. La Corte IDH estableció que la violación sexual de la víctima vulneró:

[...] valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.⁴⁷

Asimismo, la Corte IDH estableció que el Estado había incurrido en deficiencias graves en la investigación de los hechos, entre otras, la falta de traductores que hablaran me’paa.⁴⁸ Por todo ello, la Corte IDH concluyó que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia en la investigación de la violación sexual. Hechos muy similares se presentaron en *Rosendo Cantú y otra*.⁴⁹ La señora Rosendo Cantú, otra indígena perteneciente a la comunidad me’phaa, quien al momento de los hechos era menor de edad, denunció que el 16 de febrero de 2002 se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio, cuando ocho militares se acercaron a ella y la rodearon. Dos militares la interrogaron mostrándole la fotografía de una persona y una lista con nombres. Luego de que la víctima contestara que no conocía a tales individuos, los militares procedieron a violarla y golpearla.

Horas después del ataque, la señora Rosendo Cantú acudió a un centro de salud e indicó al personal médico que recibió golpes con armas militares, pero no mencionó la violación sexual. Días más tarde acudió a un hospital donde tampoco indicó que había sido violada. La Corte IDH consideró que el hecho de que la víctima no indicara que había sido violada en las dos primeras consultas médicas debía ser contextualizado “en las circunstancias propias del caso y de la víctima”. La Corte IDH indicó que “las agresiones sexuales correspond[ía]n a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar”, y que ello sucedía en las comunidades indígenas “por las particularidades tanto culturales como sociales que la víctima t[enía] que enfrentar”, en especial el rechazo por parte de su comunidad, así como por miedo a represalias. La Corte IDH tuvo en cuenta que la víctima “era una niña que [había sido] sometida a un evento traumático en el que, además de ser agredida física y sexualmente, recibió por parte de los militares que la atacaron amenazas de muerte contra los miembros de su comunidad”.⁵⁰ Es con base en esto

45 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 105.

46 *Ibidem*, párrs. 121-128.

47 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 129.

48 *Ibidem*, párrs. 184-198.

49 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010.

50 *Ibidem*, párr. 95.

que, a criterio de la Corte IDH, el no haber indicado la violación sexual en un inicio no desacreditaba sus declaraciones posteriores en la que sí narró el ataque.

Una vez que la Corte IDH tuvo por probados los hechos denunciados, consideró que los mismos cumplían con los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura,⁵¹ por lo que declaró culpable al Estado mexicano de la violación de los artículos 5.2. de la CADH y 2 de la CIPST. Al igual que en el caso *Fernández Ortega*, en este caso la Corte IDH también declaró la violación del derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 11 de la CADH.⁵²

En el caso *Río Negro*, la Corte IDH dio por probado que durante las masacres realizadas contra la comunidad, varias mujeres y niñas fueron constantemente violadas sexualmente y luego ejecutadas.⁵³

2.6.2. Afectación a la integridad personal

En *Bámaca Velásquez*, caso relativo a la desaparición forzada del indígena Efraín Bámaca Velásquez, la Corte IDH consideró que “el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana”. De la misma forma, señaló que “los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para estos”. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asumía “una significación muy especial” en la cultura maya, a la cual pertenecía el señor Bámaca Velásquez.⁵⁴

En el caso *Moiwana*, la Corte IDH consideró que una de las principales fuentes de sufrimiento para los miembros de la comunidad fue que ignoraban el paradero de sus seres queridos que fueron ejecutados en la masacre perpetrada por agentes estatales. Como resultado, no podían honrar a sus muertos y enterrarlos según los principios fundamentales de su cultura. Las afectaciones emocionales también se derivaban del hecho de que varios de los cadáveres fueron incinerados, lo cual era contrario a las costumbres tribales. Estos hechos fueron considerados por la Corte IDH como violatorios del artículo 5 (derecho a la integridad personal) de los familiares.⁵⁵ Además, la Corte IDH consideró que se había afectado la integridad personal de los miembros de la comunidad “por el sufrimiento que les ha[bía] causado la obstaculización, a pesar de sus esfuerzos persistentes, para obtener justicia por el ataque a su aldea, particularmente a la luz del énfasis de los N’djuka en sancionar apropiadamente las violaciones cometidas”.⁵⁶ La ausencia de recursos efectivos fue considerada por la Corte IDH como fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas y sus familiares; incluso creó en los miembros de la comunidad la convicción de que el Estado los discriminaba activamente.⁵⁷

Debido a la impunidad y al desconocimiento por parte de los miembros de la comunidad acerca de los motivos de tal ataque, estos habían sufrido “una profunda ansiedad” frente a la posibilidad de enfrentar hostilidades si regresaban a sus tierras tradicionales”.⁵⁸ Por todo lo anterior, la Corte IDH concluyó que los miembros de la comunidad moiwana sufrieron emocional, psicológica, espiritual y económicamente, lo que constituía una violación por parte del Estado del artículo 5.1. de la CADH.

En el caso *Xákmok Kásek*, las condiciones de vida miserables que padecían los miembros de la comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en el que se encontraban generaron, a criterio de la Corte IDH, “sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la comunidad”, todo ello en violación del artículo 5.1. de la CADH.⁵⁹

51 Para un análisis de los elementos objetivos y subjetivos de la tortura, ver el comentario al artículo 5 (derecho a la integridad personal), a cargo de Nash.

52 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 118-121.

53 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

54 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, párr. 81.

55 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 100.

56 *Ibidem*, párr. 93.

57 *Ibidem*, párr. 94.

58 *Ibidem*, párr. 97.

59 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 244.

En el caso *Río Negro*, las víctimas ejecutadas extrajudicialmente en las masacres no recibieron sepultura de conformidad con las tradiciones de la comunidad. Los cuerpos fueron tirados a un barranco y cubiertos con piedras y ramas, enterrados en fosas clandestinas, algunas víctimas fueron enterradas parcialmente y otras dejadas a la intemperie, y ciertos cuerpos fueron calcinados. Aunado a ello, los indígenas no podían realizar cualquier otro tipo de rituales, pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se encontraban inundados a raíz de la construcción de una hidroeléctrica. A diferencia de los casos citados anteriormente, la Corte IDH no solamente declaró la violación del derecho a la integridad personal, sino que también declaró la violación del derecho a la libertad de conciencia y religión.⁶⁰

2.7. Garantías judiciales (artículo 8 de la CADH)

2.7.1. Derecho de las víctimas a contar con un intérprete

El acceso a la justicia estatal por parte de los pueblos indígenas está estrechamente relacionado con su capacidad de hacerse entender en su propio idioma. En *Tiu Tojín*, relativo a la desaparición forzada de dos indígenas, la Corte IDH tuvo por demostrado que los familiares de las víctimas desaparecidas enfrentaron obstáculos para acceder a la justicia, en razón a su pertenencia al pueblo indígena Maya.⁶¹

Para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas y que la investigación de los hechos se realizara con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debía “asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin”. De mismo modo, el Estado debía garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas no tuvieran que hacer “esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación”.⁶²

En el caso *Rosendo Cantú y otra*, cuando la víctima, quien no hablaba español con fluidez, acudió a denunciar la violación sexual que padeció, no se le proveyó la asistencia de un intérprete. Ello fue calificado por la Corte IDH como un hecho que no respetó la identidad cultural de la víctima y no resultó adecuado “para asegurar la calidad del contenido de la declaración ni para proteger debidamente la confidencialidad de la denuncia”.⁶³

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

En primer lugar, no es clara la fuente normativa de la cual se deriva esta obligación. En los dos casos narrados anteriormente, el Tribunal ubicó sus consideraciones en los acápites relativos al artículo 8 (garantías judiciales) de la CADH, pero no resulta claro a qué obligación concreta del artículo 8 corresponde este derecho. Recordemos que el artículo 8 es una norma que contiene una serie de obligaciones del Estado a cumplirse en procedimientos judiciales y administrativos de variada índole.⁶⁴ Parecería que la sección más adecuada para ubicar este derecho es en el “derecho a ser oído” contenido en el numeral 1 del artículo 8. Una persona no podría ser oída y, por ende, activar la acción estatal en su beneficio o en su protección, si el Estado no facilita la comprensión entre la víctima y los investigadores y juzgadores.

En segundo lugar, no resulta claro si este derecho es únicamente de los indígenas o si correspondería también a no indígenas que no hablan el idioma oficial (e.g. extranjeros). Dado que la regla general

60 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párrs. 154-165.

61 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 97.

62 *Ibidem*, párr. 100.

63 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 179.iv.

64 Para un análisis de las obligaciones estatales establecidas en el artículo 8 de la CADH (garantías judiciales), ver el comentario a cargo de Ibáñez.

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

En tercer lugar, no resulta claro de la jurisprudencia de la Corte IDH si el no contar con un intérprete a la hora de denunciar un delito podría ser violatorio de otros derechos distintos al derecho a ser oído. En *Tiu Tojin*, la Corte IDH habla de “debida diligencia” y “sin discriminación”, mientras que en *Rosendo Cantú* se habla de la “identidad cultural” y la “confidencialidad de la denuncia”, pero no se decretan violados otros derechos más allá del artículo 8 de la CADH. Nada impediría, sin embargo, que dependiendo de las circunstancias del caso concreto, la falta de un intérprete capacitado violara la igualdad ante la ley, protegida según sea el caso por los artículos 1.1. y 24 de la CADH, o la autonomía personal y vida privada (que incluiría la vida cultural y la secrecía de ciertos datos personales), protegidas por el artículo 11 de la CADH. Habrá que esperar que la Corte IDH responda en un futuro caso a estas interrogantes.

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

2.7.2. Derecho a ser asistido por un defensor

En el caso *Yakye Axa*, la Corte IDH analizó el proceso penal seguido en contra de algunos miembros de la comunidad indígena. Dicho proceso inició por denuncias elevadas a las autoridades por los propietarios de las tierras que la comunidad reclamaba, quienes acusaban a los indígenas de haber iniciado sistemáticas incursiones dentro del inmueble.⁶⁵

Los líderes de la comunidad designaron un abogado a fin de que representara a los acusados en el proceso penal, lo cual fue aceptado en un inicio por el juez de la causa, pero frente a la oposición de la parte actora, el juez revocó su providencia anterior y no permitió la participación del abogado defensor.⁶⁶

65 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 50.78.

66 *Ibidem*, párr. 115.

La Corte IDH consideró que la falta de un abogado defensor constituía una violación a las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la CADH. Señaló que los inculcados tenían derecho, con el objeto de ejercer su defensa, a examinar a los testigos que declararon en su contra y a su favor, así como el de hacer comparecer a personas que pudieran arrojar luz sobre los hechos.⁶⁷ La Corte IDH consideró que Paraguay, al impedir la participación del abogado defensor de los indígenas, desconoció los derechos consagrados en los artículos 8.1., 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f y 25 de la CADH.⁶⁸

2.7.3. Estereotipos y prejuicios sociales en las sentencias internas

En el caso *Norín Catrimán y otros*, la Corte IDH tuvo por demostrado que en varios pasajes de las sentencias condenatorias de líderes mapuches que reclamaban su territorio se emplearon estereotipos y prejuicios étnicos. La Corte IDH consideró que la sola utilización de razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configura una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley.⁶⁹

A criterio de la Corte IDH, puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal “si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal”.⁷⁰ La Corte IDH definió el significado de “estereotipos” como “pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado”. Asimismo, la Corte IDH indicó que las condiciones discriminatorias basadas en estereotipos “socialmente dominantes y socialmente persistentes”, se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades”.⁷¹

2.8. Derecho a usar la lengua propia (artículo 13 de la CADH)

En el caso *López Álvarez* se denunciaba que el director de un centro penitenciario prohibió hablar en su idioma tradicional a la población garífuna reclusa en dicho centro, incluido el señor Alfredo López Álvarez. La Corte IDH indicó que el artículo 13.1. de la CADH consagra expresamente la libertad de difundir oralmente información, y consideró que “uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que este implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento”. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas “son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.⁷²

La prohibición impuesta al señor López Álvarez y a los demás reclusos garífunas fue calificada por la Corte IDH como una medida injustificada que lesionaba “la individualidad del detenido” y no obedecía a “condiciones de seguridad o a necesidades de tratamiento”. Asimismo, sostuvo que “la observancia de reglas en el trato colectivo de los detenidos dentro de un centro penal, no concede al Estado en el ejercicio de su facultad de punir, la potestad de limitar de forma injustificada la libertad de las personas de expresarse por cualquier medio y en el idioma que elijan”. La prohibición de hablar en lengua garífuna adquiriría una “especial gravedad”, puesto que “el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna”. De ese modo, la prohibición “afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad”.⁷³

67 *Ibidem*, párr. 117.

68 *Ibidem*, párr. 119.

69 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 228.

70 *Ibidem*, párr. 223.

71 *Ibidem*, párr. 224.

72 Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. FRC. 2006, párr. 164.

73 *Ibidem*, párrs. 166-169.

La Corte IDH agregó que los Estados “deb[ían] abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que t[uvieran] efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”. Además, los Estados “deb[ían] tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos”, siendo la lengua “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”. Consecuentemente, declaró que al prohibir al señor Alfredo López Álvarez expresarse en el idioma de su elección durante su detención, “el Estado aplicó una restricción al ejercicio de su libertad de expresión incompatible con la garantía prevista en la Convención y que, a su vez, constituyó un acto discriminatorio en su contra”, lo cual implicó una violación de la libertad de pensamiento y de expresión y del derecho a la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 13 y 24 de la CADH.⁷⁴

2.9. Derecho a la familia (artículo 17 de la CADH)

En el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH reconoció el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte.⁷⁵ En dicho caso, la familia Chitay sufrió constantes amenazas y persecuciones, sus integrantes tuvieron que desplazarse fuera de su comunidad, el núcleo familiar se vio fragmentado y el padre de familia, señor Florencio Chitay, fue desaparecido forzosamente. La Corte IDH estimó que existió una afectación directa a los miembros de la familia Chitay, lo que constituía un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger a toda persona contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia. Consecuentemente, declaró la violación del derecho reconocido en el artículo 17 de la CADH.⁷⁶

En otro caso guatemalteco, *Chichupac*, relativo a la desaparición forzada de varios indígenas, la Corte IDH declaró la violación del derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas desaparecidas, pero además declaró la violación del derecho a la familia. Según la Corte IDH, la falta de un entierro de acuerdo con las tradiciones de la cultura maya achí “rompió las relaciones de reciprocidad y armonía entre vivos y muertos, afectando la unión de las familias con sus ancestros”.⁷⁷

2.10. Derecho a la propiedad comunal (artículo 21 de la CADH)

2.10.1. Fuente normativa del derecho a la propiedad comunal

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

Para proteger el derecho a la propiedad comunal, la primera tarea que tuvo la Corte IDH fue interpretar el contenido y alcance del artículo 21. De la lectura de tal artículo, la Corte IDH concluyó, en *Awás Tingni*, que el término “bienes” se refería a “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”. Tal concepto comprendería “todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.⁷⁸

Mediante una “interpretación evolutiva” de la CADH, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b. de dicho tratado –que prohíbe una interpretación

74 *Ibidem*, párrs. 170-174.

75 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 159.

76 *Ibidem*, párr. 163.

77 Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 165.

78 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 144.

restrictiva de los derechos—, la Corte IDH consideró que el artículo 21 de la CADH protegía “el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.⁷⁹

Posteriormente, la Corte IDH resaltó que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”.⁸⁰

En los casos *Triunfo de la Cruz y Xucuru*, la Corte IDH explicó que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales, y el deber de protección que emana del artículo 21 de la CADH, “a la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como los derechos reconocidos por los Estados en sus leyes internas o en otros instrumentos y decisiones internacionales”, conforman un *corpus juris* que define las obligaciones de los Estados en relación con la protección de los derechos de propiedad indígena.⁸¹ Llama la atención que la Corte IDH no haya citado la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento regional que también debería guiar las tareas interpretativas de la Corte IDH y los Estados de la región.

2.10.2. Importancia del territorio para los pueblos indígenas y tribales

La noción que los indígenas tienen del dominio y de la posesión sobre sus tierras tradicionales no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, “pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana”. La Corte IDH ha señalado que:

[...] desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.⁸²

Estas específicas formas de uso y goce del territorio fueron estudiadas en *Awás Tingni*. En donde la Corte IDH reconoció que entre los indígenas:

[...] existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁸³

En el caso *Yakye Axa*, la Corte IDH volvió a resaltar la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra, la cual debía de ser “reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”.⁸⁴ Asimismo, sostuvo que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas:

[...] corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí

79 *Ibidem*, párr. 148.

80 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 143.

81 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 103. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFRC. 2018, párr. 116.

82 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 120. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 87.

83 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 149.

84 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 131.

se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.⁸⁵

Además, la Corte IDH reconoció en *Sarayaku* que la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas “usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales”, lo que los expondría a condiciones de vida precarias, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades, y a desprotección. Todo lo cual podría conllevar a “varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma”.⁸⁶

Entre esos otros derechos básicos que se podrían verse afectados por la falta de acceso al territorio tradicional, la Corte IDH identificó en *Xucuru* el derecho a la identidad cultural y “la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.⁸⁷

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

La propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales se fundamenta en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos necesarios para la subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales. En *Awás Tingni*, la Corte IDH indicó que “la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.⁸⁸

En el caso *Moiwana*, las partes comparecientes ante la Corte IDH estaban de acuerdo en que los miembros de la comunidad no tenían un título legal formal –colectivo o individual– sobre sus tierras tradicionales. El territorio pertenecía al Estado.⁸⁹ Sin embargo, los miembros de la comunidad moiwana poseían una “relación omnicompreensiva” con sus tierras tradicionales. Dicha relación no se centraba en el individuo, sino en la comunidad como un todo. Además, la ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes había sido reconocida y respetada durante años por otros clanes y por las comunidades indígenas vecinas. Por ello, dicha ocupación tradicional debía, a criterio de la Corte IDH, “bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad”, aunque los límites exactos de ese territorio debían determinarse “previa consulta con dichas comunidades vecinas”.⁹⁰ En el caso *Xucuru*, la Corte IDH incluso afirmó que “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”.⁹¹

En vista de que el fundamento de la propiedad comunal es el uso y ocupación históricos, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales existen, aun sin actos estatales que los precisen o sin un título formal de propiedad.⁹² Las acciones de reconocimiento oficial deben ser consideradas no como meras transferencias o como el otorgamiento de nuevos derechos, sino como formas de acreditación de un dominio anterior.

El ejercicio del derecho de propiedad comunal no está condicionado a su reconocimiento expreso por el Estado, pues la existencia de un título formal de propiedad no es requisito para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena bajo el artículo 21 de la CADH.⁹³

85 *Ibidem*, párr. 135.

86 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 147.

87 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 115.

88 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 151.

89 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 130.

90 *Ibidem*, párr. 133.

91 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 117.

92 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128.

93 *Idem*.

La disociación entre el derecho consuetudinario de propiedad indígena y la existencia o no de un título formal de propiedad implica que el acto de titulación por parte del Estado es un acto de reconocimiento y protección oficiales, pero no constitutivo de derechos. La posesión y uso consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser el criterio rector en la identificación y garantía de estos derechos a través de la titulación. En suma, para definir cuáles son las tierras que un pueblo o comunidad determinada usa o posee debe observarse las formas y modalidades de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y recursos naturales. Como lo ha expuesto la Corte IDH, la relación única con el territorio tradicional:

[...] puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.⁹⁴

La noción de posesión del territorio indígena es entendida por la Corte IDH en un sentido amplio, que comprende la ocupación física del territorio, así como actividades de carácter permanente o estacional y usos relacionados con la cultura y espiritualidad de los pueblos indígenas o tribales.

2.10.4. Delimitación de los territorios indígenas

Si bien el reconocimiento oficial no es constitutivo del derecho de propiedad comunal sobre los territorios tradicionales, esto no quiere decir que el Estado esté exento de reconocer y delimitar el territorio indígena. La delimitación es necesaria tanto para asegurar los derechos territoriales, como para ofrecer seguridad jurídica. Por ejemplo, en *Awás Tingni*, existían “traslapos” o sobreposiciones en las que otras comunidades indígenas alegaban derechos sobre las mismas tierras reclamadas por la comunidad awas tingni. El Estado sostenía que parte de las tierras reclamadas eran de su propiedad. La comunidad awas tingni no tenía un título oficial de propiedad sobre las tierras que reclamaba.⁹⁵ La Corte IDH advirtió que los límites del territorio sobre el cual existía el derecho de propiedad de dicha comunidad no habían sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación había creado “un clima de incertidumbre permanente” entre los miembros de la comunidad en cuanto no sabían con certeza hasta dónde se extendía geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocían hasta dónde podían usar y gozar libremente de los respectivos bienes.

Por este y otros motivos, la Corte IDH declaró que el Estado había violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la comunidad awas tingni, y estimó que los indígenas tenían derecho a que el Estado: 1. delimitara, demarcara y titulara el territorio tradicional; y 2. se abstuviera de realizar, hasta tanto no se procediera con la delimitación, actos que pudieran llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actuaran con su aquiescencia o su tolerancia, afectaran la existencia, valor, uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica de la comunidad.⁹⁶

Para efectos de identificar el territorio tradicional, la Corte IDH ha examinado la ocupación y utilización históricas de las tierras y recursos por parte de la comunidad, el desarrollo de prácticas tradicionales en tales tierras, la toponimia de la zona, y estudios y documentación técnicos,⁹⁷ siempre teniendo en cuenta que “el territorio tradicional relevante, a efectos de la protección del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la comunidad, no es el de sus ascendientes sino el de la propia comunidad”.⁹⁸

En suma, el reconocimiento oficial de la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios no es un acto que queda en la discreción del Estado, sino una obligación, que requiere de

94 *Ibidem*, párr. 131.

95 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 103.

96 *Ibidem*, párr. 153.

97 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 93-107.

98 *Ibidem*, párr. 95.

medidas positivas. Tal reconocimiento oficial debe estar plasmado en un título jurídico formal,⁹⁹ debidamente registrado.¹⁰⁰ Dado que la visión indígena sobre sus territorios es de carácter colectiva, la titulación y el correspondiente registro oficial deben también ser de carácter colectivo, reflejándose la propiedad comunitaria de la tierra,¹⁰¹ sin perjuicio de las formas de organización interna de los pueblos indígenas en cuanto a la tenencia de la misma.

El título de propiedad sobre los territorios indígenas debe, además, otorgar seguridad jurídica. La Corte IDH definió que la seguridad jurídica garantiza:

[...] la estabilidad en las situaciones jurídicas y es parte fundamental en la confianza de la ciudadanía en la institucionalidad democrática. Esta confianza, es uno de los pilares esenciales sobre los cuales descansa un Estado de Derecho, siempre que se funde en una real y efectiva certeza de los derechos y libertades fundamentales.¹⁰²

La seguridad jurídica se ve asegurada “en tanto exista confianza que los derechos y libertades fundamentales serán respetados y garantizados a todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado”.¹⁰³

Aplicando esos estándares generales sobre seguridad jurídica al caso específico de los territorios indígenas, la Corte IDH concluyó que “un reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece de sentido si las poblaciones o pueblos interesados no pueden ejercitar plenamente y de forma pacífica su derecho”.¹⁰⁴ Así, la Corte IDH estimó que “el deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar a los pueblos indígenas su derecho a la propiedad implica necesariamente, en atención al principio de seguridad jurídica, que el Estado debe delimitar, demarcar y titular los territorios de las comunidades indígenas y tribales”.¹⁰⁵

Finalmente, la Corte IDH ha señalado que otorgar a los indígenas meros privilegios para usar las tierras, en vez de garantizarles el uso y goce permanente de su territorio, no es suficiente para garantizar su derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la CADH.¹⁰⁶

2.10.5. Devolución del territorio tradicional perdido

Como se indicó anteriormente, el artículo 21 de la CADH protege tanto el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales, como el derecho a la propiedad privada de los particulares. Sea cual fuere el caso –propiedad privada o comunitaria–, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y, por tanto, su protección tampoco lo es. La Corte IDH ha sostenido –respecto a la propiedad comunal– que aunque:

[...] reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones.¹⁰⁷

En cuanto a la propiedad privada, la Corte IDH ha señalado que:

[e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el

99 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

100 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awajitjngi vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 153 y ss.

101 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

102 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 122.

103 *Ibidem*, párr. 123.

104 *Ibidem*, párr. 124.

105 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 104.

106 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 115.

107 *Ibidem*, párr. 127.

Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.¹⁰⁸

En cuanto a la propiedad colectiva, la Corte IDH ha dispuesto que:

Con respecto al derecho a la propiedad colectiva, resulta necesario reiterar que este no es absoluto y que, cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas o tribales a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, estas deben respetar ciertas pautas, las cuales deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Asimismo, el primer párrafo del artículo 21 de la Convención establece el derecho a la propiedad y señala como atributos de la propiedad el uso y goce del bien e incluye una limitación a dichos atributos de la propiedad en razón del interés social. A su vez, el segundo inciso refiere a la expropiación de bienes y los requisitos para que tal actuar del Estado pueda considerarse justificado.¹⁰⁹

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

La Corte IDH ha respondido a esta pregunta de dos maneras. En primer lugar, la Corte IDH ha revisado si la legislación nacional del Estado demandado da prioridad a un derecho de propiedad sobre el otro. En caso de que la legislación nacional priorice el derecho a la propiedad comunal, la Corte IDH fallará en ese sentido, protegiendo el derecho al territorio indígena.¹¹⁰

En segundo lugar, si la legislación nacional no da prioridad a la propiedad indígena sobre la propiedad privada, la Corte IDH ha analizado tres cuestiones: 1. si los indígenas tienen derecho a reclamar la devolución del territorio perdido; 2. si el derecho a solicitar la devolución, de existir, tiene un límite temporal, y 3. bajo qué supuestos sería aceptable despojar a los dueños actuales de las tierras para entregárselas a los indígenas, o viceversa, negar a los indígenas su reclamo territorial reconociendo el derecho a la propiedad privada que asiste a los dueños actuales. En cualquier caso, las limitaciones o restricciones al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales no deben implicar “una denegación en su subsistencia como pueblo”.¹¹¹

2.10.5.1. El derecho a la devolución de las tierras

Si una comunidad ha perdido la posesión de sus tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad, mantiene el derecho de propiedad sobre las mismas, “aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe”.¹¹²

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

Si los indígenas ya no tienen la posesión de sus tierras y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros poseedores de buena fe, se entenderá que los indígenas perdieron la propiedad de las tierras,

108 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 60.

109 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 154.

110 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 127.

111 *Ibidem*, párr. 155.

112 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 111.

pero “tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”. La posesión, entonces, “no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”.¹¹³ Cabe indicar, sin embargo, que así como el derecho a la propiedad no es absoluto, el derecho a solicitar la recuperación de estas tampoco lo es, puede ser delimitado en el tiempo y puede ser derrotado frente a otro tipo de derechos (propiedad privada) o intereses colectivos (bien común o interés público). Esto lo analizaremos a continuación.

2.10.5.2. Caducidad del derecho a reclamar las tierras

El segundo punto consiste en dilucidar si el derecho a solicitar la devolución de las tierras tiene un límite temporal. Para responder a este interrogante, la Corte IDH tomó en cuenta que “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales”, y concluyó que “[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”.¹¹⁴

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

[...] puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.¹¹⁵

De lo anterior se deduce que si una comunidad logra demostrar que: 1. las tierras que reclama son sus tierras tradicionales, y 2. que mantiene una relación con las mismas a pesar de que están en manos de terceros, podría afirmarse que el derecho a reclamarlas permanece vigente.

A lo anterior debe agregarse una consideración especial que la Corte IDH señaló acertadamente: la relación con la tierra debe ser posible. En el caso *Sawhoyamaya*, la Corte IDH señaló:

En casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan.¹¹⁶

La Corte IDH concluyó que la relación entre la comunidad sawhoyamaya y su territorio no había caducado. A similar conclusión llegó en *Xákmok Kásek*.¹¹⁷

2.10.5.3. ¿A qué derecho dar prioridad?

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

Lo primero que se debe tener presente es que ambos derechos están protegidos por la CADH y, por ello, no puede alegarse sin más que siempre que se presenta esa colisión de derechos uno prevalezca sobre el otro. Así lo señaló la Corte IDH cuando expuso que:

113 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128.

114 *Ibidem*, párr. 131.

115 *Idem*.

116 *Ibidem*, párr. 132.

117 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 116.

[...] el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo ‘objetivo y fundamentado’ suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales.¹¹⁸

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

La respuesta a este tipo de casos está en lo que la Corte IDH llamó “juicio de proporcionalidad”.¹¹⁹ Este juicio tiene en cuenta: 1. la legalidad de la restricción; 2. el fin que se persigue con la restricción y la idoneidad de las medidas que sirven para cumplir con ese fin; 3. la necesidad de la restricción; y 4. la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si se garantiza en forma amplia un derecho, sin hacer nugatorio el otro.¹²⁰

2.10.5.4. Legalidad de la restricción

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

Ahora, supongamos que en un determinado país no existe normativa que permita la expropiación y se puedan presentar dos casos: 1. que se expropie de todos modos las tierras de los particulares y se las entregue a los indígenas, o 2. que todos los reclamos indígenas sean rechazados por falta de ley. En el primer supuesto, aun cuando el derecho de los indígenas pueda quedar satisfecho, los propietarios particulares podrían denunciar que el Estado procedió a despojarles de sus tierras ilegalmente. En este supuesto, el Estado habría incumplido al menos el principio de la reserva legal y sería responsable frente a los particulares. Por su parte, en el segundo supuesto, los indígenas podrían demandar al Estado por no ofrecerles un procedimiento que les permita el reclamo de sus tierras. Así lo entendió la Corte IDH cuando señaló que:

[d]e conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1. de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.¹²¹

118 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 138.

119 El término “juicio de proporcionalidad” fue utilizado por primera vez por la Corte en el caso *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C n.º 177, párr. 51.

120 Antes de la jurisprudencia que introdujo el “juicio de proporcionalidad”, el orden en que se presentaban los elementos evaluativos de las restricciones era el siguiente: “cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 144.

121 *Ibidem*, párr. 102.

2.10.5.5. Finalidad e idoneidad de la restricción

Para la Corte IDH “[e]n este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención”.¹²² Como se señaló anteriormente, tanto la protección a la propiedad privada como a la comunal son fines compatibles con la CADH. Ambos derechos están protegidos por el artículo 21 de dicho tratado y ambos derechos son necesarios para una sociedad democrática.

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

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

2.10.5.6. Necesidad de la restricción

En el juicio de necesidad, la Corte IDH debe “examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas”.¹²³

En este paso del análisis, los indígenas deben demostrar cualquiera de estas dos opciones excluyentes: 1. que salvo la expropiación no existe otra alternativa para satisfacer su derecho a la propiedad comunal, o 2. que aun cuando existan otras alternativas –que también hayan satisfecho el juicio de idoneidad– la expropiación es la única que satisface la propiedad comunal. Por su parte, el Estado demandado debe demostrar que, además de la expropiación, existen otras medidas menos gravosas sobre el derecho a la propiedad privada con las cuales se podría obtener el mismo fin. Por ejemplo, demostrando que una expropiación parcial de los territorios en los cuales se encuentran los cementerios tradicionales, más la entrega de tierras alternativas, cumpliría el mismo fin que la expropiación total. Dicho de otro modo, deberá analizarse si existe alguna medida alternativa que, de manera clara y contundente, alcance el mismo resultado a un menor costo. En los casos *Yakye Axa*, *Sawhoyamaxa* y *Xákmok Kásek* no hubo prueba de la existencia de otras medidas idóneas menos lesivas.

2.10.5.7. Estricta proporcionalidad de la restricción

Finalmente, debe evaluarse “si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”.¹²⁴ La proporcionalidad persigue determinar si los beneficios que se derivan de la restricción superan los perjuicios que se causan con la misma.

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

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

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

122 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. FRC. 2008, párr. 70.

123 *Ibidem*, párr. 74.

124 *Ibidem*, párr. 83.

Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2. de la Convención.¹²⁵

En el caso *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH añadió que un criterio fundamental a la hora de resolver respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, es si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.¹²⁶

Por su parte, en *Yakye Axa*, la Corte IDH consideró que cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de devolver el territorio tradicional a las poblaciones indígenas, deberá compensarlas, ya sea con la entrega de tierras alternativas o con una indemnización en dinero o especie.¹²⁷ En dicho caso, la Corte IDH no señaló cuáles son esas razones justificadas que pudiesen exonerar al Estado de devolver el territorio a los indígenas. Sin embargo, en el caso *Sawhoyamaya* la Corte IDH excluyó como razón justificada el hecho de que las tierras se encuentren en plena productividad.¹²⁸

En *Xákmok Kásek*, la Corte IDH fue aún más enfática al indicar que cualquier argumento bajo el cual los indígenas no puedan, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando estas se encuentren explotadas y en plena productividad, “mira la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos”.¹²⁹

En suma, cuando el derecho a la devolución de las tierras perdidas se enfrente al derecho a la propiedad privada de terceros de buena fe, debe seguirse el test de estricta proporcionalidad indicado líneas arriba. Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los derechos, tanto mayor deberá ser el grado de satisfacción del otro. Esta es una cuestión compleja de argumentación y prueba. Cada parte deberá demostrar que la interferencia en el goce de uno de los derechos satisface al máximo el otro derecho u otros derechos o principios derivados de aquel. En caso de que prime la propiedad comunal sobre la propiedad privada, deberá otorgarse una justa indemnización a los particulares;¹³⁰ y, en el caso contrario, los indígenas deberán recibir ya sea tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie. La elección de cualquiera de estas alternativas (tierras alternativas o indemnización) debe ser consensuada con los indígenas interesados, “conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”.¹³¹ De elegirse tierras alternativas, el Estado deberá asegurarse que estas sean de extensión y calidad suficientes para que la comunidad indígena o tribal desarrolle sus prácticas tradicionales y preserve su cultura.¹³² Las tierras alternativas deberán, en lo posible, encontrarse dentro del territorio de los ancestros de la comunidad.¹³³

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

En el caso *Awás Tingni*, la Corte IDH señaló que el Estado no había creado un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la comunidad, acorde con

125 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 146-148.

126 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 128.

127 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 149.

128 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 139.

129 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 146.

130 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 96.

131 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 151.

132 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 117-121.

133 *Ibidem*, párr. 286.

el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de esta.¹³⁴ Por tal motivo, y teniendo en cuenta que el Estado no se ciñó a un plazo razonable en la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la comunidad para la protección de sus tierras, la Corte IDH declaró la violación del artículo 25 de la CADH.

En *Yakye Axa*, la Corte IDH señaló que en lo que respecta a pueblos indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.¹³⁵ La Corte IDH notó que el Convenio n.º 169 de la OIT en su artículo 14.3. dispone que “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. A criterio de la Corte IDH, esta norma internacional, en conjunción con los artículos 8 y 25 de la CADH, “obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal”.¹³⁶

El procedimiento administrativo paraguayo, analizado en el caso *Yakye Axa*, no se ajustaba a los estándares expuestos y se había mostrado “abiertamente inefectivo”, puesto que únicamente autorizaba a las autoridades administrativas a disponer de tierras fiscales, expropiar tierras irracionalmente explotadas o negociar con los propietarios privados, a efectos de entregarlas a las comunidades indígenas, pero cuando los propietarios particulares se negaban a vender las tierras y demostraban la explotación racional de las mismas, los miembros de las comunidades indígenas no tenían un recurso administrativo efectivo que les permitiera reclamarlas.¹³⁷

En el caso *Sawhoyamaya*, la Corte IDH volvió a pronunciarse sobre el procedimiento administrativo. Señaló que este había sido inefectivo y no había mostrado una posibilidad real para que los miembros de la comunidad sawhoyamaya recuperaran sus tierras tradicionales.¹³⁸ Consecuentemente, decretó la violación de los artículos 8 y 25 de la CADH.¹³⁹ Posteriormente, en el caso *Xákmok Kásek*, la Corte IDH volvió a condenar a Paraguay, pues todavía no había realizado las modificaciones pertinentes en su ordenamiento interno.¹⁴⁰

En *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH consideró que el recurso judicial disponible conforme al Código Civil de Surinam era inadecuado e ineficaz para reparar las violaciones al derecho de propiedad comunal por dos razones. Primero, dicho recurso solo estaba disponible para las personas que reclamaban una violación de sus derechos individuales. El pueblo saramaka, como entidad colectiva cuya personalidad jurídica no estaba reconocida por el Estado, no podía utilizar dicho recurso para afirmar el derecho a la propiedad comunal. Segundo, el derecho a la propiedad comunal no estaba reconocido por el Estado.¹⁴¹

En suma, para materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas es necesario que los Estados adopten medidas legislativas y administrativas necesarias “para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica”.¹⁴²

134 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 138.

135 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 63.

136 *Ibidem*, párrs. 95-96.

137 *Ibidem*, párr. 97.

138 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 108.

139 *Ibidem*, párr. 112.

140 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 90.

141 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 179.

142 Corte IDH. *Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 104. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párrs. 119 y 166.

2.10.7. Saneamiento de los territorios indígenas

Una vez que se ha: 1. identificado el territorio indígena, 2. procedido con la ponderación entre los derechos territoriales indígenas frente a los derechos de propiedad de terceros particulares, dándose privilegio a los primeros por sobre los segundos, y 3. delimitado y titulado los territorios indígenas, el siguiente paso es el saneamiento del territorio tradicional.¹⁴³

El saneamiento:

[...] no solo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas.¹⁴⁴

Si esto no ocurriese, el derecho de propiedad colectiva no estaría siendo garantizado por completo.

A tal efecto, el recurso efectivo para resolver los reclamos territoriales indígenas analizado en el acápite anterior, no debe limitarse únicamente a la titulación formal del territorio colectivo, sino que debe incluir “el desalojo de las personas no indígenas presentes en dicho territorio”.¹⁴⁵

2.10.8. Explotación de recursos naturales en territorios indígenas

Si bien en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya* la Corte IDH ya había considerado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre su territorio tradicional se hacía extensivo a los recursos naturales que en él se encontrarán,¹⁴⁶ fue en el caso *Pueblo Saramaka* en donde se desarrolló esta idea en extenso.

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

La Corte IDH resolvió que el derecho a usar y gozar del territorio “carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”. El reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales “deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida”. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, “es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad”. De este análisis, la Corte IDH entendió que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos por el artículo 21 “son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.¹⁴⁷ En *Triunfo de la Cruz*, la Corte IDH incluso indicó que los Estados “deben garantizar el uso, goce y utilización en igualdad de condiciones y sin discriminación a las playas y mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han utilizado, de conformidad con sus usos y costumbres”.¹⁴⁸

Consecuentemente, las cuestiones probatorias tienen que enfocarse a demostrar que: 1. existe una relación especial con los territorios; 2. existe una relación especial con los recursos naturales –debe

143 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 126.

144 *Ibidem*, párr. 124.

145 *Ibidem*, párr. 133.

146 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 118.

147 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFR. 2007, párr. 122.

148 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 137.

indicarse cuáles; y 3. territorio y recursos son necesarios para la supervivencia física o cultural de la comunidad o pueblo en cuestión.

La Corte IDH también consideró que toda actividad de exploración o extracción de recursos naturales en el territorio de una comunidad podría afectar directa o indirectamente los recursos tradicionales de esa comunidad. La afectación es directa cuando el recurso tradicional es precisamente el recurso explotado. La afectación es indirecta cuando por la extracción de recursos no utilizados por la comunidad se causa perjuicio, en mayor o menor grado, al uso y goce de algún recurso tradicional. En el caso concreto de los saramakas, la tala de bosques era una afectación directa, pues el bosque mismo era un recurso tradicional. Pero, además, al talar los bosques los despojos de esta actividad bloquearon los arroyos, varias zonas que los saramakas utilizaban para sus cultivos se inundaron, el pueblo empezó a tener dificultades para acceder a fuentes de agua limpia y el desarrollo normal de sus actividades pesqueras se vio interrumpido. Todas estas eran afectaciones indirectas que podían ser tanto o más dañinas que las afectaciones directas. De hecho, la actividad maderera llevada a cabo dentro del territorio saramaka causó, conforme a los peritos que declararon ante el Tribunal, impactos sociales, ambientales y de otra índole “graves y traumáticos”, siendo caracterizada como una de las “peor planeadas, más dañinas y derrochadoras” explotaciones forestales.¹⁴⁹

Por estas razones y teniendo como fin evitar que las restricciones impuestas a los saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio fueran evidentemente desproporcionadas, la Corte IDH consideró que el Estado tenía la obligación de: 1. asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo saramaka, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, [en] todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se llev[ara] a cabo dentro del territorio Saramaka”; 2. garantizar que los saramakas “se benefici[aran] razonablemente del plan que se llev[ara] a cabo dentro de su territorio”; y 3. “garantizar que no se emit[era] ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, reali[zaran] un estudio previo de impacto social y ambiental”.¹⁵⁰

El primer requisito antes señalado se refiere a la consulta libre, previa e informada, la cual, por su importancia, será analizada en el siguiente acápite. El segundo requisito se refiere al deber de compartir razonablemente los beneficios de los proyectos de explotación con el pueblo indígena afectado. La justificación de este deber se encuentra, a criterio de la Corte IDH, en el artículo 21.1. de la CADH, que establece que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa”. El derecho a recibir el pago de una indemnización “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado [...], sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”. En el caso de pueblos indígenas y tribales, la indemnización “se traduce en el derecho [de los indígenas] a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia”.¹⁵¹

Finalmente, el tercer requisito se refiere al deber del Estado de realizar estudios de impacto ambiental y social. En el caso del pueblo saramaka las concesiones madereras no habían sido precedidas de tales estudios, lo que desencadenó importantes daños al ambiente y un “impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo saramaka han utilizado tradicionalmente”.¹⁵² De ello, podemos concluir que los Estados deben llevar a cabo o supervisar estudios ambientales y sociales previos, a fin de asegurar que las concesiones o cualquier proyecto de desarrollo afecten en la menor medida de lo posible los derechos de los miembros del pueblo indígena o tribal en cuestión.

149 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 151.

150 *Ibidem*, párr. 129.

151 *Ibidem*, párr. 139.

152 *Ibidem*, párr. 154.

En *Triunfo de la Cruz*, la Corte IDH volvió a insistir en la importancia de la realización de estudios de impacto ambiental y social.¹⁵³

2.11. Consulta previa, accesible, libre e informada

Según la Corte IDH, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados tiene relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH (artículo 1.1.). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal forma que la consulta a comunidades indígenas 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 representativas”.¹⁵⁴

A criterio de la Corte IDH, el derecho a la consulta es un “principio general del Derecho Internacional”¹⁵⁵ que está cimentado, entre otros, en la estrecha relación de dichas comunidades con su territorio y en el respeto de sus derechos a la propiedad colectiva y a la identidad cultural. Dichos derechos deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática.¹⁵⁶

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

El derecho a la consulta se vincula particularmente con el derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la CADH. Este artículo reconoce el derecho de todos los ciudadanos a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos [...] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”.¹⁵⁷

El derecho a la consulta, también está relacionado con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por las decisiones que se tomen sin la participación de los indígenas.¹⁵⁸

Finalmente, la consulta es parte integrante del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales,¹⁵⁹ derecho que ha sido reconocido por la Corte IDH en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*.¹⁶⁰ La libre determinación de los pueblos indígenas responde, a criterio del relator especial de

153 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 177 y ss.

154 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 166. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 159.

155 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 164.

156 *Ibidem*, párr. 217.

157 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 225.

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

159 El relator especial ha señalado que el derecho a la consulta “es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad [...]. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. [...] En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados”. ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 41.

160 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 80.

la ONU, “a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones que los afecten [lo que] tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión”.¹⁶¹

2.11.2. ¿Sobre qué se debe consultar?

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

De la normativa transcrita se desprende claramente que la consulta es sobre todas las medidas que se planeen adoptar, sea por vía legislativa o administrativa, que afecten de manera directa a los indígenas. La consulta, entonces, no se limita únicamente a asuntos que afecten las tierras ancestrales o los recursos naturales de los pueblos indígenas o tribales, sino que comprende todas las acciones administrativas o legislativas de los Estados que puedan tener un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.¹⁶² Por ejemplo, el establecimiento de zonas protegidas o reservas naturales.¹⁶³

2.11.3. ¿Quiénes deben participar en la consulta?

Según la CIDH, la participación en los procesos de consulta corresponde a los miembros individuales de los pueblos indígenas y tribales, y a los pueblos como un todo.¹⁶⁴ Además, la CIDH ha señalado que todos los miembros de tales pueblos deben ser “plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso” y deben contar con una “oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.¹⁶⁵ De darse el caso en que algunos miembros de tales pueblos no jueguen un rol efectivo en la selección, autorización o instrucción de quienes actúan a nombre del pueblo frente a las autoridades, según la CIDH, se desconoce el requisito de participación plena.¹⁶⁶ Del mismo modo, conforme lo indica la CIDH, no podría hablarse de plena participación, si la consulta se realiza:

[...] solo a una determinada banda, clan o segmento del pueblo correspondiente, sin mandato aparente de las demás bandas, clanes o segmentos del mismo; o cuando no se desarrollan consultas apropiadas entre los miembros de todo el pueblo al momento de adoptar decisiones sustanciales sobre dichos derechos o intereses, en particular cuando dichas decisiones conlleven la extinción de los derechos sobre los territorios ancestrales.¹⁶⁷

La Corte IDH ha adoptado una posición menos definida. En *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH omitió en la sentencia de fondo cualquier consideración específica en relación a quién debería ser consultado. Ello motivó al Estado a solicitar al Tribunal que aclarara con quién debería consultar para establecer el mecanismo por el cual se garantizara la participación efectiva del pueblo saramaka. El Estado preguntó si estaba obligado a consultar “con la colectividad de los capitanes saramaka, o con los capitanes individuales de cada territorio, o con el Jefe Máximo (el *Gaa'man*), o con

161 ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 79.

162 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 166.

163 Corte IDH. *Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 170 y 171.

164 Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 diciembre 2009, párr. 286.

165 *Idem*.

166 Comisión IDH. Informe n.º. 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

167 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 286. Comisión IDH. Informe n.º. 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

otras entidades subsidiarias dentro de la cultura, costumbres y tradiciones del pueblo saramaka”.¹⁶⁸ En su sentencia de interpretación, la Corte IDH reconoció que deliberadamente omitió señalar quiénes deberían ser los consultados, puesto que esta decisión recaía en el pueblo saramaka y no en el Estado. Asimismo, reiteró que la consulta se debía realizar de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo en cuestión, siendo el pueblo el que estableciera a sus representantes en cada proceso de consulta.¹⁶⁹

Lo que aún está por definirse en este punto es hasta dónde llega la discreción del pueblo indígena o tribal en la designación de sus representantes o en los procesos internos de toma de decisión. Por ejemplo, ¿podría argüirse que un proceso deliberativo al interior de una comunidad es válido a pesar de que conforme a la cultura de esa comunidad sectores poblacionales como mujeres u homosexuales no tuvieron voz?, ¿debería el Estado incidir para que los sectores excluidos sean tomados en cuenta por el resto de comunidad? Estas y otras preguntas son temas pendientes en el SIDH, pero podría pensarse que los criterios expuestos por la CIDH líneas arriba apuntarían a que si un segmento de la población no participó en los procesos de consulta, no podría hablarse de “plena participación”.¹⁷⁰

Otra cuestión a tener en cuenta es la naturaleza de la medida propuesta y el alcance de su impacto. Así, por ejemplo, en casos de reformas legislativas que interesan a los pueblos indígenas, el derecho a la consulta exige “mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos los pueblos indígenas y al alcance de estos”.¹⁷¹ En cambio, medidas que afecten a un determinado pueblo o comunidad, como afectaciones a su territorio tradicional, requerirán que únicamente se consulte al pueblo afectado.

Finalmente, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas y tribales no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdo que haga con terceros, o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses.¹⁷²

2.11.4. No causar perjuicio a otros pueblos indígenas

Cuando los Estados realicen procesos de consulta a los pueblos indígenas o tribales sobre las tierras tradicionales, deben tener cuidado de no causar perjuicio a otras comunidades indígenas.¹⁷³

La ausencia prolongada de títulos efectivos de propiedad indígenas ha conducido en muchos países a un alto nivel de inseguridad jurídica en torno a los derechos que ostentan las comunidades indígenas sobre sus tierras y territorios tradicionales, lo que en ocasiones se ha traducido en conflictos de propiedad entre las propias comunidades indígenas. En este contexto, la Corte IDH ha tomado en consideración los reclamos legítimos que puedan ostentar comunidades indígenas vecinas sobre las mismas áreas geográficas, y ha estipulado que en los procesos de demarcación, los límites exactos de los territorios indígenas “sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas”, con su participación y consentimiento informado.¹⁷⁴

2.11.5. Participación en todas las instancias

A través de los procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas “en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia

168 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párr. 11.

169 *Ibidem*, párr. 18.

170 La CIDH también ha indicado que la consulta no puede ser interpretada de forma tal que se limiten derechos humanos o el ejercicio de formas pacíficas de protesta social (CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/ Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 321).

171 ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 82.

172 Corte IDH. *Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 160.

173 CIDH. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, párrs. 193 y 197, recomendación 1.

174 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 133 y 210.

como pueblo”. Lo anterior debe realizarse “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación del proyecto o la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes”.¹⁷⁵

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación. El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos meramente formales,¹⁷⁶ o limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños.¹⁷⁷

2.11.6. ¿Quién debe realizar la consulta?

La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado y no de terceros particulares, como podrían ser las empresas que buscan explotar los recursos naturales en territorios indígenas. La CIDH ha denunciado que en varios países de la región se ha privatizado la responsabilidad del Estado al haberse transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas. El resultado ha sido que con frecuencia los procesos de negociación no han tomado en cuenta los derechos de los pueblos indígenas, “porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias”.¹⁷⁸ Por ello, la CIDH ha resaltado que “[l]a consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes”.¹⁷⁹

La Corte IDH reafirmó esta obligación estatal en los siguientes términos:

Es necesario enfatizar 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 en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.¹⁸⁰

2.11.7. La consulta debe ser previa

La consulta con los pueblos indígenas o tribales debe realizarse con suficiente antelación a la adopción de la medida legislativa o administrativa que pueda afectar sus intereses. En el caso de planes o proyectos de inversión o desarrollo, o en el caso de concesiones, la consulta debe darse durante las primeras etapas de estas medidas y “no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad [...]”. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”.¹⁸¹ La CIDH también ha señalado que los procedimientos de consulta se deben desarrollar “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”.¹⁸²

2.11.8. La consulta debe ser culturalmente adecuada

Para la Corte IDH, la consulta debe realizarse “a través de procedimientos culturalmente adecuados”, “de conformidad con sus propias tradiciones”, y teniéndose en cuenta “los métodos tradicionales del pueblo [correspondiente] para la toma de decisiones”,¹⁸³ y en particular a través de sus instituciones

175 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 160.

176 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 317.

177 CIDH. *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 de junio de 2007, párr. 248.

178 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 291.

179 *Ibidem*, párr. 291.

180 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 187.

181 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 133.

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

183 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 133.

representativas. Para ello, los Estados deben tomar las medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.¹⁸⁴ La adecuación de la consulta se mide con relación a las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como a la naturaleza de las medidas consultadas.¹⁸⁵

2.11.9. La consulta debe ser informada

Para la Corte IDH, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes.¹⁸⁶

Según la CIDH:

[I]os procesos de otorgamiento de concesiones extractivas o de implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta.¹⁸⁷

De ser el caso, debería también ofrecerse a los indígenas asistencia técnica independiente, con miras a que “tengan la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas”.¹⁸⁸ Por último, el Estado debería informar sobre los beneficios que serán percibidos por los afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ocasionados.¹⁸⁹

2.11.10. La consulta debe ser de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo

Al decir de la Corte IDH, “las consultas deben realizarse de buena fe”, y “deben tener como fin llegar a un acuerdo”.¹⁹⁰ La consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, que debe responder “al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.¹⁹¹

Es necesario, entonces, que se establezca “un clima de confianza mutua”, el cual exige “la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia”. Adicionalmente, la buena fe es incompatible:

[...] con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.¹⁹²

La CIDH ha explicado que la buena fe también es un principio que deben seguir los indígenas, “[c]omo partes en procesos de negociación y diálogo de buena fe en el marco del deber estatal de consultar, los pueblos indígenas tienen la responsabilidad primaria de participar activamente en dichos procesos”.¹⁹³ En el caso del pueblo saramaka, la Corte IDH añadió dos obligaciones que recaen sobre

184 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 201.

185 *Ibidem*, párr. 202.

186 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 133; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 208.

187 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 308.

188 *Ibidem*, párr. 312.

189 *Ibidem*, párr. 313.

190 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 133.

191 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 186.

192 *Idem*.

193 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 321.

los pueblos indígenas y tribales en los procesos de consulta: 1. el pueblo indígena debe informar al Estado sobre quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta, y 2. una vez realizada la consulta, el pueblo debe dar a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, “así como sus fundamentos”.¹⁹⁴ Esta última obligación significaría que los pueblos indígenas no podrían negarse sin más a cualquier proyecto impulsado por el Estado. Deberán explicar las razones de su negativa.

Finalmente, ambas partes, Estado e indígenas, deben velar por el establecimiento de un clima de confianza y respeto mutuo.¹⁹⁵ Las partes deben mostrar “flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego”.¹⁹⁶ Posiciones cerradas o intransigentes de cualquiera de las partes irían en contra del principio de buena fe que debe regir la consulta. Para los Estados, la flexibilidad radica, *inter alia*, en “ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas”.¹⁹⁷ En otras palabras, los pueblos consultados deben estar en la capacidad de modificar el plan inicial, lo que requiere que las autoridades estatales presten la consideración debida a los resultados de la consulta.¹⁹⁸

2.11.11. El deber de adoptar decisiones motivadas

La Corte IDH ha señalado que “las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar los derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”.¹⁹⁹ Asimismo, la Corte IDH ha subrayado que la fundamentación de las decisiones estatales es una garantía que “otorga credibilidad [a] las decisiones jurídicas en una sociedad democrática”, “proporciona la posibilidad de criticar la resolución y un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores” y, en consecuencia, es “una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1. de la CADH para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.²⁰⁰

En el caso de la consulta libre, previa e informada, el deber de motivación estatal se traduce en la justificación de las razones que llevaron al Estado a no incorporar –total o parcialmente– los resultados de la consulta en el diseño y en la implementación del plan o proyecto consultado. Los motivos que el Estado arguya para la no incorporación de los resultados de la consulta deben ser “objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática”.²⁰¹ La decisión estatal debe ser formalmente comunicada al pueblo indígena o tribal respectivo, y además, dicha decisión debe estar sujeta a revisión “por parte de las instancias administrativas y judiciales de nivel superior, a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre los derechos e intereses en juego”.²⁰²

2.11.12. ¿Derecho al veto?

En el caso *Saramaka*, la Corte IDH indicó que en ciertas ocasiones el Estado no solamente debe consultar a los pueblos indígenas o tribales sino también obtener su consentimiento.²⁰³ Para la Corte IDH “consulta” y “consentimiento” no son lo mismo.²⁰⁴ El consentimiento sería algo adicional a la consulta,

194 *Ibidem*, párr. 19.

195 *Ibidem*, párr. 320.

196 *Ibidem*, párr. 324.

197 *Idem*.

198 *Ibidem*, párr. 325.

199 Corte IDH. *Caso Apítz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. EPFRC. 2008, párr. 78.

200 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. EPFRC. 2009, párrs. 152-153.

201 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56, 30 de diciembre de 2009, párr. 327.

202 *Ibidem*, párr. 328.

203 La Corte IDH indicó: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena o tribal], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar [a los pueblos en cuestión], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”.

204 Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 134.

que se aplicaría en casos de “grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [indígena o tribal] a gran parte de su territorio”, en donde el Estado no solamente estaría obligado a consultar sino, “adicionalmente [...], obtener el consentimiento”.²⁰⁵

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

Para responder esta pregunta es necesario estudiar las fuentes que la Corte IDH utilizó para diferenciar la consulta del consentimiento. La primera fuente fue un informe del Relator Especial, quien, según la Corte IDH, había señalado que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.²⁰⁶ La Corte IDH también citó al Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el cual, según la Corte IDH, ha indicado lo siguiente:

En cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades.²⁰⁷

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

En relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas y ello debe implicar la garantía de una distribución de los beneficios mutuamente aceptable y el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado.²⁰⁸

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

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

En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación General n.º XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones

205 *Ibidem*, párr. 137. (énfasis agregado)

206 *Ibidem*, párr. 135.

207 *Ibidem*, párr. 136 y nota al pie de página 133.

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

indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación. En su próximo informe periódico, el Estado parte debe facilitar información detallada sobre la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas, así como sobre los recursos de que disponen los indígenas para reclamar una indemnización en caso de empobrecimiento del medio ambiente de sus tierras tradicionales.²⁰⁹

Nuevamente, la versión citada por la Corte IDH adolece de dos falencias. No se utiliza el texto oficial en español, por un lado, y se omite información relevante, por el otro. El párrafo del CEDR no distingue, como la Corte IDH sí lo hace, entre planes de inversión a gran escala que requerirían del consentimiento, y planes de inversión a pequeña escala que solo requerirían de consulta. Para el CEDR, la “mera consulta” es inaceptable, y lo que se prohíbe es la realización de consultas meramente formales o realizadas sin buena fe, lo que no necesariamente debe interpretarse como que los indígenas tienen el derecho al veto. Adicionalmente, el CEDR habla de que la consulta debe ser informada (“con conocimiento de causa”) y de la necesidad de la “división equitativa” de los recursos, mas no de veto. Por último, en su Recomendación General n.º XXIII, que el CEDR mencionó en el párrafo que estamos comentando, no existe ninguna alusión al supuesto derecho al veto de los pueblos indígenas.

El relator especial, con posterioridad al caso *Saramaka*, ha aclarado la duda de si en verdad los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho al veto. El relator sostuvo que si bien la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio n.º 169 de la OIT sostienen que las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse de buena fe, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, no debe considerarse que dichos instrumentos internacionales confieran a los indígenas un poder de veto en términos generales.²¹⁰

No obstante, el mismo relator indicó que la importancia de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses en juego. Si una medida tiene un efecto “directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas”, existirá “una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas”. Esta presunción podría en determinados contextos pasar a “convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas”.²¹¹

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

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

Mientras que el artículo 29.2. dispone:

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

209 ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención*, Observaciones Finales respecto del Ecuador. Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16. (énfasis agregado)

210 ONU. Consejo DHONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46.

211 *Ibidem*, párr. 47. Asimismo, ver ONU. Comisión DHONU. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc. ONU A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 83.

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

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

Como puede observarse, el Convenio n.º 169, a diferencia de la Declaración de la ONU, consagra la posibilidad de que el consentimiento no pueda obtenerse, lo que permite concluir que la única norma vinculante en la materia no reconoce un derecho al veto. Además, el relator especial ha reconocido que la obtención del consentimiento de los indígenas es una exigencia que no les confiere un poder de veto “sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas”.²¹² Lamentó que se haya planteado el debate actual de si los pueblos indígenas tienen o no un derecho al veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo, pues consideró que tal debate “no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración”.²¹³

En suma, para el relator especial, el consentimiento es la finalidad que todo proceso de consulta debe buscar de buena fe, sea para proyectos de inversión a gran escala como para proyectos de mediana o pequeña escala u otro tipo de cuestiones que puedan afectar los intereses de los pueblos indígenas y tribales. El deber de consultar “ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia”,²¹⁴ pero no puede ser utilizado como una herramienta que permita a los pueblos indígenas “imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público”.²¹⁵

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

La Corte IDH indicó en *Gelman vs. Uruguay* que “en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”.²¹⁶ Haciendo una analogía al tema que estamos tratando, podría decirse que en casos de severas afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, la medida o el proyecto propuesto por el Estado, aun cuando busque el bien común, no podría llevarse a cabo, pues la mayoría no podría beneficiarse legítimamente de un sacrificio desproporcionado de una minoría. El test a usarse, por ende, no es diferenciar entre consulta y consentimiento, sino establecer la estricta proporcionalidad de la restricción. Sea cual sea la medida a implementarse (proyectos de inversión a gran o pequeña escala, concesiones, incursiones en territorios indígenas, apropiación de conocimientos tradicionales, etc.), si los indígenas no dan su consentimiento, las autoridades públicas deben realizar un ejercicio de ponderación en el que no se exija a los pueblos indígenas sacrificios desproporcionados que tengan un impacto directo en su vida y territorios. En caso de concluirse que la afectación a los indígenas no es proporcional en una sociedad democrática, la medida impulsada por el Estado no debería llevarse a cabo. Esta valoración debe ser realizada, como se dijo anteriormente,

212 *Ibidem*, párr. 48.

213 *Idem*.

214 *Ibidem*, párr. 49.

215 *Idem*.

216 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. FRC. 2011, párr. 239.

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

Finalmente, es de resaltar que en ninguna de las sentencias de la Corte IDH que siguieron al caso *Saramaka* se ha vuelto a hacer referencia a “consentimiento”. La Corte IDH únicamente ha hablado de “consulta”. Esa es una indicación de que “el derecho al veto” no ha sido reconocido en jurisprudencia constante de la Corte IDH.

2.12. Derechos de los niños (artículo 19 de la CADH)

En el caso *Xákmok Kásek*, la Corte IDH comprobó las condiciones de miseria en las que se encontraban los miembros de la comunidad como consecuencia de la no restitución de sus tierras tradicionales. Las condiciones de extrema vulnerabilidad afectaron en forma particular a los niños y niñas, pues su desarrollo se había visto comprometido y los índices de atrofia en su crecimiento, así como de desnutrición, habrían aumentado. Igualmente, 11 de los 13 miembros de la comunidad, cuya muerte fue imputada al Estado, eran niños o niñas.²¹⁷

La Corte IDH recordó que los niños poseían los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tenían, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que correspondían deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.²¹⁸ La prevalencia del interés superior del niño debía ser entendida “como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”. Asimismo, el Estado debía “prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”.²¹⁹

La Corte IDH estableció que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponían “diversas medidas de protección” y constituían “los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños”.²²⁰

Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, la Corte IDH advirtió la obligación estatal de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma. Asimismo, la Corte IDH estimó que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural estaba incluida “la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas”.²²¹ Finalmente, indicó que la pérdida de prácticas tradicionales y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectaban en forma particular:

[...] el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la comunidad, quienes no podr[ía]n siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura, si no se implementa[ba]n las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos.²²²

En el caso *Chitay Nech y otros*, la familia se vio desintegrada como consecuencia de la desaparición forzada del padre y el desplazamiento que el resto del grupo familiar tuvo que realizar por las amenazas que recibía. La desintegración familiar repercutió de manera notable en la condición de los menores. La Corte IDH señaló que el desarrollo del niño “es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”. Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, “los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse

217 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 259-260.

218 *Ibidem*, párr. 257. Asimismo, ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. 54.

219 *Idem*.

220 *Ibidem*, párr. 258.

221 *Ibidem*, párrs. 261-262.

222 *Ibidem*, párr. 263.

y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”.²²³ En razón de que los niños Chitay se vieron privados de su vida cultural, la Corte IDH consideró que el Estado era responsable de la violación del artículo 19 de la CADH.

En el caso *Rosendo Cantú y otra*, relativo a la violación sexual de una niña, la Corte IDH señaló que, de conformidad con sus obligaciones convencionales, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a su favor, no solo durante la denuncia penal:

[...] sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.²²⁴

En el caso *Río Negro*, niños y niñas indefensos fueron ejecutados extrajudicialmente por patruleros y miembros del ejército de Guatemala. Varios niños, la gran mayoría menores de 10 años de edad, perdieron la vida durante las diferentes masacres de que fue víctima la comunidad maya de Río Negro. Igualmente, varios niños que sobrevivieron las masacres fueron trasladados forzosamente y obligados a convivir con sus victimarios, en condiciones de servidumbre, desarraigándolos de sus familiares sobrevivientes y de los valores étnicos y culturales de su comunidad.²²⁵

En el caso *Chichupac*, la Corte IDH destacó el impacto diferenciado que los hechos de violencia y el desplazamiento tuvieron en las mujeres de la comunidad, y en los niños y niñas. Las mujeres tuvieron que asumir el cargo de sus familias y junto a sus hijos enfrentar el dolor de la violencia a la que sobrevivieron, lo cual las colocó en una especial situación de riesgo de sufrir otras formas de violencia.²²⁶ En cuanto al impacto en los niños y niñas, la Corte IDH resaltó las circunstancias de los primeros años de vida de las niñas y niños nacidos de las violaciones sexuales de sus madres en el marco del conflicto armado interno y que a su vez fueron víctimas de la violencia de la época, y quienes fueron especialmente vulnerables debido a las posibilidades de enfrentar la estigmatización, discriminación, abandono, infanticidio u otras formas de violencia.²²⁷

2.13. Derechos políticos (artículo 23 de la CADH)

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

Yatama participó en elecciones regionales y municipales desde 1990 hasta 1998. Sin embargo, para las elecciones del año 2000, quedó excluida de participar por una reforma a la Ley Electoral que solo permitía la participación de partidos políticos en las elecciones.

La Corte IDH indicó que “no exist[ía] disposición en la C[ADH] que permit[iera] sostener que los ciudadanos sólo p[odían] ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político”. Sin desconocer la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, la Corte IDH reconoció que:

[...] hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso

223 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 169.

224 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 201.

225 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párrs. 142-144.

226 Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. EPFRC. 2016, párr. 198.

227 *Ibidem*, párr. 202.

necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales.²²⁸

La Corte IDH consideró que la participación en los asuntos públicos de organizaciones distintas a los partidos “[resultaba] esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trat[aba] de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa[ba]”.²²⁹ Declaró que:

[...] la restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por Yatama una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000.

El Estado no justificó que dicha restricción atendiese a un propósito útil y oportuno que la tornara necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implicaba “un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integra[ban] Yatama”.²³⁰ La Corte IDH estimó que tal limitación constituía una “restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica[ba] un límite innecesario al derecho a ser elegido”.²³¹

En cuanto a la exigencia de la Ley Electoral de presentar candidatos en al menos 80% de los municipios de la respectiva circunscripción y 80% del total de candidaturas, la Corte IDH consideró que constituía “una restricción desproporcionada que limitó indebidamente la participación política de los candidatos propuestos por Yatama para las elecciones municipales de noviembre de 2000”, ya que no se tomó en cuenta “que la población indígena y étnica e[ra] minoritaria”, ni que habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo.²³²

Por todo ello, la Corte IDH encontró que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por Yatama, ya que se vieron “afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000”.²³³

Las violaciones a los derechos de los candidatos propuestos por Yatama fueron declaradas por la Corte IDH como “particularmente graves” porque también se afectó a los electores. La exclusión significó que los candidatos propuestos por Yatama no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual “representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supon[ía] una consecuencia grave para la democracia”.²³⁴

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

La Corte IDH rechazó la solicitud de la CIDH y consideró que México no había violado el artículo 23 de la CADH al exigir al señor Castañeda que participara a través de un partido político. Diferenció el caso *Castañeda* del caso *Yatama* de la siguiente manera:

228 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 215.

229 *Ibidem*, párr. 217.

230 *Ibidem*, párr. 218.

231 *Ibidem*, párr. 219.

232 *Ibidem*, párr. 223.

233 *Ibidem*, párr. 224.

234 *Ibidem*, párr. 226.

El caso *Yatama* trat[ó] de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua que se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, que enfrentaban serias dificultades que los mantenían en una situación de vulnerabilidad y marginalidad para participar en la toma de decisiones públicas dentro de dicho Estado, y donde el requisito de participar políticamente a través de un partido político se traducía en una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, que impedía, sin alternativas, la participación de dichos candidatos en las elecciones municipales respectivas. En cambio, el [caso *Castañeda Gutman*] se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato.²³⁵

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

En *Escué Zapata vs. Colombia*, relativo a la ejecución de un líder indígena por parte del Ejército colombiano. Los representantes de la víctima alegaron que, además del derecho a la vida del señor Germán Escué Zapata, se violaron también los derechos políticos del propio señor Escué y los derechos políticos de su pueblo: el pueblo paez.²³⁶

Sin embargo, respecto a la alegada violación de los derechos políticos del pueblo paez, la Corte IDH indicó que no la analizaría, puesto que el mismo no fue identificado por la CIDH como víctima del caso.²³⁷ En cuanto a la alegada violación de los derechos políticos del señor Escué Zapata, la Corte IDH recordó su jurisprudencia según la cual “la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no proced[ía], en es[a] circunstancia, invocar la supuesta violación [...] de otros derechos consagrados en la C[ADH]”. Agregó que “los derechos políticos establecidos en el artículo 23 de la Convención Americana tienen, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio”, y los representantes de la víctima, más allá de la muerte de esta, no indicaron “otro hecho que vulnera ese contenido jurídico específico” de los derechos políticos. La Corte IDH concluyó que no se había demostrado una violación de los derechos consagrados en el artículo 23.1. de la CADH en perjuicio del señor Escué Zapata.²³⁸

Diferente resultado tuvo el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, relativo a la desaparición forzada del señor Florencio Chitay Nech, maya *kaqchikel*, quien ocupaba el cargo de Concejal Primero del Concejo Municipal de San Martín Jilotepeque. La Corte IDH consideró que el contexto en el cual se produjo la desaparición de la víctima mostraba un evidente patrón de hostigamiento contra la población considerada como “enemigo interno”, en su mayoría mayas. Tal hostigamiento tuvo como objetivo la vulneración no solo de sus bases sociales, sino también de sus líderes, representantes sociales y políticos. El móvil de la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros indígenas que ejercían cargos públicos, demostraba “la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política”.²³⁹

La Corte IDH declaró que con el hostigamiento y la posterior desaparición de Florencio Chitay no solo se truncó el ejercicio de su derecho político dentro del periodo comprendido en su cargo, sino que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios. La comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos

235 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. EPFRC. 2008, párrs. 172.

236 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 118.

237 *Ibidem*, párr. 121.

238 *Ibidem*, párrs. 122-123.

239 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 108.

ámbitos de su estructura social y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resultaba ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático.²⁴⁰ Por tanto, la Corte IDH declaró que el Estado incumplió su deber de respeto y garantía de los derechos políticos de Florencio Chitay Nech, debido a su desaparición forzada, configurada como una desaparición selectiva, lo privó del ejercicio del derecho a la participación política en representación de su comunidad.

En *Norín Catrimán y otros*, varios dirigentes mapuches fueron condenados por el Estado chileno a penas que afectaban su derecho al sufragio, a la participación en la dirección de asuntos públicos y al acceso a las funciones públicas. Dichas penas tenían un carácter absoluto y perpetuo o un término fijo y prolongado (quince años). La Corte IDH, además de considerar que esas penas eran contrarias al principio de proporcionalidad de las penas,²⁴¹ declaró que constituían “una gravísima afectación de los derechos políticos”.²⁴²

Dicha gravedad radicaba en la condición de líderes y dirigentes tradicionales de las víctimas, de manera que “por la imposición de las referidas penas también se afectó la representación de los intereses de sus comunidades”. En concreto, la Corte IDH resaltó que los dirigentes fueron impedidos, en virtud de las referidas penas, de participar o dirigir funciones públicas en entidades estatales que, por su propia naturaleza, buscaban promover, coordinar y ejecutar acciones de desarrollo y protección de las comunidades indígenas.²⁴³

2.14. Defensores de derechos indígenas

María Luisa Acosta era una defensora de los derechos de los pueblos indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua. Como represalia a sus actividades de defensa de los derechos humanos, el esposo de María Luisa Acosta, el señor Francisco García Valle, fue asesinado.

La Corte IDH señaló que la defensa de los derechos humanos “sólo p[odía] ejercerse libremente cuando las personas que la realizan no son víctimas de amenazas o de cualquier tipo de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento”. Para garantizar las condiciones en las cuales los defensores puedan desarrollar libremente su función, “los Estados deb[ía]n facilitar los medios necesarios para que pud[iera]n ser protegidos si se encuentran amenazados o en situación de riesgo o denuncian violaciones a derechos humanos, así como investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad”.²⁴⁴

A tal efecto, es necesario que las autoridades que investigan los ataques en contra de los defensores de derechos humanos tengan una “lógica de investigación” que tomara en cuenta la labor que los defensores realizaban.²⁴⁵ Así, ante indicios o alegaciones de que un determinado atentado pudo constituir una represalia por las actividades o labores de un defensor de derechos humanos:

[...] las autoridades investigadoras deb[ía]n tomar en cuenta el contexto de los hechos y [las] actividades para identificar los intereses que podrían haber sido afectados en el ejercicio de la misma, a efectos de poder establecer líneas de investigación e hipótesis del delito, así como realizar las diligencias pertinentes para determinar si esos indicios podrían estar vinculados al móvil de la agresión.²⁴⁶

240 *Ibidem*, párr. 113.

241 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. FRC. 2014, párr. 374.

242 *Ibidem*, párr. 384.

243 *Idem*.

244 *Ibidem*, párr. 140.

245 *Ibidem*, párr. 141.

246 *Ibidem*, párr. 143.

3. Parte II: Reparaciones ordenadas por la Corte IDH

Esta sección está enfocada a la sistematización de las reparaciones otorgadas por la Corte IDH en casos indígenas. Un análisis más detallado de la obligación de los Estados de reparar las violaciones a los derechos humanos puede encontrarse en el comentario de esta obra sobre el artículo 63.1. de la CADH.

El estudio de las reparaciones en casos de severas violaciones de derechos humanos ha sido un terreno dominado principalmente por el ámbito legal. Sin embargo, actualmente la investigación sobre los impactos que han tenido o tienen las políticas de reparación en diversos contextos está evolucionando hacia enfoques más integrales, en los cuales disciplinas como la historia, la pedagogía, la filosofía, la antropología, la psicología se han involucrado cada vez de manera más específica.²⁴⁷ El dominio de lo legal aún subsiste, pero es a través de estas nuevas miradas y aportes que nuevos debates, discusiones y cuestionamientos están surgiendo. El objetivo central es lograr que las reparaciones cumplan con su objetivo esencial: reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Muchos de estos debates se complejizan cuando entra en el escenario el tema de los pueblos indígenas y sus contextos y prácticas culturales. Es ahí justamente donde se confrontan nuevos desafíos tanto conceptuales como de implementación, y la práctica interdisciplinaria se hace aún más necesaria. En los casos de pueblos indígenas, más que en cualquier otro tipo de violaciones, el daño se produce a nivel no solo individual, sino especialmente colectivo. Cualquier tipo de programa de reparación debe contemplar este nivel de manera específica.

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

Las reparaciones deben ir más allá que únicamente devolver a los pueblos indígenas a las condiciones de opresión donde estaban antes que las violaciones se produjeran.²⁴⁸

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

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

248 En este punto, vale recordar que la Corte IDH ha sostenido que "el concepto de 'reparación integral' (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados". Sin embargo, en casos de discriminación estructural, "las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo reformativo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación". Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. EPFR. 2009, párr. 450.

Es necesario favorecer la organización comunitaria y la participación de la población como entes activos y no solo como receptores pasivos de ayuda. En otras palabras, convertir a los interesados en protagonistas de su propia recuperación. También es preciso coordinar entre las organizaciones que prestan sus servicios en el ámbito local, así como promover las labores de autoayuda y ayuda mutua.²⁴⁹ En la implementación de las reparaciones deben encontrarse involucrados grupos y autoridades indígenas locales para que las reparaciones tengan un sentido de validación por parte de la comunidad.²⁵⁰ Es preciso cuidar los tiempos de la implementación de las reparaciones con los tiempos y procesos de toma de decisiones de las comunidades indígenas. Igualmente, las reparaciones no están estáticas en el tiempo, las demandas de la gente varían de acuerdo con sus necesidades, con los tiempos en que se ha implementado o no las diversas formas de reparación. Si una medida ha tomado mucho tiempo en implementarse, por ejemplo, es posible que las comunidades hayan encontrado mecanismos alternativos de solución y, por ende, sus necesidades hayan cambiado, haciendo necesario readaptar la reparación ordenada o su forma de implementación.

Es común oír que la cultura y el contexto “importan”, y que cualquier intervención debe ser “culturalmente sensible”. Esto ha sido más cierto a nivel retórico que en la realidad.²⁵¹ En el caso del continente americano, se necesitan estudios a profundidad en este sentido. En otros contextos, estos estudios han hecho importantes aportes para entender las connotaciones culturales en los procesos de justicia y/o reconciliación. Por ejemplo, en Bali (Indonesia) no existen en el idioma local los términos correspondientes a perdón, amnistía y testimonio. En Uganda del Norte, en idioma lwo, las ideas de amnistía, perdón y reconciliación no son conceptualmente distintas, el concepto timo-tica puede ser aplicado a todas ellas.

Existe un gran brecha de conocimiento acerca de cómo los sobrevivientes en diferentes contextos locales y culturales perciben los procesos e intervenciones de posconflicto. Las intervenciones internacionales usualmente usan un lenguaje y concepciones occidentales de justicia, verdad, reparación y reconciliación sin que exista una apropiación de los significados en los contextos locales y culturales específicos.²⁵²

Las manifestaciones culturales deben encontrar expresión en el mundo del Derecho. No se trata, en absoluto, de un “relativismo cultural”, sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas.²⁵³

Los aportes de teorías de antropología legal contemporánea, específicamente pluralismo legal aportan mucho en este ámbito. Por ejemplo, Boaventura de Sousa Santos subraya la importancia de los híbridos legales, que son “entidades legales o fenómenos que combinan diferentes, y a menudo órdenes o culturas legales contradictorios, creando así nuevas formas de significación y acción”.²⁵⁴

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

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

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

251 Culberston, R. y Pouligny, B. “Re-imagining Peace after Mass Crime: A Dialogical Exchange between and Insider and Outsider Knowledge”, en Pouligny, B. *et al* (Eds.) *After Mass Crime: Rebuilding States and Communities*. United Nations University Press, Tokyo, 2008.

252 Huyse, L. y Salter, M. (Eds.), *op. cit.*, p. 203.

253 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002. Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

254 De Sousa Santos, B. “The Heterogenous State and Legal Plurality”, en *Law and Society Review*, n.º 40(1), p. 39, 2006.

3.1. Beneficiarios de las reparaciones

En el caso *Aloeboetoe*, existía disparidad de criterios entre las partes en cuanto a la determinación de los sucesores de las víctimas. La CIDH reclamaba la aplicación de las costumbres de la tribu a la que pertenecían las víctimas, en tanto que Surinam solicitaba la aplicación de su derecho civil. De la prueba recabada, la Corte IDH comprobó que las leyes de Surinam sobre el derecho de familia no tenían eficacia respecto de aquella tribu. Sus integrantes las desconocían y se regían por sus propias reglas. El Estado no mantenía la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones. Los conflictos que ocurrían en estas materias no eran sometidos a los tribunales del Estado y la intervención de estos era “prácticamente inexistente”. Cabe señalar también que el Estado de Surinam reconoció “la existencia de un derecho consuetudinario” sobre la materia.²⁵⁵

La Corte IDH concluyó que para determinar a los sucesores de las víctimas haría uso de la costumbre de la tribu y no del derecho surinamés, puesto que este “no e[ra] eficaz en la región en cuanto a derecho de familia”. Sin embargo, la Corte IDH aclaró que la aplicación de la costumbre se haría “en la medida en que no [fuera] contraria a la Convención Americana”.²⁵⁶ La Corte IDH pasó a considerar que en la mayoría de las legislaciones nacionales los sucesores de una persona son sus hijos. Indicó también que, generalmente, el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, se reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas fueron las que la Corte IDH adoptó en el momento de identificar a los herederos, pero interpretó los términos “hijos”, “cónyuge” y “ascendientes” conforme a la cultura de las víctimas y no conforme al derecho surinamés. Ahora bien, al referirse a los ascendientes, la Corte IDH advirtió que no haría “ninguna distinción de sexos, aún cuando ello [fuera] contrario a la costumbre”.²⁵⁷ Por ende, tomó como beneficiarios de las reparaciones a las esposas de los cimarrones fallecidos, a los hijos de estos con cada una de sus esposas, y al padre y madre de los fallecidos, sin hacer distinciones basadas en el género.²⁵⁸

La Corte IDH básicamente dio prioridad al derecho individual por sobre el derecho colectivo, sin explicar por qué la cultura de la tribu en este punto violentaba algún derecho humano y sin hacer algún juicio de ponderación que explicara el motivo de la preferencia de un derecho (individual) por sobre otro (colectivo). Es de notar que los familiares de las víctimas o sus representantes legales no solicitaron a la Corte IDH que desconociera la cultura de su grupo. La Corte IDH, sin petición de por medio, decidió dar prevalencia al enfoque de género en lugar del cultural.²⁵⁹ Esto puede dar lugar a muchos debates, sin embargo, un argumento interesante en este contexto es el de Culberstone y Pouligny, quienes demuestran que los grupos locales retornan a la tradición para resolver conflictos, pero también reconocen que las innovaciones parten de la realidad de cada cultura, y que tomando y ajustando ideas desde el exterior y reconfigurando viejos conceptos a nuevas experiencias se planifican y ajustan las estrategias locales.²⁶⁰

En este tipo de encrucijadas es muy importante el proceso de toma de decisiones en sí mismo: que las personas entiendan las razones que guían a entes como la Corte IDH a proceder en estos ámbitos, que haya oportunidad para la discusión de la comunidad (un acompañamiento de expertos sería deseable), pues también, como ha pasado en muchos casos, en lugar de dar espacio a la mujer, se la puede poner en una situación de vulnerabilidad y, por ende, de revictimización.

255 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 58.

256 *Idem*.

257 *Ibidem*, párr. 62.

258 *Ibidem*, párr. 66.

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

260 Culberston, R. y Pouligny, B., *op. cit.*, p. 272.

En *Río Negro*, la Corte IDH demostró sensibilidad y flexibilidad para hacer frente a las complejas circunstancias que muchas veces los casos de pueblos indígenas y/o de extrema violencia conllevan. En este caso, la Corte IDH observó discrepancias en el número total de presuntas víctimas presentadas por la CIDH y el total de presuntas víctimas identificadas e individualizadas por los representantes de las víctimas. La CIDH se refirió a la imposibilidad de identificar a todas las víctimas del caso, ya que tenía una naturaleza excepcional debido a su gravedad y a sus dimensiones masivas, así como a “las características específicas de[el] caso y además de que se trata[ba] de un pueblo indígena”. La CIDH indicó que la falta de prueba respecto a la existencia e identidad de las presuntas víctimas se debía, entre otras, a que los hechos del caso se dieron en el marco de un conflicto armado; a “que familias enteras [habían sido] desaparecidas y [...] no ha[bía] nadie que pu[diera] hablar por [ellas...]”; a la migración y desplazamiento forzoso de testigos; al hecho de que la comunidad de Río Negro estaba conformada por cinco clanes familiares, cuyos miembros compartían los mismos nombres y apellidos, así como al hecho de “que la comunidad de Río Negro se encontraba a horas de camino de la población más cercana donde se podrían haber registrado” nacimientos y muertes. La CIDH resaltó, además, que la comunidad de Río Negro tenía una tradición oral y memoria colectiva de las víctimas de las masacres pero que, sin embargo, los testigos “no necesariamente [...] han declarado a nivel interno”, ya que el Estado “no ha[bía] brindado las garantías judiciales y protección judicial suficientes en [el] presente caso”.²⁶¹

Dadas las inconsistencias entre las listas presentadas por la CIDH y los representantes, durante la audiencia pública, la Corte IDH señaló que antes de que se emitiera la sentencia, debía tenerse el “mayor nivel de concordancia posible en cuanto a [las] identificaciones y los elementos de sustentación de que esas personas existieron”. La Corte IDH precisó que ello no necesariamente debía hacerse a través del certificado de nacimiento o de defunción, pero que podía haber otros elementos o documentos que dentro del contexto pudieran ser razonables y aceptables, ya que la Corte IDH solo podría incluir en la lista de víctimas, para todos los efectos, a aquellas personas que estuvieran razonablemente identificadas. La Corte IDH también expresó que “la petición de contar con las listas no obedec[ía] a un criterio formalista que alej[ara] la justicia” sino que, precisamente el propósito era “poder acercar la justicia a las personas que eventualmente [fueran] consideradas víctimas, y para que una persona pueda ser considerada víctima y se acoja a una reparación, [tenía] que estar identificada”. Finalmente, la Corte IDH constató que los representantes presentaron prueba sobre la identidad de las personas que señalaron como presuntas víctimas en el caso, mismas que no fueron objetadas por el Estado, por lo que la Corte IDH acreditó la existencia e identidad de las presuntas víctimas indicadas por los representantes.²⁶²

3.2. Daño material

El daño material involucra todos los perjuicios económicos que son consecuencia de las violaciones a los derechos humanos declaradas por la Corte IDH en sus sentencias. Este tipo de perjuicios pueden ser muy variados. Por ejemplo, en *Moiwana* los miembros de la comunidad fueron forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales abruptamente, y varios de ellos estaban en situación de desplazamiento continuo. Asimismo, sufrieron pobreza y privaciones desde su huida, y la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se vio limitada drásticamente.²⁶³

En *Yakye Axa*, la Corte IDH consideró que la indemnización por el daño material debía comprender “los gastos en que incurrieron los miembros de la comunidad Yakye Axa en las diversas gestiones que realizaron con el fin de recobrar las tierras que consideraban como propias, tales como movilizaciones y traslados a distintas dependencias estatales”.²⁶⁴ Situación similar ocurrió en *Sawhoyamaxa*,²⁶⁵ y en *Xákmok Kásek*.²⁶⁶

261 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párrs. 47-49.

262 *Ibidem*, párr. 49.

263 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 186.

264 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 194.

265 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 217.

266 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 317 y 318.

En el caso *Saramaka* se demostró que se había extraído “una cantidad considerable de madera valiosa del territorio del pueblo saramaka sin antes consultarle o brindarle una indemnización”. Además, las concesiones madereras que otorgó el Estado causaron “gran daño a la propiedad en el territorio ocupado y utilizado tradicionalmente por el pueblo saramaka”.²⁶⁷ Por estas razones, y con fundamento en la equidad, la Corte IDH fijó una indemnización por daño material.

En el caso *Yatama*, la Corte IDH tuvo en cuenta que los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales propuestos por la organización indígena Yatama, así como la organización en sí, incurrieron en diversos gastos durante la campaña electoral antes de que el Consejo Supremo Electoral decidiera no inscribir a esos candidatos. Del mismo modo, las comunidades de la Costa Atlántica que eligieron en asambleas a los mencionados candidatos realizaron aportes materiales para la participación de estos.²⁶⁸

En *Chitay Nech y otros*, la Corte IDH encontró que las acciones y gestiones realizadas por los familiares del señor Chitay Nech para localizarlo luego de su desaparición forzada generaron gastos que debían ser considerados como daño emergente.²⁶⁹

En *Fernández Ortega*, la Corte IDH observó que los representantes no presentaron documentación que acreditara las ganancias devengadas por la señora Fernández Ortega. No obstante, dado que tanto la señora Fernández Ortega como su esposo trabajaban en la cosecha de su parcela y ambos debieron descuidar sus tareas por los hechos del caso (violación sexual en perjuicio de la señora Fernández), la Corte IDH decidió fijar, en equidad, una cantidad por concepto de pérdida de ingresos.²⁷⁰

En el caso sobre el *Pueblo Indígena Mapuche*, relativo a varios dirigentes mapuches encarcelados y criminalmente perseguidos, la Corte IDH tomó en cuenta a la hora de valorar el daño material el periodo en que las víctimas permanecieron privadas de libertad o en clandestinidad, sin que pudieran dedicarse a sus actividades remunerativas habituales ni proveer a sus familias en la forma en la que lo hacían con anterioridad a los hechos.²⁷¹

Si las reparaciones económicas no son bien manejadas pueden causar muchas dificultades en el momento de su implementación. Más aún, en contextos rurales, donde existen altos índices de pobreza, y en muchos casos las huellas de la violencia han permeado el tejido social comunitario, se necesitan mecanismos de monitoreo y acompañamiento para que la gente tenga espacio de discutir los inevitables problemas que surgen a la hora de implementar las reparaciones. Por ejemplo, en *Plan Sánchez*, aunque lo relativo a la compensación económica se cumplió, esta ha generado muchas divisiones familiares, sentimientos de culpa, alcoholismo, y otros males entre los beneficiarios.²⁷²

Es importante que las reparaciones apunten a tener participación o representación de la comunidad en general, que los líderes tomen decisiones que beneficien al grupo en general, y poner especial cuidado a las dinámicas al interior de dichos grupos, a efectos de evitar que ciertos sectores queden excluidos.²⁷³

Por supuesto, también existen casos en los que la solidaridad y el manejo equitativo por parte de los líderes y comunidades ha sido una fortaleza dentro los procesos de reparación. Un ejemplo digno de destacar se dio en *Yakye Axa*. Una de las representantes legales de la comunidad explicó:

267 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, EPFRC. 2007, párr. 199.

268 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 244.

269 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párrs. 265-266.

270 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 286.

271 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. FRC. 2014, p. 443.

272 Espinoza Cuevas, V. et al. *Comisiones de la Verdad, ¿Un camino incierto?* Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo, Asociación para la Prevención de la Tortura, Santiago de Chile, 2003.

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

[...] el monto indemnizatorio a los líderes de la comunidad se hizo muy bien, ellos lo hicieron muy bien [...]. Pudimos constatar [...] que el espíritu de compartir de manejar colectivamente este tipo de cosas se dio por iniciativa de los propios líderes. Las [compensaciones se] distribuyeron equitativamente a los jefes de familia en toda la comunidad, sin ningún tipo de conflicto.²⁷⁴

3.3. Daño inmaterial

En *Aloeboetoe y otros*, la CIDH había alegado que en la sociedad maroon tradicional, una persona no solo es miembro de su grupo familiar sino también de su comunidad aldeana y del grupo tribal. Los aldeanos constituían, según ella, una familia en sentido amplio, razón por la cual el perjuicio causado a uno de sus miembros constituiría también un daño a la comunidad, que tendría que ser indemnizada,²⁷⁵ más allá de la indemnización que solicitó por cada uno de los ejecutados. La Corte IDH consideró:

[...] todo individuo, además de ser miembro de su familia y ciudadano de un Estado, pertenece generalmente a comunidades intermedias. En la práctica, la obligación de pagar una indemnización moral no se extiende a favor de ellas ni a favor del Estado en que la víctima participaba, los cuales quedan satisfechos con la realización del orden jurídico. Si en algún caso excepcional se ha otorgado una indemnización en esta hipótesis, se ha tratado de una comunidad que ha sufrido un daño directo.²⁷⁶

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

En *Awás Tingni*, la Corte IDH consideró que debido a la situación en la cual se encontraban los miembros de la comunidad por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debía ser reparado por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. Indicó que en las circunstancias del caso era preciso “recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa”. Tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte IDH estimó que el Estado debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, una determinada suma monetaria en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad awás tingni, de común acuerdo con esta y bajo la supervisión de la CIDH.²⁷⁷

En *Plan de Sánchez*, la Corte IDH consideró que los hechos del caso “afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y [...] se desarrollaron dentro de un patrón de masacres”, lo que causaba “un impacto agravado que compromet[ía] la responsabilidad internacional del Estado”,²⁷⁸ que debía ser tomado en cuenta al momento de resolver las reparaciones.²⁷⁹ La gravedad de los hechos y la situación de impunidad en la que estos permanecían, la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas, las alteraciones de sus condiciones de existencia, y las demás consecuencias de orden no pecuniario producidas, motivaron a la Corte IDH a ordenar un pago por compensación del daño inmaterial.²⁸⁰

En el caso *Moiwana*, la valoración por parte de la Corte IDH del daño inmaterial tomó en cuenta los diversos aspectos del sufrimiento de los miembros de la comunidad, entre ellos, la imposibilidad de obtener justicia, lo que provocó sentimientos de “humillación, ira e impotencia a los miembros de

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

275 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, párr. 83.

276 *Idem*.

277 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 167.

278 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. F. 2004, párr. 51.

279 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004, párr. 81.

280 *Ibidem*, párr. 83.

la comunidad”, y les infundió “temor de que los espíritus ofendidos bus[caran] vengarse en ellos”.²⁸¹ Las víctimas no sabían qué sucedió con los restos mortales de sus seres queridos y, como resultado, no pudieron honrarlos ni darles sepultura, según los principios fundamentales de la cultura n’djuka.²⁸² La conexión de los miembros de la comunidad con su territorio tradicional “fue interrumpida de forma brusca”, lesionándose emocional, espiritual, cultural y económicamente a los integrantes de la comunidad.²⁸³

En *Sawhoyamaya*, la Corte IDH notó que “la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la comunidad Sawhoyamaya, así como las graves condiciones de vida a las que se ha[bía]n visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales”, debían ser valoradas al momento de fijar el daño inmaterial.²⁸⁴

En *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH describió el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no solo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto a la conexión espiritual que el pueblo tenía con su territorio. Consideró que la larga y continua lucha por el reconocimiento legal del derecho al territorio y la frustración respecto del sistema legal interno que no protegía este derecho, constituían “una denigración de sus valores culturales y espirituales”.²⁸⁵

En *Yatama*, la Corte IDH, al valorar el daño inmaterial, tomó en consideración que ser propuesto como candidato para participar en un proceso electoral revestía una especial importancia y constituía un gran honor entre los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica. Quienes asumían una candidatura debían demostrar capacidad, honestidad y compromiso con la defensa de las necesidades de las comunidades, y adquirirían la gran responsabilidad de representar los intereses de estas.²⁸⁶

En *Fernández Ortega*, la Corte IDH otorgó una compensación económica por concepto del daño inmaterial que la víctima y sus familiares sufrieron como consecuencia de la violación sexual que aquella padeció a manos de agentes estatales.²⁸⁷ En prácticamente los mismos términos, la Corte IDH ordenó compensaciones en el caso *Rosendo Cantú y otra*.²⁸⁸

En *Sarayaku*, la Corte IDH tomó en cuenta que el pueblo indígena vio afectadas sus posibilidades de uso y goce de los recursos de su territorio, particularmente por la restricción de áreas de caza, de pesca y de subsistencia en general.²⁸⁹

3.4. Identificación, demarcación, titulación, entrega, rehabilitación y saneamiento del territorio ancestral

En *Awás Tingni*, la Corte IDH ordenó al Estado que adoptara en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la CADH, “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas”.²⁹⁰ Asimismo, dispuso que Nicaragua debía:

281 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 195.a.

282 *Ibidem*, párr. 195.b.

283 *Ibidem*, párr. 195.c.

284 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 221.

285 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párr. 200.

286 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 246.

287 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 293.

288 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 279.

289 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 315.

290 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 164 y punto resolutivo 3.

[...] delimitar, demarcar y titular las tierras que correspond[iera]n a los miembros de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efect[uara] esa delimitación, demarcación y titulación, actos que p[odía]n llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que act[uaba]n con su aquiescencia o su tolerancia, afect[ara]n la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la comunidad.²⁹¹

En *Moiwana*, la Corte IDH dispuso de manera similar que el Estado debía “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios”. Estas medidas debían incluir “la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales”.²⁹² Para realizar esta tarea, el Estado debía contar “con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes”, y de los miembros de las demás aldeas y las comunidades indígenas vecinas.²⁹³

En *Pueblo Saramaka*, la Corte IDH también dispuso que el Estado debía delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales.²⁹⁴

En *Yakye Axa*, la Corte IDH señaló que las violaciones a los derechos humanos ocasionadas a los miembros de la comunidad tenían “como base común primordialmente la falta de materialización de los derechos territoriales ancestrales de los miembros de la comunidad”.²⁹⁵ Consecuentemente, la Corte IDH ordenó al Paraguay que identificara el territorio tradicional y lo entregara de manera gratuita a la comunidad yakye axa, en un plazo máximo de tres años.²⁹⁶ En el supuesto que tal territorio tradicional estuviera en manos privadas, la Corte IDH consideró que el Estado “deb[ía] valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”. Para ello, “deb[ía] tomar en cuenta las particularidades propias de la comunidad indígena yakye axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario”, y si por motivos “objetivos y fundamentados” la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la comunidad yakye axa no fuera posible, “el Estado deb[ía] entregarle tierras alternativas, que ser[ía]n electas de modo consensuado con la comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres”. La Corte IDH aclaró que en uno u otro caso, “la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la comunidad”.²⁹⁷

Para que el Estado cumpliera con las obligaciones señaladas, la Corte IDH le ordenó crear un fondo para la adquisición de las tierras, que debía ser destinado “bien sea para la compra de la tierra a propietarios particulares o para el pago de una justa indemnización a los perjudicados en caso de expropiación, según correspond[iera]”.²⁹⁸

En *Sawhoyamaya*, la Corte IDH consideró que la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la comunidad sawhoyamaya era la medida de reparación “que más se acerca[ba] a la *restitutio in integrum*”, por lo que dispuso que el Estado debía adoptar “todas las medidas legislativas,

291 *Ibidem*, punto resolutivo 1.

292 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 209.

293 *Ibidem*, párr. 210.

294 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, EPFRC, 2007, párr. 194.

295 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 211.

296 *Ibidem*, párr. 217.

297 *Idem*.

298 *Ibidem*, párr. 218.

administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce”.²⁹⁹

En el tercer caso sobre tierras indígenas en el Paraguay, caso *Xámok Kásek*, contrario a lo que señalaba el Estado, las tierras a entregarse a los miembros de la comunidad no era cualquier inmueble dentro del territorio histórico de sus ancestros, sino el territorio que los miembros de la comunidad habían demostrado que era su territorio tradicional específico y más apto para el asentamiento indígena. Consecuentemente, el Estado debía devolverles tal territorio tradicional específico, identificándolo plenamente, a través de los medios técnicos especializados para tal fin, con la participación de los líderes de la comunidad y sus representantes libremente elegidos.³⁰⁰

En prácticamente los mismos términos, la Corte IDH se pronunció en los casos *Pueblos Kuna y Emberá*,³⁰¹ *Triunfo de la Cruz*,³⁰² y *Pueblos Kaliña y Lokono*. En este último caso, la Corte IDH dispuso que hasta que el Estado delimitara, demarcara y otorgara título colectivo del territorio de los miembros de los pueblos indígenas, el Estado debía desarrollar “reglas de convivencia pacífica y armoniosas en el territorio en cuestión”, entre los pueblos kaliña y lokono y los otros pueblos tribales de la zona, así como de terceros privados, que respetaran los usos y costumbres indígenas y garantizaran su relación con sus áreas tradicionales, incluyendo un río.³⁰³ El Estado debía, además, adoptar las medidas suficientes y necesarias para que el mantenimiento de reservas naturales no constituyera un obstáculo desmedido en el acceso, uso y participación efectiva de los pueblos kaliña y lokono en las mismas.³⁰⁴ Finalmente, el Estado debía rehabilitar la zona del territorio tradicional que fue afectada por la actividad extractiva que allí se llevó a cabo.³⁰⁵

La Corte IDH también ha ordenado a los Estados que rehabiliten el territorio indígena que fue afectado por actividades extractivas. Por ejemplo, en *Sarayaku*, la Corte IDH ordenó al Ecuador el retiro del territorio tradicional de los explosivos que se sembraron durante la exploración petrolera y nunca fueron completamente retirados.³⁰⁶ En *Pueblos Kaliña y Lokono*, se ordenó al Estado rehabilitar la zona del territorio tradicional que fue afectada por la actividad minera que allí se llevó a cabo y que contaminó el lugar.³⁰⁷

En *Xucuru*, la Corte IDH fue más allá de ordenar demarcación y titulación del territorio indígena. La Corte ordenó al Estado proceder con el saneamiento del territorio indígena xucuru que permanecía en posesión de terceros no indígenas. Dicha obligación de saneamiento “correspond[ía] ejercerla al Estado de oficio y con extrema diligencia”. En este sentido, el Estado “deb[ía] remover cualquier tipo de obstáculo o interferencia sobre el territorio en cuestión. En particular, a través de garantizar el dominio pleno y efectivo del pueblo xucuru sobre su territorio”.³⁰⁸

3.5. Creación de un mecanismo eficaz de reclamación de tierras

En el caso *Yakye Axa*, la Corte IDH dispuso que el Estado debía adoptar en su derecho interno “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que [fuera]n necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que h[iciera] cierto su derecho de propiedad y que t[uviera] en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y

299 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 210.

300 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 282 y 283.

301 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFR. 2014, párr. 232.

302 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 259-264.

303 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párrs. 279-285.

304 *Ibidem*, párr. 286.

305 *Ibidem*, párr. 290.

306 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párrs. 293-294.

307 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 290.

308 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFR. 2018, párr. 194.

costumbres”.³⁰⁹ Esta medida de reparación fue ordenada en términos idénticos en *Sawhoyamaxa*.³¹⁰ En *Xámok Kásek*, la Corte IDH dio más detalles sobre cómo debería diseñarse el mecanismo eficaz de reclamación de tierras, indicó que el mecanismo debía consagrar normas sustantivas que garantizaran: “a) que se tom[ara] en cuenta la importancia que para los indígenas tiene su tierra tradicional, y b) que no bast[aba] que las tierras reclamadas est[uvieran] en manos privadas y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de reivindicación”. Una autoridad judicial debía ser la competente para resolver los conflictos que se presentaren entre los derechos a la propiedad de los particulares y la de los indígenas.³¹¹

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

adoptar en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales.³¹²

Además, la Corte IDH ordenó al Estado “adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal”.³¹³

3.6. Garantizar el derecho de consulta

En *Saramaka*, la Corte IDH dispuso que el Estado debía adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que fueran necesarias para:

[...] reconocer y garantizar el derecho del pueblo saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que pu[diera]n afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo.³¹⁴

En *Sarayaku*, la Corte IDH reconoció que el Ecuador tenía una de las constituciones más avanzadas en cuanto a la protección al derecho a la consulta, no obstante, “los derechos a la consulta previa no ha[bía]n sido suficiente y debidamente regulados mediante normativa adecuada para su implementación práctica”. Por ende, ordenó al Estado:

[...] adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que [fuera]n necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impid[iera]n su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades.³¹⁵

309 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 225.

310 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 235.

311 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 310.

312 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

313 *Ibidem*, párr. 194.

314 *Ibidem*, párr. 194.

315 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 301.

Adicionalmente, la Corte IDH señaló que en vista de que las violaciones de los derechos a la consulta previa y a la identidad cultural del pueblo sarayaku ocurrieron por acciones y omisiones de diversos funcionarios e instituciones públicas, ordenó al Estado implementar “programas o cursos obligatorios” para funcionarios públicos sobre los derechos de los pueblos indígenas.³¹⁶

3.7. Estudios de impacto ambiental

En *Saramaka*, la Corte IDH ordenó a Surinam asegurar que se realizaran estudios de impacto ambiental y social, mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes. Además, dichos estudios debían realizarse previo al otorgamiento de concesiones dentro del territorio tradicional saramaka. El Estado también debía implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que pudiesen tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo.³¹⁷

3.8. Entrega de suministros básicos

En *Yakye Axa*, la Corte IDH dispuso que mientras la comunidad se encontrara sin tierras, “dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia”, el Estado debía suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable; brindar atención médica periódica y medicinas; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario; y dotar a la escuela de la comunidad con materiales bilingües.³¹⁸ Una medida de reparación prácticamente idéntica fue ordenada en los otros casos paraguayos, *Sawhoyamaxa*³¹⁹ y *Xámkok Kásek*.³²⁰

3.9. Reconocimiento de la personalidad jurídica

En *Saramaka*, la Corte IDH dispuso que el Estado estaba en la obligación de “otorgar a los miembros del pueblo saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones”.³²¹ Idéntica medida de reparación fue dictada en *Pueblos Kaliña y Lokono*.³²²

3.10. Otorgamiento de becas para educación

En *Escué Zapata*, la Corte IDH reconoció el sufrimiento de la hija de la víctima (un líder comunitario ejecutado), y las dificultades que afrontó a lo largo de su vida estudiantil. Por ello, ordenó al Estado que le otorgara una beca para realizar estudios universitarios en una universidad pública colombiana escogida entre ella y el Estado. La Corte IDH especificó que la beca debía costear, entre otros, el transporte desde la ciudad donde estudiaba la beneficiaria hasta su comunidad “para que pu[diera] mantener sin dificultades los vínculos con ella, sus tradiciones, usos y costumbres, así como el contacto con su familia de manera periódica”.³²³ Reparaciones similares se otorgaron en *Fernández Ortega*³²⁴ y *Rosendo Cantú y otra*.³²⁵

316 *Ibidem*, párr. 302.

317 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

318 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 221.

319 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 230.

320 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 301-305.

321 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 194.

322 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 279.a).

323 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 170.

324 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 264.

325 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 257.

3.11. Atención médica y psicológica

En *Escué Zapata*, la Corte IDH estimó que era preciso “disponer una medida de reparación que bus[car] reducir los padecimientos físicos y psíquicos de los familiares de la víctima”, producidos como consecuencia de la ejecución extrajudicial del señor Escué Zapata. Con tal fin, la Corte IDH ordenó al Estado que proveyera, sin cargo alguno, el tratamiento especializado de carácter médico, psiquiátrico y psicológico adecuado que requieran los familiares de la víctima, previa manifestación de su consentimiento, por el tiempo que fuera necesario, incluida la provisión de medicamentos. La Corte IDH aclaró que tal tratamiento debía considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, en especial sus costumbres y tradiciones.³²⁶ Una medida de reparación similar fue ordenada en los casos *Chitay Nech y otros*,³²⁷ *Fernández Ortega*,³²⁸ y *Norín Catrimán y otros*.³²⁹

En *Xámok Kásek*, la Corte IDH, dadas las dificultades que los miembros de la comunidad tenían para acceder a centros de salud, ordenó al Estado que estableciera en el lugar donde se asentaba la comunidad un puesto de salud permanente, con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada.³³⁰

En *Rosendo Cantú y otra*, la Corte IDH consideró que los hechos del caso (violación sexual de la víctima) habían evidenciado la necesidad de fortalecer la atención y los centros de salud para el tratamiento de mujeres que hubieran sufrido violencia. Observó que existía un centro de salud en la localidad donde se encontraba la víctima, y ordenó que dicho centro fuera “fortalecido a través de la provisión de los recursos materiales y personales, incluyendo la disposición de traductores al idioma me’paa, así como mediante la utilización de un protocolo de actuación adecuado”.³³¹

Es necesario resaltar que los grupos étnico-culturales tienen derecho a conservar, utilizar y proteger sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, y exigir que los servicios de salud públicos fueran apropiados desde el punto de vista cultural.³³² Un buen ejemplo de esto sería el Acuerdo de las Escuelas de Residencia de Canadá que estableció un *Healing Fund* que sería administrado por la *Aboriginal Healing Foundation*, que acuerda apoyar las necesidades de sanación de los pueblos aborígenes afectados por el legado de las antiguas Escuelas Residenciales Indias,³³³ y que incluye impactos intergeneracionales, de una manera holística, basado en la comunidad.³³⁴

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

326 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 173.

327 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 256.

328 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 252.

329 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, FRC. 2014, párrs. 425-426.

330 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 306.

331 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 260.

332 Ruiz Chiriboga, O. “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano”, en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 5, 2006, p. 52.

333 Estas escuelas fueron internados que existieron en Canadá para tratar de asimilar a los niños indios prohibiéndoles las manifestaciones propias de su cultura y en las cuales fueron frecuentes los abusos físicos, sexuales y emocionales. La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Canadá, constituida en junio de 2008, tiene como mandato descubrir qué ocurrió realmente en los internados e informar a todos los canadienses de sus hallazgos. Para mayor información sobre el trabajo de la Comisión y acceder a su reporte final, visitar el siguiente vínculo electrónico: <http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=3> (fecha de último acceso: 15 de mayo de 2018)

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

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

La cultura indígena entiende la salud y la enfermedad en términos de equilibrio y desequilibrio del universo. Para ellos, los tratamientos de salud deben ser integrales, atendiendo la parte física, pero además los elementos afectivos, espirituales y del medio ambiente. Por otro lado, las formas de curación en estas culturas incluye el uso de plantas medicinales, ceremonias y rituales, sobre todo colectivos. Las prácticas indígenas no implican un abandono de los tratamientos médico/farmacológicos usados a nivel del Estado, pero sí la búsqueda de formas complementarias para solucionar los problemas de salud. La salud, desde una perspectiva occidental, es referida generalmente a una concepción médico-clínica, a la cura de síntomas y órganos del cuerpo que son tratados de manera aislada. Lo afectivo, religioso y ambiental usualmente quedan por fuera de cualquier concepción médica de tratamiento y atención.³³⁵

En el SIDH, las prácticas de salud indígenas fueron reconocidas en *Río Negro*. La Corte IDH reprobó la declaración de la perita Rosalina Tuyuk, quien se refirió a la solicitud de atención psicosocial a las víctimas en los siguientes términos:

[...] la atención psicosocial debe ser con identidad propia, o sea, los pueblos mayas nunca va[n] a los psicológicos, sino [que su] psicología l[a] hace[n] con el fuego sagrado [y...] con las plantas medicinales. [...] La política del Estado no incluye las prácticas ancestrales de [sus] pueblos; por lo tanto, [...]esta es una ocasión para que el Estado pueda reconocer tod[a] esa práctica [...] para que [...] en realidad este proceso de atención psicosocial pueda apoyar a todos los que fueron víctimas de violencia sexual y de otro tipo [...] de violaciones.³³⁶

La Corte IDH aceptó estas sugerencias y ordenó al Estado brindar gratuitamente tratamiento médico y psicológico a las víctimas. La Corte IDH dio la opción de que dicho tratamiento pudiera brindarse por personal e instituciones estatales, pero también a través de los sanadores de la comunidad maya achí, de acuerdo con sus propias prácticas de salud y mediante el uso de medicinas tradicionales, para lo cual el Estado debía acordar con los representantes de las víctimas la forma en que esta reparación se llevaría a cabo.³³⁷

Ahora bien, la Corte IDH no ha aceptado en todos los casos las solicitudes que las partes le han hecho. En *Acosta y otros*, las representantes de las víctimas solicitaron de manera explícita que se ordenara al Estado garantizar una adecuada atención psicológica a las víctimas.³³⁸ Sin embargo, la Corte IDH consideró que, “dado el tiempo transcurrido, no correspond[ía] en [el] caso ordenar al Estado que brind[ara] un tratamiento adecuado, pudiendo considerarse ese rubro comprendido dentro de las indemnizaciones compensatorias dispuestas a favor de las víctimas”.³³⁹ La Corte IDH estimó que la indemnización por daño inmaterial contemplaba “los sufrimientos ocasionados a las víctimas en su esfera moral y psicológica”.³⁴⁰ Dicho sufrimiento, que la propia Corte IDH catalogó como grave, se produjo por el homicidio del esposo de la señora Acosta, la falta de investigación adecuada del crimen; la falta de sanción a los responsables, y la estigmatización social. Todo ello generó impactos tanto psicosociales como económicos en la señora Acosta y sus familiares.³⁴¹ Aun así, la Corte IDH no dispuso como medida de reparación la atención psicológica de las víctimas, lo cual sorprende.

335 Gómez, N. “Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities”, en Lenzirini, F. (Ed.), *op. cit.*, p. 159.

336 *Ibidem*, párr. 288.

337 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 289.

338 Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. EPFRC. 2017, párr. 225.

339 *Idem*.

340 *Ibidem*, párr. 239.

341 *Ibidem*, párr. 238.

El tema de las medidas de rehabilitación es complejo, pero la Corte IDH ha mostrado apertura y flexibilidad para otorgar estas medidas de acuerdo con el contexto y necesidades de cada caso. Por ejemplo, en los casos en los que el Estado carecía de la experticia necesaria para implementar estas medidas, se decidió recurrir al apoyo de ONG especializadas. En otros casos, las mismas víctimas preferían buscar sus propias opciones de atención psicológica porque no tenían confianza hacia el Estado y no deseaban depender de las instituciones estatales. Asimismo, en ciertos casos las medidas de atención psicosocial llegaron muchos años después de los hechos, por lo que algunas personas no sintieron la necesidad de apoyo psicosocial. Otras, las consideraron innecesarias, como una forma de protección y deseo de sentirse fuertes, autónomas y resistentes.³⁴² También han existido personas cuyas experiencias en las consultas psicoterapéuticas fueron frustrantes o incluso revictimizantes, sea porque los psicólogos no tenían experiencia o conocimiento del tema y contextos específicos, o porque se emplearon enfoques clínicos tradicionales que no son los más adecuados para trabajar el nivel de impacto y complejidad que suponen las violaciones de derechos humanos³⁴³. Por ello, es de vital importancia el hecho de que la Corte IDH mantenga un rol activo en las medidas de rehabilitación, proporcionando lineamientos y principios que las medidas psicosociales deben tener para ser efectivas y adecuadas en su tratamiento específico para violaciones de derechos humanos.

Por otro lado, desde una perspectiva psicoterapéutica, las vivencias traumáticas como las sufridas por la familia Acosta, conllevan un daño psicosocial que no solo no es aliviado por “el tiempo transcurrido” sino que, sin un adecuado tratamiento y seguimiento psicológico, sin mencionar las condiciones judiciales y sociopolíticas favorables, las consecuencias de vivencias traumáticas pueden no solo empeorar sino extender sus impactos sobre otras áreas como la salud, familia, trabajo.³⁴⁴ Lo relevante aquí es que las víctimas sintieron la necesidad de recibir atención psicosocial y así lo solicitaron expresamente a la Corte IDH, pero esta desoyó sus pedidos.

3.12. Programa de registro y documentación

En *Sawhoyamaxa*, la Corte IDH consideró que la forma más adecuada de reparar la violación al derecho a la personalidad jurídica de varios miembros de la comunidad era que el Estado realizara un programa de registro y documentación, de tal forma que los miembros de la comunidad pudieran registrarse y obtener sus documentos de identidad.³⁴⁵ Idéntica medida de reparación fue ordenada en el caso *Xámkok Kásek vs. Paraguay*.³⁴⁶

3.13. Sistema de comunicación para casos de emergencia

En *Sawhoyamaxa*, la Corte IDH, dadas las dificultades que los miembros de la comunidad tenían para acceder a los centros de salud, ordenó que el Estado estableciera en los asentamientos de la comunidad un sistema de comunicación “que permita a las víctimas contactarse con las autoridades de salud competentes, para la atención de casos de emergencia”. El Estado también estaba en la obligación de proveer el transporte.³⁴⁷ Idéntica medida de reparación fue ordenada en *Xámkok Kásek*.³⁴⁸

342 Beristain, C.M., *op. cit.*

343 Donoso, G. “I have never worked with victims so victimized. Political Trauma and the Challenges of Psychotherapy in Ecuador” (Por publicarse en 2018).

344 Van Der Kolk, B. A. *The Body Keeps the Score: Brain, Mind, and Body in the Healing of Trauma*. New York: Viking, 2014. Herman, J. L. *Trauma and recovery: The aftermath of violence from domestic abuse to political terror*. New York, Basic Books, 1992.

345 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 231.

346 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 308.

347 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 232.

348 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámkok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 306.

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

En *Yatama*, la Corte IDH consideró indispensable que, para atender los requerimientos del principio de legalidad en materia electoral, el Estado debía reformar su Ley Electoral de manera que se:

[...] regule con claridad las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de participación electoral, los procedimientos que debe observar el Consejo Supremo Electoral al determinar tal incumplimiento y las decisiones fundamentadas que al respecto debe adoptar dicho Consejo, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado.³⁴⁹

Asimismo, el Estado debía reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral declarados violatorios de la CADH y adoptar:

[...] las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas pu[diera]n participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática. [Los requisitos que se establecieran para tal fin debían] permitir y fomentar que los miembros de esas comunidades c[ontara]n con una representación adecuada que les permita intervenir en los procesos de decisión sobre las cuestiones nacionales, que conciernen a la sociedad en su conjunto, y los asuntos particulares que atañen a dichas comunidades, por lo que dichos requisitos no deber[ía]n constituir obstáculos a dicha participación política.³⁵⁰

3.15. Educación

En el caso *Aloeboetoe*, la Corte IDH ordenó al Estado reabrir una escuela que había sido cerrada en el asentamiento de las víctimas, y que la dotara de personal docente y administrativo para que funcionara permanentemente.³⁵¹

En *Fernández Ortega*, la Corte IDH destacó la importancia de implementar reparaciones que tuvieran un alcance comunitario y que permitieran reintegrar a la víctima en su espacio vital y de identificación cultural, además de restablecer el tejido comunitario. Es por ello que la Corte IDH consideró pertinente ordenar al Estado que facilitara los recursos necesarios para que la comunidad indígena me'phaa de Barranca Tecoani, a la que pertenecía la víctima, estableciera un centro comunitario, que se constituyera como centro de la mujer, en el que se desarrollaran actividades educativas en derechos humanos y derechos de las mujeres, bajo responsabilidad y gestión de las mujeres de la comunidad, incluida la señora Fernández Ortega si así lo deseara.

El Estado debía facilitar que sus instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en derechos humanos y género brindaran asistencia en las acciones de capacitación comunitaria, las cuales debían adecuarse a la cosmovisión de la comunidad indígena.³⁵²

La Corte IDH recordó que las hijas de la señora Fernández Ortega, así como muchas de las niñas me'phaa no contaban con seguridad en los caminos hacia sus escuelas. La Corte IDH ordenó al Estado que adoptara medidas para que las niñas contaran con facilidades de alojamiento y alimentación adecuadas, de manera que pudieran continuar recibiendo educación en las instituciones a las que asistían. Esta medida podía ser cumplida por el Estado "optando por la instalación de una escuela secundaria en la comunidad".³⁵³

349 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 258.

350 *Ibidem*, párr. 259.

351 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. RC. 1993, punto resolutivo 5.

352 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 267.

353 *Ibidem*, párr. 270.

3.16. Búsqueda de la persona desaparecida

En *Bámaca Velásquez*, la Corte IDH dispuso como medida de reparación que el Estado debía localizar los restos mortales de la víctima, exhumarlos en presencia de su viuda y familiares, así como entregarlos a estos.³⁵⁴

De igual manera, en *Tiu Tojín*, la Corte IDH comprobó que María y Josefa Tiu Tojín se encontraban aún desaparecidas y su paradero se desconocía. Al respecto, indicó que “[l]a investigación efectiva de su paradero o de las circunstancias de su desaparición, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado deb[ía] satisfacer”. Por ello, ordenó al Estado que procediera de inmediato a la búsqueda y localización de las víctimas. En caso de que las víctimas fueran halladas sin vida, la Corte IDH dispuso que el Estado debía, en un tiempo breve, “entregar los restos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación”. Los gastos que dichas diligencias generaren debían ser cubiertos por el Estado. Asimismo, el Estado debía cubrir los gastos fúnebres, “respetando las tradiciones y costumbres de los familiares de las víctimas”.³⁵⁵ Similar medida de reparación fue ordenada en *Chitay Nech y otros* y en *Río Negro*.³⁵⁶

3.17. Sanción a los responsables de violaciones a derechos humanos

En *Bámaca Velásquez*, la Corte IDH indicó que el Estado debía investigar los hechos que generaron las violaciones de la CADH y de la CIPST, identificar y sancionar a los responsables, así como divulgar públicamente los resultados de la respectiva investigación.³⁵⁷

De manera similar, en *Moiwana*, la Corte IDH sostuvo que la deficiente investigación conducida por Surinam sobre el ataque a la aldea de Moiwana, la violenta obstrucción de justicia por parte del Estado y el prolongado periodo que transcurrió sin un esclarecimiento de los hechos y la sanción de los perpetradores incumplían los estándares de acceso a la justicia y debido proceso establecidos en la CADH.³⁵⁸ A la luz de lo anterior, la Corte IDH ordenó a Surinam que realizara inmediatamente “una investigación y un proceso judicial efectivos y prontos sobre las ejecuciones extrajudiciales” cometidas en perjuicio de varios miembros de la comunidad moiwana. Dicha investigación debía llevar “al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la compensación adecuada a las víctimas”. Los resultados de estos procesos debían ser “públicamente divulgados por el Estado, de manera tal que la sociedad surinamés pudiera conocer la verdad”.³⁵⁹

3.18. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional

Los actos de reconocimiento público de responsabilidad del Estado tienen como objetivo dar satisfacción y dignificar a las víctimas, sus familias y/o comunidades. Estas medidas tienen un alto componente simbólico, pues representan, muchas veces, el cambio de relaciones de poder entre víctimas y Estados. Como afirma Beristain, cuando las medidas de reconocimiento han sido implementadas de

354 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, punto resolutivo 1.

355 Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 103.

356 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 240. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

357 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. RC. 2002, punto resolutivo 2.

358 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 202.

359 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 205. Medidas similares de reparación se ordenaron en Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 165. Corte IDH. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. FRC. 2008, párr. 77. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 235. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 228-230. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 211-213. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012, párr. 257. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. EPFRC. 2016.

manera correcta, tomando en cuenta aspectos sensibles y la participación de las víctimas, estas medidas han tenido un impacto y una importancia de especial interés para las víctimas.³⁶⁰

En *Plan de Sánchez*, el Estado, durante la audiencia pública del caso, manifestó “su profundo sentimiento de pesar por los hechos vividos y sufridos por la comunidad de Plan de Sánchez” y pidió perdón a las víctimas, a los sobrevivientes y familiares, como una primera muestra de respeto, reparación y garantía de no repetición. Sin embargo, la Corte IDH consideró apropiado que “para que dicha declaración rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición”, el Estado debía realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y en desagravio de las víctimas. El acto debía realizarse en la aldea de Plan de Sánchez, donde ocurrió la masacre, con la presencia de altas autoridades del Estado y las víctimas del caso, acto en el cual se debía dar participación a los líderes comunales. El Estado debía disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de dichas personas en el acto mencionado. Además, Guatemala debía realizar dicho acto tanto en el idioma español como en el idioma maya achí, y difundirlo a través de los medios de comunicación.³⁶¹ En ese mismo acto, el Estado debía honrar públicamente la memoria de las personas ejecutadas y tomar en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas.³⁶²

En *Fernández Ortega y otros*, la Corte IDH tuvo a la vista un informe pericial en el que se indicó que para las comunidades indígenas de Guerrero, estado en el que la víctima vivía, tenía una especial importancia que el autor de una falta reconociera públicamente su acción. En particular, en tales comunidades indígenas el reconocimiento era el primer paso para la “sanación” de las afectaciones al tejido comunitario. Lo anterior fue determinante para que la Corte IDH ordenara al Estado la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional.³⁶³

Desde un punto de vista más epistemológico, la participación de las víctimas y comunidades en los procesos de reparación, así como la incorporación de elementos y prácticas culturales en la implementación de los diversos tipos de medidas, potencian el re-posicionamiento de las identidades y saberes indígenas marcados por la exclusión. Estos procesos nacen y a la vez fortalecen los movimientos que promulgan la re-apropiación de la cultura y la identidad en contra del neo-colonialismo de los saberes en América Latina. A partir de estos movimientos se está recuperando el valor y sentido de aquellos que han sido, en palabras de teóricos críticos poscolonialistas como Escobar,³⁶⁴ Mignolo,³⁶⁵ Said,³⁶⁶ “subalternizados”, pero es justamente desde este pensamiento y epistemologías de la periferia que nuevas concepciones se están gestando en contra de las grandes narrativas y sistemas de pensamiento eurocentristas, logocentrismo y antropocentrismo propios de occidente.

Sin embargo, notamos existe cierto nivel de inconsistencia en la sentencia de la Corte IDH en cuanto a los actos de reconocimiento. No existe claridad en cuanto a las condiciones que el caso debe tener para que la Corte IDH ordene dicha medida de reparación, lo que puede generar falsas expectativas entre las víctimas y familiares. Por ejemplo, en *Acosta y otros*, los representantes solicitaron que

360 Beristain, C.M., *op. cit.*, p. 73.

361 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párr. 101.

362 *Ibidem*, párr. 101.

363 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 243-244. Esta medida de reparación también fue ordenada en Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 216; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 226; Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 177; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 297; Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 248; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 226; Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 219; Corte IDH. *Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 273-274.

364 Escobar, A. “Worlds and Knowledges Otherwise”, en *Cultural Studies*, n.º 21(2), p. 179, 2007.

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

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

el Estado reconociera públicamente que los derechos humanos de los familiares del señor García Valle fueron violados, que el acto público fuera llevado a cabo por un representante estatal del más alto nivel y en el mismo debían estar presentes representantes de las instituciones involucradas en los hechos, que las características del acto fueran consensuadas con los familiares y que se garantizara cobertura nacional del evento. Los representantes también solicitaron que se ordenara al Estado levantar un monumento en memoria del señor García Valle en la ciudad de Bluefields.³⁶⁷ La Corte IDH estimó que “la emisión de la sentencia y las reparaciones [...] resultaban suficientes y adecuadas para el presente caso, por lo cual no consideró pertinente ordenarlas”.³⁶⁸ La sentencia no provee más justificación o razonamiento para esta decisión.

De igual forma, en *Pueblos Kaliña y Lokono*, los representantes requirieron que el Estado “pid[iera], oficial y públicamente, disculpas por violaciones de los derechos de los pueblos Kaliña y Lokono y que se compromet[iera] en público al aseguramiento de que tales derechos se respet[ara]n en el futuro”.³⁶⁹ Y aunque ni la CIDH ni el Estado se pronunciaron al respecto o manifestaron oposición alguna, la Corte IDH estimó que la emisión de la sentencia y las reparaciones ordenadas en la misma eran medidas suficientes y adecuadas para el caso, y en virtud de ello, no estimó necesario ordenar la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad.

3.19. Publicación y difusión en idioma indígena

En *Plan de Sánchez*, la Corte IDH estimó que el Estado debía traducir al idioma maya achí la CADH, así como las sentencias de fondo y reparaciones. Guatemala también debía disponer de los recursos necesarios para facilitar la divulgación de dichos textos y hacer entrega de los mismos a las víctimas del caso.³⁷⁰

En *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH señaló que, como medida de satisfacción, el Estado debía publicar, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, ciertas secciones de la sentencia emitida. Asimismo, el Estado debía financiar la transmisión radial del contenido de la sentencia, en idioma enxet y guaraní o español, en una radio a la cual tuvieran acceso los miembros de la comunidad yakye axa. La transmisión radial debía efectuarse al menos por cuatro ocasiones con un intervalo de dos semanas entre cada una.³⁷¹

En *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH ordenó la publicación y difusión de la sentencia en términos idénticos a los expuestos en el caso anterior, solo que también incluyó el orden de que el fallo se publicara íntegramente en el sitio web oficial del Estado.³⁷²

Las sentencias de reparaciones deberían asegurar un máximo de difusión posible entre las comunidades indígenas, incluyendo técnicas estratégicas y pedagógicas como recursos audiovisuales. La traducción a los idiomas nativos debe cuidarse, igualmente. La difusión debe también alcanzar de manera adecuada a sectores no indígenas, para asegurar su reconocimiento.³⁷³

367 Corte IDH. *Caso Acosta y otros vs. Nicaragua*. EPFRC. 2017, párr. 227.

368 *Idem*.

369 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 314.

370 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, 2004, párr. 102.

371 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 227.

372 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. EPFRC. 2005, párr. 252. Asimismo, la Corte IDH ordenó publicaciones en idioma indígena y difusión por radio en los siguientes casos: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 236. Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 174. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 197. Corte IDH. *Caso Tiu Tojin vs. Guatemala*. FRC. 2008, párrs. 106-108. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 298-299. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párrs. 244-245. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 247. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 229.

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

3.20. Recuperación de la memoria colectiva

En *Plan de Sánchez vs. Guatemala*, la Corte IDH dispuso que el Estado debía entregar una cantidad determinada de dinero “para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas que fueron ejecutadas en la Masacre Plan de Sánchez”. Según la Corte IDH, “[e]llo contribu[ía] a despertar la conciencia pública, para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el [...] caso, y para conservar viva la memoria de las personas fallecidas”.³⁷⁴

En *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH ordenó que, con el propósito de preservar la memoria de Florencio Chitay Nech, víctima de desaparición forzada, en la comunidad a la que perteneció, el Estado debía colocar, en coordinación con las víctimas, en un lugar público significativo para los familiares, una placa conmemorativa en la que constara el nombre de Florencio Chitay y se hiciera alusión a las actividades que realizaba.³⁷⁵

En *Moiwana vs. Surinam*, la Corte IDH ordenó al Estado construir un monumento que, según el propio Estado, estaría diseñado para conmemorar los hechos que ocurrieron en la aldea de Moiwana y para ser “un recordatorio para la nación entera de lo que sucedió y no deberá repetirse en el futuro”. El diseño y la ubicación del monumento debían ser resueltos en consulta con los representantes de las víctimas.³⁷⁶

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

Usualmente, estos procesos requieren fases de contacto en los que la confianza es un elemento crucial y, por ende, deben existir también fases o actividades de cierre, en las que se ofrezca una re-orientación de los procesos. El acompañamiento psicosocial es fundamental en muchos casos, ya que puede servir además como intérprete cultural y apoyar en la creación de lazos de confianza para un trabajo más efectivo.³⁷⁷

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

En *Plan de Sánchez*, la Corte IDH consideró que, dado que los habitantes de Plan de Sánchez perdieron sus viviendas como consecuencia del ataque que sufrieron, el Estado debía implementar un programa habitacional, mediante el cual se proveyera de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que residían en dicha aldea.³⁷⁸ En consideración al daño ocasionado, la Corte IDH dispuso que el Estado debía desarrollar los siguientes programas: 1. estudio y difusión de la cultura maya achí; 2. mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial; 3. sistema de alcantarillado y suministro

374 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párr. 104.

375 Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010, párr. 251.

376 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 218.

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

378 Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, párr. 105.

de agua potable; 4. dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe, y 5. establecimiento de un centro de salud, así como la formación del personal de dicho centro.³⁷⁹

En *Moiwana*, en atención a que la operación militar realizada en la aldea de Moiwana destruyó la propiedad de sus habitantes y forzó a los sobrevivientes a huir, la Corte IDH estimó que Surinam debería crear un fondo de desarrollo, que sería destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos programas debían ser determinados por un comité de implementación conformado por tres miembros: un representante designado por las víctimas, otro por el Estado y el tercer miembro sería designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado.³⁸⁰

En *Yakye Axa*, la Corte IDH ordenó al Estado la creación de un programa y el establecimiento de un fondo de desarrollo comunitario que serían implementados en las tierras que se entregaran a los miembros de la comunidad. El programa comunitario consistiría en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. El fondo de desarrollo comunitario estaría compuesto por una suma de dinero, cuyo fin sería la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos proyectos debían ser determinados por un comité de implementación que, al igual que en el *Caso Moiwana*, estaría integrado por un representante de los indígenas, otro del Estado y un tercero de común acuerdo.³⁸¹

En *Escué Zapata*, la Corte IDH indicó que “el rescate de la memoria del señor Escué Zapata debe hacerse a través de obras en beneficio de la comunidad en la que él ejercía cierto tipo de liderazgo”. Para ello, la Corte IDH estimó que el Estado debía destinar, una cantidad de dinero a un fondo que llevara el nombre de la víctima, para que la comunidad lo invirtiera en obras o servicios de interés colectivo, “de conformidad con sus propias formas de consulta, decisión, usos, costumbres y tradiciones, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región”.³⁸²

En *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, los representantes solicitaron a la Corte IDH que ordenara al Estado crear un fondo de desarrollo como consecuencia de los daños materiales e inmateriales causados por las violaciones sufridas por dichos pueblos; argumentaron que “[ese] fondo de desarrollo comunitario no deb[ía] ser creado en los términos establecidos en los casos de la comunidad Moiwana y del pueblo saramaka, ambos contra Surinam [resuelto con anterioridad por la Corte IDH], pues, a su juicio, estos no ha[bía]n funcionado adecuadamente”. Los representantes solicitaron de manera específica que se ordenara al Estado transferir cualquier monto de indemnización concedida a una entidad elegida libremente por las víctimas, que sea controlada y administrada autónomamente por las propias víctimas, y que se puedan utilizar los fondos a su discreción para invertir, por ejemplo, en la salud, la educación, gestión de recursos y otros proyectos en su territorio. Los representantes destacaron que los pueblos kaliña y lokono tenían plena capacidad para administrar el fondo, pues llevaban décadas administrando fondos a través de sus instituciones tradicionales y organizaciones representativas.³⁸³ Por su parte, el Estado afirmó que la participación estatal en el fondo de desarrollo era fundamental, “con la finalidad de asegurar que los fondos no se utili[zara]n de forma inadecuada”.³⁸⁴ La Corte IDH dispuso la creación del fondo, y le dio al Estado la administración del mismo. La participación de las víctimas

379 *Ibidem*, párr. 110.

380 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 214-215.

381 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 203. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 205-206. En los siguientes casos la Corte IDH ordenó medidas de reparación similares: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 224-225. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 323; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 201; Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 333. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. EPFRC. 2018, párrs. 211-212.

382 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párr. 168.

383 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 292.

384 *Ibidem*, párr. 293.

se limitó a elegir una representación para la interlocución con el Estado, a fin de que la implementación del fondo se realizara conforme lo dispusieran dichos pueblos.³⁸⁵

3.22. Garantías de seguridad

En *Moiwana*, los miembros de la comunidad no deseaban regresar a sus tierras tradicionales hasta que el territorio fuera “purificado”, de acuerdo con los rituales culturales, y ya no tuvieran temor de que se presentaran nuevas hostilidades en su contra. Al respecto, la Corte IDH indicó que “[n]inguna de estas dos condiciones se presentar[ía]n sin que h[ubiera] una investigación y proceso judicial efectivos, que t[uviera]n como resultado el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables”. Mientras se realizaran estos procesos, hasta su culminación, “solo los miembros de la comunidad p[odía]n decidir cuándo [era] apropiado el regreso a la aldea de Moiwana”, y hasta que los miembros de la comunidad estuvieran satisfechos de que se hubiera realizado lo necesario para que pudieran regresar, el Estado debía garantizar su seguridad. A tales efectos, la Corte IDH dispuso que cuando los miembros de la comunidad regresaran a dicha aldea, el Estado debía enviar representantes oficiales cada mes a la aldea durante el primer año, para realizar consultas con los residentes de Moiwana. Si durante esas reuniones mensuales, los miembros de la comunidad expresaren preocupación en relación con su seguridad, el Estado debía adoptar las medidas necesarias para garantizarla, las cuales serían diseñadas en consulta estricta con los destinatarios de las medidas.³⁸⁶

3.23. Programas de capacitación a funcionarios públicos

En el caso *Fernández Ortega vs. México*, relativo a la violación sexual de una mujer indígena, la Corte IDH dispuso que el Estado debía continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de violencia sexual, que incluyeran una perspectiva de género y etnicidad. Dichos cursos debían impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero, estado en el que residía la víctima, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones constituyeran la línea de atención primaria a mujeres víctimas de violencia.³⁸⁷ Asimismo, la Corte IDH consideró importante “fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de funcionarios de las Fuerzas Armadas sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos, a fin de evitar que hechos como los ocurridos en el [...] caso se repit[ieran]”. Para ello, el Estado debía implementar un programa o curso permanente y obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos que incluyera, entre otros temas, los límites en la interacción entre el personal militar y la población civil, género y derechos indígenas, dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas, en todos los niveles jerárquicos.³⁸⁸

3.24. Riesgos

Hasta aquí se han analizado todos los posibles beneficios que tiene adecuar las medidas de reparación a los contextos y perspectivas culturales donde se llevan a cabo. Sin embargo, es imprescindible tener en cuenta algunos de sus potenciales riesgos o elementos que se deben cuidar en este tipo de procesos.

El diseño e implementación de reparaciones culturalmente sensibles conlleva estudios especializados y adecuados a los contextos propios donde se produjeron las violaciones, de lo contrario existe el riesgo de generalizar las medidas de reparación, y pretender aplicar “recetas culturales”, (*si esto*

385 *Ibidem*, párr. 297.

386 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 212.

387 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. EPFRC. 2010, párr. 260.

388 *Ibidem*, párr. 262. Estas órdenes fueron reiteradas por la Corte IDH en el caso Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. EPFRC. 2010, párrs. 246 y 249.

funcionó en la comunidad tal, aquí también funcionaría), es preciso que exista una adecuación de las medidas según el contexto y las necesidades de cada caso.

Los elementos culturales en muchas situaciones de violación de derechos humanos, e incluso en ausencia de esta, son susceptibles de ser manipulados, tergiversados y hasta politizados. Muchas veces ciertos argumentos que se basan en cuestiones de pluralidad cultural pueden convertirse en elementos que promueven una cultura de impunidad. En otros casos, se pueden tomar y dar por sentados ciertos aspectos culturales como si fueran estáticos en el tiempo, corriéndose el riesgo de perennizarlos; o se utilizan características culturales como estereotipos y de forma discriminatoria, sin analizar las causas estructurales de los problemas.

Otro riesgo puede ser que muchos de estos grupos mantienen formas de participación y toma de decisiones que dejan por fuera total o parcialmente a subgrupos que pueden quedar en situaciones de vulnerabilidad, como niños, niñas y mujeres.

El cuadro a continuación sintetiza los principales beneficios de incorporar reparaciones culturalmente sensibles, así como los potenciales riesgos o los aspectos que es necesario cuidar en su proceso de implementación.

Reparaciones culturalmente sensibles	
Beneficios	Aspectos que cuidar
Enfoques participativos e integrales	Riesgo de generalizar, requiere especificidad, adecuación de medidas según el contexto y las necesidades de cada caso.
Mayor legitimidad	Requiere estudios cualitativos y cuantitativos bien realizados (peritajes, análisis etnográficos, encuestas, etc.)
Mayor eficacia de las medidas reparativas	Puede re-victimizar, si no son adecuadas o se las usa para estigmatizar y discriminar.
Pueden servir para alcanzar reconciliación	Perennizar y justificar impunidad.
Enfoques complementarios culturalmente (visión occidental- cosmovisiones indígenas)	Mujeres, niños, niñas y otros subgrupos pueden quedar invisibilizados.

4. Conclusiones

Esta sección ha descrito toda la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de pueblos indígenas y tribales, clasificándola en dos grandes apartados. El primero dedicado a la jurisprudencia en cuanto al fondo, es decir, las violaciones decretadas por la Corte IDH de los derechos consagrados en la CADH. El segundo, relativo a las medidas de reparación que se han dispuesto para mitigar, subsanar o indemnizar las violaciones decretadas, así como para prevenir futuras violaciones.

Las sentencias de la Corte IDH, por la manera en que han abordado los complejos casos de pueblos indígenas, y por la innovación y sensibilidad cultural de las reparaciones que ha ordenado, constituyen *per se* una forma de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, de la historia de violencia de la que han sido y continúan, en muchos casos, siendo víctimas. La flexibilidad y apertura por parte de la Corte IDH para desarrollar una interlocución válida con los sistemas consuetudinarios ha permitido posicionar al SIDH como uno de los sistemas pioneros y que mayores desarrollos ha alcanzado en este tipo de problemáticas. No en vano, la Corte Penal Internacional y el Sistema Africano de Derechos Humanos han tornado su interés hacia las sentencias que produce la Corte IDH, a manera de guía en cuanto buenas prácticas y desafíos que se esperan en casos de violaciones colectivas y con componentes étnicos de gran complejidad.

Como se indicó al inicio de este capítulo, la jurisprudencia de la Corte IDH es de suma importancia para los jueces y tribunales nacionales, no solo porque sus decisiones son de obligatorio cumplimiento para los Estados condenados, sino que todas las instancias judiciales de la región deben ejercer un control de convencionalidad, que tome en cuenta tanto la CADH como la interpretación que la Corte IDH ha hecho de este instrumento convencional.

Es de resaltar nuevamente que la interpretación que la Corte IDH ha realizado de las cláusulas convencionales ha pretendido traer a tiempo presente un tratado internacional que no estuvo diseñado para proteger concretamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales. La Corte IDH ha buscado, con éxito, integrar la CADH a los nuevos avances que se han producido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales de los Estados de la región. Temas como tierras y territorios indígenas, identidad cultural, recursos naturales, lengua propia, y demás, han sido reconocidos por la Corte IDH como elementos fundamentales para preservar y promover las culturas originarias y tribales de nuestro continente.

Estos esfuerzos de la Corte IDH no son cuestiones acabadas (y no podrían serlo), sino que deben continuar realizándose en los futuros casos que lleguen a presentarse. Temas como el derecho o la justicia indígena, el vestuario, acceso o repatriación de objetos de culto indígena, y demás, son cuestiones en torno a las cuales la Corte IDH no se ha pronunciado hasta este momento.

Las reparaciones a los pueblos indígenas nos confrontan con los cuestionamientos ético-políticos más profundos que como sociedades atravesamos. En nada sorprende que las violaciones de derechos humanos a pueblos indígenas se den en contextos de exclusión social, estigmatización y discriminación. Estos son problemas que aquejan al continente americano desde su misma "fundación" y su pasado de violencia. Confrontar al derecho, a los Estados, a las personas en general, a reconocer que ese pasado no está tan lejos, sino que se hace presente en cada uno de estos casos, sin duda no es tarea fácil. El dolor y el horror sufrido por las comunidades indígenas de los casos analizados nos muestran una vez más la penosa realidad de la exclusión y el racismo. Es obvio que la diferencia en el "otro" aún nos asusta y nos violenta, quizá nos duele reconocer que compartimos el pasado y las raíces con estos pueblos. América Latina es una: mestiza, negra, canela, de maíz, mar y montaña.