

¿Emergencia de un derecho constitucional común? El caso de los pueblos indígenas (Parte I)**

Emergence of a Common Constitutional Law? Indigenous Peoples case

SUMARIO

Introducción. I. ¿Es posible hablar actualmente de un *ius constitutionale commune* en América Latina? II. Vida digna, subsistencia física y cultural, y relación del hombre con la tierra como ejes constitucionales en la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los derechos indígenas. A. Derechos colectivos protegidos. 1. Derecho a las tierras y territorios. a. Propiedad colectiva. b. Título indígena. c. Demarcación y delimitación. 2. Recursos naturales. a. Derecho a ser consultado u obligación de obtener el consentimiento. b. Concesiones madereras. c. Concesiones mineras auríferas. 3. Derecho a la diversidad cultural. Conclusiones

RESUMEN

En un mundo de creciente integración, no sólo económica y política, sino también jurídica, una de las preguntas que se plantea es su impacto sobre el continente americano. Una de las posibles respuestas –explorada en este artículo– es el surgimiento de un derecho constitucional latinoamericano, que se construiría a partir de principios de orden público comunes fundados en el derecho de los derechos humanos. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se configuraría como un órgano jurisdiccional que ejerce justicia constitucional. En este estudio se asume el ejercicio de identificar

* Becario de investigación posdoctoral del DAAD-Conicyt en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de derecho internacional público y derechos humanos, doctor en derecho, MA en relaciones internacionales, LLM en derechos humanos y derecho humanitario. El autor agradece el apoyo brindado por el DAAD y Conicyt y por el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, en cuyo marco se ha realizado esta investigación. gaguilarch@hotmail.com.

** Fecha de recepción: 17 de mayo de 2010. Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2010. La segunda parte de este texto será publicada en la edición 26 de esta misma revista.

parámetros constitucionales comunes a partir de un grupo determinado de derechos, esto es, de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

PALABRAS CLAVE

Derecho constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos de los pueblos indígenas.

ABSTRACT

In a world with increasing economic, political and legal integration, the question arises on the impact of this integration on the American continent. One of the possible answers could be the emergence of a Latin-American Constitutional Law. This new set of norms and standards would be built on common public order principles from Human Rights Law. In this context, the Inter-American Court of Human Rights would probably appear as a jurisdictional body which carries out constitutional justice. This article undertakes the task to identify common constitutional standards related to indigenous peoples' human rights.

KEYWORDS

Constitutional Law, International Human Rights Law, Interamerican Court of Human Rights, Indigenous Peoples Rights.

INTRODUCCIÓN

En América Latina existe una enorme desigualdad entre las distintas capas de la población, que se proyecta en todos los aspectos de la vida –económicos, sociales y culturales–, y repercute en el ámbito político y jurídico. WALDMAN se ha referido a las sociedades latinoamericanas como “sociedades fracturadas y polarizadas social y económicamente”¹.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), con sede en Santiago de Chile, afirma que América Latina sigue siendo la región

1. GILDA WALDMAN M. “Los claroscuros de la situación indígena en la paradójica democracia latinoamericana actual”, en JOSÉ EMILIO ORDÓÑEZ CIFUENTES (COORD.), *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho. XII Jornadas Lascasianas*, p. 187.

más desigual del mundo². En la región la tasa de pobreza promedio alcanza a 34,1% de la población, y de este porcentaje la tasa promedio de extrema pobreza o indigencia corresponde a 12,6%. Es decir, se trata de 184 millones de personas pobres y 68 millones indigentes³. En cuanto al analfabetismo, 8,3% (8,8% para mujeres y 7,7% para hombres) de la población, en promedio, es analfabeta. Hay países donde estos datos son especialmente sintomáticos y particularmente preocupantes. Así, por ejemplo, el porcentaje de analfabetismo en Brasil es de 9,6%; en Honduras de 19,4%; en Guatemala de 25,2%; en Nicaragua de 30,3%; y en Haití de 41,1%⁴.

Esta desigualdad adquiere importancia debido a las aspiraciones de los Estados de América Latina a desarrollar y consolidar la democracia en la región. Baste para ello mencionar, simplemente, las recientes declaraciones finales de las Cumbres Iberoamericanas de jefes de Estado y de Gobierno y de las Cumbres de las Américas. En efecto, en la “Declaración de Lisboa” de 2009, los Estados latinoamericanos reiteraron su compromiso para “erradicar la pobreza, combatir el hambre y mejorar la salud de nuestras poblaciones, así como para alcanzar un desarrollo regional sostenible, integrado, inclusivo, equitativo y respetuoso del medio ambiente, prestando una particular atención a la situación de las economías más vulnerables”⁵; y en el “Comunicado especial de la presidencia sobre la situación en Honduras” declararon su “firme compromiso con la defensa de los principios democráticos de todos los países de Iberoamérica para prevenir cualquier intento de desestabilización a gobiernos legítimamente electos”⁶. Por su parte, aún más claramente, en la “Declaración de compromiso de Puerto España”, de 2009, los Estados del continente americano ratificaron sus

aspiraciones y metas para las Américas dependen de democracias sólidas, la buena gestión pública, el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Creemos que la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas. Por lo tanto, renovamos nuestro compromiso de combatir la pobreza, la desigualdad, el hambre y la exclusión social a fin de elevar las condiciones de vida de nuestros pueblos y fortalecer la gobernabilidad democrática en las Américas, y mantendremos los principios de la Carta democrática interamericana y la aplicaremos plenamente.

2. Cfr. CEPAL. *Panorama social de América Latina*, Santiago, Cepal, 2008, p. 21.

3. Ídem, p. 15. La población total de Latinoamérica y el Caribe es de 586'590.000 habitantes; Cfr. CEPAL, *Anuario estadístico de América Latina y el Caribe*, Santiago, Cepal, 2008, p. 23.

4. Ídem, p. 57.

5. Cfr. Declaración de Lisboa. *XIX Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno*, Estoril (Portugal), 29 de noviembre-1 de diciembre 2009.

6. Cfr. “Comunicado especial de la presidencia sobre la situación en Honduras”. *XIX Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno*, Estoril (Portugal), 29 de noviembre-1 de diciembre 2009.

Reafirmamos nuestro compromiso de fomentar la credibilidad y la confianza ciudadana en las instituciones democráticas, en particular la legitimidad de los procesos electorales, y el pleno respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales⁷.

Sin embargo, en ese mismo continente aparece la paradoja de la desigualdad y de la consolidación de la democracia. En efecto, la consolidación de la democracia –sobre todo formas avanzadas de democracia que exceden la visión clásica de esta simplemente como un hombre un voto y que extinguen el derecho a la democracia en el ejercicio del derecho de voto– requiere un pueblo íntegro, sano, mínimamente bien educado y bien alimentado, con una vivienda que cumpla los requerimientos mínimos, con ingresos suficientes para mantener mínimamente una familia, en otras palabras, un pueblo respecto del cual el Estado satisfaga las condiciones mínimas para que desarrollen una vida digna. La situación actual en la región diverge ampliamente del cumplimiento de estos requisitos mínimos –todos vinculados a la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales–⁸. ¿Cómo es posible pensar que un pueblo que mayoritariamente tiene hambre o no tiene acceso al agua potable ni a atención de salud oportuna y de calidad, podrá ejercer cabalmente su derecho a la democracia, al voto, a ser elegido, a participar en la dirección de los asuntos públicos? Para una familia en condiciones de pobreza o escasez de recursos su primera preocupación es dar de comer a sus hijos, velar por su salud y proporcionarles una buena educación.

En América Latina estas preocupaciones e intereses se anteponen y preceden al interés en la participación política y las complejidades del lenguaje político, en los muchas veces inescrutables misterios de la vida política, en el desmenuzamiento y análisis fino de las propuestas políticas y las políticas públicas. Sin embargo, la creencia en la democracia como mejor sistema de gobierno ha ido en aumento. Así, por ejemplo, en 2002 el 45% de los latinoamericanos preferían someterse a una dictadura que les garantizara empleo y una renta suficiente a vivir en una democracia que los empujara a la miseria. Este fue el resultado de una investigación realizada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), cuando fueron entrevistadas 30 mil personas en dieciocho países del continente. Con todo,

7. Cfr. "Declaración de compromiso de Puerto España". Quinta Cumbre de las Américas, Puerto España, Trinidad y Tobago, 19 de abril de 2009. Asegurando el futuro de nuestros ciudadanos, promoviendo la prosperidad humana, la seguridad energética y la sostenibilidad ambiental, par. 78.

8. "En estas cinco décadas la Corte IDH ha observado avances significativos en los derechos políticos y civiles, en tanto muchos países que sufrían dictaduras y conflictos armados viven ahora en democracia. Sin embargo, el desafío actual es mejorar la calidad de esa democracia, incluyendo todos los derechos políticos y civiles". Comunicado de prensa 78/09. Corte IDH culmina su 137º periodo de sesiones. Washington, D. C., 13 de noviembre de 2009.

en el informe 2009 de Latinobarómetro se afirma que desde 2004 los que bajo ninguna circunstancia apoyarían a un gobierno militar aumentaron de 63% a 65%. En Costa Rica dicho porcentaje era de 91%, en Uruguay de 78%, en Nicaragua de 75%, mientras que en Guatemala era sólo 42%⁹. Además, ese mismo informe señala que 76% de los ciudadanos de la región piensan que la democracia es el mejor sistema de gobierno, aun cuando 30% aprobaba que el gobierno pasara por encima de las leyes¹⁰.

Un pueblo plagado de desigualdades –donde la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) no ha podido subvertir las injusticias de la vida real e introducir un principio de justicia social y un nivel mínimo de vida digna en su seno– es un pueblo imposibilitado para avanzar hacia etapas plenas de democracia. Un pueblo que tenga graves preocupaciones de acceso a la alimentación adecuada, al trabajo, a la salud o al agua potable no está en condiciones de ejercer en forma continua la democracia material, más allá de cumplir con los requerimientos mínimos de democracia formal, concurriendo el día correspondiente a las urnas para ejercer su derecho a sufragio. Por otro lado, ni la constitución más perfecta y depurada, fruto del ejercicio más ilustrado del derecho comparado, ni la elaboración más completa del catálogo de derechos humanos en la constitución puede asegurar etapas avanzadas de democracia material. Por eso creemos que una avanzada técnica legislativa y el dominio del derecho comparado no son, ni por mucho, suficientes para alcanzar altos índices de protección de los derechos humanos y una democracia material real y efectiva. GROS ESPIELL ha manifestado la oposición “entre realidad y normatividad (*sic*), entre el ser y el deber ser” del constitucionalismo latinoamericano¹¹. Cuando hablamos de democracia material nos referimos a una democracia que se configura bajo la forma de un derecho que no se agota en el simple ejercicio periódico del derecho a voto y de ser elegido, sino que, además, comprende el ejercicio en forma continua del derecho de participación, en todos los ámbitos de la vida pública, y de escrutinio de los asuntos públicos, del derecho a demandar explicaciones y rendición de cuentas a los individuos elegidos y de que sean responsables por sus acciones y por sus omisiones.

Los derechos humanos –todos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales– pueden desempeñar un papel corrector fundamental de estas injusticias y desigualdades y, de este modo, enderezar el camino de la comunidad hacia estadios más avanzados de democracia material. En otras palabras, mientras más y mejor se satisfagan los derechos humanos más y mejor calidad de la democracia alcanzará un pueblo.

9. CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2009*, Santiago de Chile, noviembre 2009, p. 12.

10. Ídem, p. 21.

11. HÉCTOR GROS ESPIELL. “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002, p. 156.

Sí, esta es América Latina, un continente de paradojas y contrastes, con logros, muchas veces sorprendentes, pero donde la triste realidad nos enfrenta, muchas veces, a una comunidad repleta de desigualdades, en la que la discriminación social, cultural y étnica está siempre presente, en una sociedad muy estratificada y tradicionalmente clasista y patriarcal, y donde la vida diaria no nos evita episodios de asesinatos, masacres y horribles violaciones a los derechos humanos. América Latina es un mundo que convive con pasos crecientes hacia el anhelado desarrollo económico pero, concomitantemente, subsisten las desigualdades y una grave injusticia social.

En este contexto poco halagüeño se inscribe la temática indígena –su existencia culturalmente diversa, el reconocimiento de su identidad cultural y sus derechos colectivos– en América Latina.

El reconocimiento y desarrollo que han tenido los derechos de los pueblos indígenas en América Latina ha sido vital para el progreso expansivo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En efecto, prácticamente todos los Estados de la región tienen una composición multicultural, con presencia de pueblos indígenas y tribales. En Bolivia y Guatemala, por ejemplo, los pueblos indígenas representan la mayoría de la población. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es también importante, ya que ello implica el inicio del fin de un prolongado periodo de denigración e ignorancia. En efecto, durante gran parte de la vida republicana de los Estados americanos los pueblos indígenas fueron olvidados y sus derechos ignorados, comenzando un largo camino de exclusión y marginación, no sólo en la participación democrática, sino también en el desarrollo social y económico y en el reconocimiento cultural¹².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con dinamismo, creatividad y audacia, ha desempeñado un rol fundamental en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, incorporándolos no sólo a la vida política y pública, sino, además, a la existencia jurídica. Cabe señalar también en esta materia el destacado trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), incluso desde antes de la actuación de la propia Corte. En efecto, ya en 1972, la CIDH había señalado que “por razones históricas y principios morales y humanitarios, proteger especialmente a las poblaciones indígenas es un compromiso sagrado de los Estados”¹³.

Como se ha dicho, el análisis del desarrollo o surgimiento de un derecho constitucional común en América Latina a partir del surgimiento de un *ius commune* de los derechos indígenas constituye sólo un ejercicio práctico destinado a ilustrar la potencialidad de la noción de *ius constitutionale com-*

12. “Y los indígenas, mayoría en muchos de los nuevos Estados, quedaron marginalizados (*sic*) y, de hecho, excluidos de las realidades del poder y discriminados social y económicamente”. HÉCTOR GROS ESPIELL. Ob. cit., p. 159.

13. Cfr. Resolución de la Comisión Interamericana. “La protección especial para las poblaciones indígenas. Acción para combatir el racismo y la discriminación racial” (1972).

mune, de acuerdo con una idea que está siendo analizada actualmente en el grupo de trabajo latinoamericano del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Sin embargo, debe señalarse también que este mismo ejercicio se puede efectuar a partir de otros derechos específicos, tales como el derecho a la libertad de expresión, a la participación política, de acceso a la justicia, la noción de sociedad democrática y la obligación de organizar el aparato del Estado para satisfacer los derechos y las libertades de los individuos, grupos y pueblos, etc. Por medio de todos estos derechos se puede fundamentar una teoría de un *ius constitutionale commune*, que tiende, mediante la interacción e influencia en los órdenes nacionales de la Corte IDH, a ser compartido por la generalidad de los Estados latinoamericanos.

El hecho de proponer la generación de un *ius constitutionale commune* plantea una serie de cuestionamientos más globales, que van más allá del tópico de los pueblos indígenas. ¿Es posible hablar de un derecho constitucional latinoamericano? ¿Cuál es el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? ¿Cuál el del sistema interamericano de protección de los derechos humanos? ¿Cómo interactúa el derecho constitucional común con el derecho constitucional estatal? ¿Habría una relación de jerarquía o de subordinación entre uno y otro? ¿Es posible hablar de un derecho constitucional sin constitución? ¿O bien, en el mundo contemporáneo, más que responder a una constitución, el derecho constitucional respondería a valores y principios constitucionales? ¿La jurisprudencia de la Corte IDH constituye un estándar latinoamericano? ¿Esta se apoya en las decisiones constitucionales nacionales para fundamentar sus propias sentencias? ¿Sus sentencias influyen las reformas de las normas constitucionales relativas a los pueblos indígenas? ¿Cómo han acogido los tribunales nacionales la jurisprudencia de la Corte en materia de pueblos indígenas? Y viceversa, ¿cuál es la importancia de la interacción material entre la Corte IDH y las cortes constitucionales latinoamericanas? ¿Cómo se estructura este *ius commune* en el caso de los pueblos indígenas?

Por lo sucinto de este trabajo y la especificidad del derecho seleccionado, nosotros nos concentraremos en las dos últimas preguntas, tratando de examinar cuáles son los estándares estructurales y principios de valor constitucional que se habrían desarrollado, en este caso, respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

Cabe señalar que este estudio se encuentra limitado geográficamente a diecisiete países de América Latina, con influencia monista en términos generales, y pertenencia al sistema *continental* o *civil law*, y que son Estados parte en la Convención americana de derechos humanos (en adelante, la CADH), y que han reconocido expresamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), a saber, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. De los diecisiete países en cuestión todos, salvo

Chile y Uruguay, han reconocido expresamente en sus constituciones a los pueblos indígenas y los derechos específicos. En este sentido, cabe destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha resaltado que dentro de las obligaciones que emanan para los Estados parte del artículo 15 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, se encuentra la siguiente: “In particular, a first and important step towards the elimination of discrimination, whether direct or indirect, is for States to recognize the existence of diverse cultural identities of individuals and communities on their territories”¹⁴. Con todo, cabe señalar que América Latina es la región con mayor ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT)¹⁵ y de la mayoría de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. El último país del continente que ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la OIT) fue Chile, el 15 de septiembre de 2008¹⁶.

Dejamos fuera del presente análisis aquellos Estados no partes de la CADH, como Belice y Trinidad y Tobago¹⁷, así como los Estados parte del Pacto de San José, pero de habla francesa (Haití*) o que pertenecen al sistema de *common law* (Barbados*, Dominica, Grenada, Jamaica, Surinam*) y Estados del Caribe (República Dominicana*)¹⁸.

De este modo, este estudio está organizado en dos partes: la primera, dedicada a la revisión general sobre el desarrollo y el surgimiento de un derecho constitucional común, y la segunda destinada a examinar los estándares y los principios elaborados por la Corte IDH respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

I. ¿ES POSIBLE HABLAR ACTUALMENTE DE UN *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA?

Saber si en América Latina existe un derecho constitucional común implica determinar los estándares, las normas y los principios constitucionales comunes, mutuamente compartidos o con tendencia a ser compartidos.

14. CDESC. “Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)”. General Comment n.º 21, 21 December 2009, par. 23, p. 6.

15. INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Application of Convention No. 169 by Domestic and International Courts in Latin America: A Casebook*, 2009, p. 4, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_117232.pdf.

16. Cfr. decreto 236 del 14 de octubre de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que promulga el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo.

17. La CADH tiene veinticinco Estados partes actualmente.

18. *Significa que el Estado es parte del Pacto de San José y ha reconocido expresamente la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El examen podría efectuarse desde dos ángulos diferentes. Por una parte, se podría analizar la existencia de elementos comunes en el derecho procesal constitucional, vale decir, en el alcance de la competencia de los tribunales constitucionales o salas constitucionales de los tribunales supremos, número y mecanismos de selección o elección de jueces, nombramiento, funcionamiento del tribunal, sesiones, sentencias, etc.

Por otra, se podría examinar el ámbito de la constitución material y de la justicia constitucional propiamente tal, intentando determinar parámetros, estándares o valores comunes. Ahora bien, nosotros creemos que donde mejor se reflejan estos principios y estándares de valor constitucional comunes es en el ámbito de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH tendría un rol orientador y unificador de estos estándares y principios de valor constitucional, ya que se erige como el intérprete último y supremo de los derechos humanos en el continente. Los estándares y principios constitucionales no se refieren a principios expresamente reconocidos en la constitución, sino, más bien, a principios y estándares de valor constitucional, esto es, principios que determinan un espacio público, constreñido por un orden público americano. Orden público que impone un umbral mínimo de principios y valores que debe ser respetado e impone limitaciones al Estado, a sus agentes y a los particulares. El presente estudio sólo abordará la parte material de los estándares y principios de valor constitucional.

Así, por ejemplo, desde un punto de vista estatal, ¿se podría hablar de una justicia constitucional chilena? En principio, se podría proporcionar una respuesta afirmativa ya que, desde un punto de vista formal, existe una constitución y hay un tribunal constitucional. En otros Estados, como en Argentina, la Corte Suprema de Justicia asume el rol de control de constitucionalidad. No obstante, a pesar de no existir un órgano jurisdiccional especialmente encargado de vigilar la constitución, de todos modos, es posible hablar de justicia constitucional. Desde un punto de vista adjetivo se puede hablar incluso de un derecho procesal constitucional.

Desde la perspectiva, más amplia, del ámbito latinoamericano, ¿se puede hablar de una justicia constitucional latinoamericana? A nuestro modo de ver, de una justicia constitucional tal como se la ha descrito para el caso estatal, no. ¿Por qué? Formalmente hablando, porque no existe un tribunal constitucional latinoamericano ni existe una constitución latinoamericana.

Sin embargo, nuestra propuesta implica abordar esta pregunta otorgándole un enfoque diferente. Si se entiende por justicia constitucional latinoamericana aquellos rasgos comunes que se pueden extraer del ejercicio de la actividad de la justicia constitucional de los diversos países latinoamericanos, entonces podríamos desarrollarla. Con todo, se debe precisar que, en este caso, se trata de un ejercicio de derecho constitucional comparado. Haciendo este ejercicio, quizá se puede llegar a la conclusión de que sí existe una justicia constitucional latinoamericana.

Subsiste aun otra perspectiva de análisis. Si entendemos que la justicia de los derechos humanos consiste en el corazón de la justicia constitucional y entendemos que los derechos humanos constituyen *per se* constitución en sentido material del término, podemos concluir que la actividad jurisdiccional respecto de estos derechos es jurisdicción constitucional. ¿La constitución se reduce a una enumeración de derechos humanos? No, es una parte fundamental, pero no es lo único. También son componentes importantes la arquitectura institucional del Estado, la separación de poderes, el régimen democrático, la producción de las normas, la regulación del ejercicio del poder, la elección de las autoridades, la participación política, etc. Con todo, el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos humanos como derechos que se encuentran en la cima de la constitución constituyen aspectos que identifican el constitucionalismo democrático contemporáneo. En realidad, la dignidad humana y los derechos humanos constituyen el *sustratum* y la justificación del orden jurídico, sin los cuales este orden jurídico pierde su razón de validez. En este sentido, en nuestro concepto puede existir justicia constitucional sin un órgano jurisdiccional específico encargado de velar por la constitución, y puede haber justicia constitucional sin una constitución en el sentido formal del término. Hoy en día se puede afirmar que creciente y paulatinamente la justicia constitucional tiene asignada como función primordial no la defensa de la Constitución en el sentido formal del término, entendida como la *súper ley* o la ley suprema, sino la protección de la dignidad humana y de los derechos humanos. En consecuencia, cualquier órgano que cumpla con esta función ejerce una justicia constitucional.

En este contexto, la actividad de la Corte IDH, intérprete último y supremo de los derechos humanos en el ámbito interamericano, constituye, propiamente hablando, justicia constitucional. Por supuesto, esta actividad constitucional excede el marco estatal y abarca y comprende el ámbito regional latinoamericano. Desde este punto de vista, se podría hablar de justicia constitucional latinoamericana, por supuesto, común para los Estados partes.

Por cierto, la Corte IDH, a lo largo de su historia, ha establecido principios de carácter netamente constitucional. Esta es una influencia substancial de su jurisprudencia en el derecho constitucional, que consagra principios que no necesariamente son nuevos, quizá ya hay constituciones en Latinoamérica que consagran los principios que señala la Corte, pero los jueces interamericanos, por medio de su actividad, los actualizan, los hacen realidad vigente, en especial mediante el principio del derecho viviente y del efecto útil. Algunos de estos principios de valor constitucional sobre los que se ha pronunciado la Corte IDH son la democracia, el Estado de derecho, la igualdad, la libertad, la dignidad, el respeto de los derechos humanos, etc. Por cierto, desgraciadamente estos principios y estándares no son siempre respetados,

pero esto último no priva de valor a la norma sino, más bien, la reafirma en su función de orientar y encaminar hacia la justicia¹⁹.

Con todo, estos son principios constitucionales universales o universalmente reconocidos. El principal rol de la Corte IDH en esta materia es que influye en la conceptualización y en la consagración de estos principios. Sin embargo, esto no la constituye automáticamente en un tribunal constitucional ni significa que la Convención americana de derechos humanos sea una constitución.

Si define o perfila lo que es el estado de derecho, y luego hay que ver si eso influye en los tribunales constitucionales latinoamericanos o cortes supremas de la región y si la completan, la amplían, es un vaivén mutuo entre el juez nacional y el interamericano.

El presente trabajo implica un ejercicio que podría concentrarse en distintos derechos específicos, tales como derecho de acceso a la justicia, a la libertad de expresión, a la integridad física y psíquica, etc. Sin embargo, hemos preferido optar por concentrarnos en un grupo específico de derechos, dada su especial peculiaridad: los derechos humanos de los pueblos indígenas. Pero, insistimos, el examen que aquí se hace de dichos derechos es un ejercicio que se podría hacer respecto de otros. Así, este trabajo aborda el análisis del reconocimiento de derechos etnoespecíficos de los pueblos indígenas, particularmente, de los derechos colectivos, de la jurisprudencia de la Corte IDH que forma parte del bloque constitucional y de la jurisprudencia constitucional latinoamericana.

Tal como se ha dicho, el análisis del desarrollo de un derecho constitucional común en América Latina a partir del surgimiento de un *ius commune* de los derechos indígenas constituye sólo un ejercicio práctico destinado a ilustrar la potencialidad de la noción de *ius constitutionale commune*. Ejercicio que se puede efectuar con una serie de otros derechos humanos. La razón por la cual se seleccionó el ámbito de los derechos indígenas es porque los derechos humanos de los pueblos indígenas constituyen, además, un rasgo distintivo del sistema interamericano de derechos humanos y, más precisamente, del derecho americano de los derechos humanos²⁰.

19. GROS ESPIELL cita a JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: “las normas son mil veces violadas; pero tal es el destino de las normas jurídicas, las cuales no dejan de ser buenas porque la realidad las sacude o las supere, a condición de que guardan con ella “una cierta tensión”. Pero las normas además, enseñan, marcan un camino, contribuyen a afirmar ciertos sentimientos, a despertar conciencias, a aventar prejuicios, a desarrollar ideales superiores de justicia y de tolerancia”. HÉCTOR GROS ESPIELL. Ob. cit., p. 157.

20. En el ámbito del continente africano se ha comenzado lentamente –aunque no con el mismo vigor que en el continente americano– a integrar la protección de los derechos de los pueblos indígenas en la actividad del sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos. Cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION AND THE AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS. *Overview report of the research project by the International Labour Organization and the African Commission on Human and Peoples’ Rights on the constitutional and legislative protection of the rights of indigenous peoples in 24 African countries*,

II. VIDA DIGNA, SUBSISTENCIA FÍSICA Y CULTURAL Y RELACIÓN
DEL HOMBRE CON LA TIERRA COMO EJES CONSTITUCIONALES
EN LA LABOR DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS RESPECTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

A primera vista, el trabajo efectuado por la Corte IDH puede representar algún tipo de paradoja inicial por dos motivos. Primero, la Convención americana de derechos humanos (llamada también Pacto de San José) no contempla, en su letra, derechos colectivos; sin embargo, ello no ha sido óbice para que la Corte haya reconocido derechos colectivos a los pueblos indígenas, lo cual es una muestra, además, del dinamismo de la Corte Interamericana. Este tratamiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas por la Corte IDH es una especificidad substancial con la labor de otras jurisdicciones internacionales, y marca una diferencia innovadora relevante. Es por ello que en este estudio nos concentraremos en los derechos colectivos de los pueblos indígenas y no en sus derechos individuales. Segundo, la Convención americana de derechos humanos no contiene una referencia explícita a los pueblos –entre ellos a los pueblos indígenas y tribales– como sujetos de derechos y titulares de los mismos, ni un reconocimiento expreso de los derechos de los pueblos indígenas.

Esta paradoja inicial tiende a desaparecer cuando se observan diversos factores substanciales, que la derriban y sirven para explicar la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH. Primero, la situación de los pueblos indígenas en el continente no es sino una realidad de discriminación, marginación, exclusión y desigualdad persistentes. En términos generales, la situación de exclusión y marginación no sólo afecta a los pueblos indígenas, sino también a todos los grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, tales como mujeres, niños, ancianos, discapacitados, migrantes, etc. Aun cuando es cierto que el flagelo de la marginación y de la discriminación, tanto histórica como actual, se hace especialmente presente en el caso de los pueblos indígenas y tribales²¹. Segundo, en las constituciones de los países latinoamericanos se ha ido produciendo, progresivamente, el reconocimiento

Geneva, ILO, 2009; Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities, adopted by the African Commission on Human and Peoples' Rights at its 28th ordinary session, 2005.

21. "A través de estos 50 años de trabajo, la CIDH ha constatado que la desigualdad y discriminación son graves problemas estructurales en el hemisferio, que constituyen importantes obstáculos para el respeto de los derechos humanos de todos los habitantes. La discriminación contra los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las mujeres, los pobres, los inmigrantes y diversos grupos sobre la base de su orientación sexual, entre otros, es un problema grave en todos los países de la región. La Comisión insta a los Estados a adoptar medidas urgentes a fin de avanzar en forma decidida en la prevención y el combate de todas las formas de discriminación, así como en la eliminación de la pobreza, en especial la pobreza extrema". Comunicado de prensa 78/09. CIDH culmina su 137º periodo de sesiones. Washington, D. C., 13 de noviembre de 2009.

constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos etnoespecíficos, y se ha ido desarrollando una jurisprudencia constitucional específica sobre estos derechos. Tercero, la potente labor, desde hace varias décadas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, protegiendo los derechos de los pueblos indígenas. Por último, un motivo adicional que permite derribar esta paradoja es la organización social –ya no tanto nacional sino también regional e internacional– y la presión política ejercida por las comunidades y organizaciones indígenas, que tomaron conciencia de su propia identidad y empezaron ellas mismas a reivindicar sus propios derechos.

En este contexto, la Corte IDH ha examinado casos en los que ha habido grupos indígenas involucrados pero en los cuales se ha tratado de violaciones de derechos civiles o políticos clásicos²². Esta misma Corte ha analizado también casos de violaciones a derechos indígenas colectivos que han afectado a pueblos indígenas, considerados como un grupo específico²³. Los primeros casos son más antiguos mientras que los últimos más recientes. Nuestro examen se focalizará en aquellos de violaciones de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La revisión de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de los derechos humanos de los pueblos indígenas permite extraer una serie de principios y estándares de valor constitucional. Denominamos estos principios de valor constitucional porque fijan un marco de orden público y de jerarquía superior en el ámbito de los derechos humanos, que irradia a todas las normas y principios del ordenamiento. Estos principios constitucionales han penetrado con fuerza el orden interno de los Estados, generando, de esta manera, una base constitucional común. El eje constitucional de la labor de la Corte IDH respecto de los derechos de los pueblos indígenas se ha centrado en el derecho a la vida digna, en la subsistencia física y cultural y en la relación especial del hombre y de estas comunidades con sus tierras, territorios y recursos naturales. A continuación analizaremos algunos de estos derechos, a la sazón, derechos colectivos, y examinaremos el contenido normativo de ellos y de las obligaciones estatales correspondientes.

22. Cfr., por ejemplo Corte IDH, caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15; Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70; Corte IDH, caso *de la comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

23. Corte IDH, caso *de la comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Corte IDH, caso *comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte IDH, caso *comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH, caso *del pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

A. DERECHOS COLECTIVOS PROTEGIDOS

Entre las principales innovaciones que se han introducido gracias a la actividad de la Corte IDH está el reconocimiento y la consagración jurisprudencial de derechos colectivos, lo que marca una diferencia cualitativa con otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos, particularmente, con la Corte Europea de Derechos Humanos. En este sentido, como lo desarrollamos a continuación, la Corte IDH se ha pronunciado respecto del derecho a las tierras y territorios, a los recursos naturales y a ser consultado y obtener su consentimiento previo, a la diversidad cultural, y al derecho consuetudinario indígena y jurisdicción consuetudinaria²⁴.

1. DERECHO A LAS TIERRAS Y TERRITORIOS

En el caso *Awás Tingni*, de 31 de agosto de 2001, la Corte IDH examinó la violación de los artículos 1.º (Obligación de respetar los derechos), 2.º (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (Protección judicial) de la Convención, en razón de que Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la comunidad awas tingni ni había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de la comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a sus reclamaciones sobre sus derechos de propiedad. En este caso, el Estado había violado el derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía Solcarsa para realizar en las tierras de los awas tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la comunidad.

El caso es relevante, a mi modo de ver, por cuatro aspectos fundamentales. Primero, este es el primer caso relativo a derechos de los pueblos o comunidades indígenas como tal que fue presentado ante la Corte IDH y resuelto por ella.

Segundo, este es el primer caso en el que los pueblos o comunidades indígenas actúan como partes en un proceso ante la Corte IDH. Esto último podría permitir desarrollar la tesis que el derecho internacional de los derechos humanos no solamente ha permitido el surgimiento del individuo como sujeto de derecho internacional –cuestión indubitable en la época actual–, sino también de las comunidades o pueblos indígenas. Esta afirmación se vería potenciada gracias a su participación como parte en los casos ante la

24. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. “Los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en JOSÉ EMILIO ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.). *Migración: pueblos indígenas y afroamericanos. XV Jornadas Lascasianas Internacionales*, 2007, pp. 31- 44.

Corte. Expresiones utilizadas por la Corte IDH tales como “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”²⁵, y “la Corte estima que los miembros de la Comunidad awas tigni tienen derecho a que el Estado, [...] delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la comunidad”²⁶, no hacen sino confirmar a las comunidades o pueblos indígenas y tribales como sujetos de derecho internacional. Esta apreciación se vería confirmada en el *caso de la comunidad Moiwana*, en el que los jueces interamericanos indicaron que

[l]os peticionarios son los titulares de los derechos consagrados en la Convención; por lo tanto, privarlos de la oportunidad de someter sus propios alegatos de derecho constituiría una restricción indebida de su derecho de acceso a la justicia, que emana de su condición de sujetos del derecho internacional de los derechos humanos²⁷.

Además, en el caso de la *comunidad indígena Yakye Axa*, de 2005, la Corte reconoce a esta como un sujeto pleno de derechos colectivos preexistentes a cualquier reconocimiento que se haga en el orden interno. En efecto, la Corte

considera que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus 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 que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado²⁸.

En el caso del *pueblo Saramaka*, la Corte IDH hizo la distinción entre pueblos indígenas y pueblos tribales, diciendo que el

25. Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, cit., par. 151.

26. Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, cit., par. 153.

27. Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, cit., par. 91, p. 45.

28. “La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia”. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., pars. 82-83, p. 65.

pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam. Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones²⁹.

Más adelante, la misma Corte agrega que

considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones³⁰.

Pero, sin duda, lo más importante del caso del *pueblo Saramaka* es que la Corte IDH efectúa una declaración relacionada con la subjetividad jurídica internacional de los pueblos indígenas y tribales, cuando reconoce

que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural³¹.

En este caso, es importante recordar que el “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”³². En consecuencia, reconocer al pueblo indígena como sujeto de derecho implica reconocerle la posibilidad de ser titular y gozar de derechos y obligaciones. En el caso de los pueblos indígenas, se trata fundamentalmente de derechos colectivos cuyo titular es el grupo, comunidad o pueblo. Por eso, la Corte IDH afirma, prácticamente, que el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los pueblos indígenas es evidente ya que “[é]sta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miem-

29. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 79, p. 24.

30. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 84, p. 26.

31. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 96, p. 30.

32. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., par. 188, p.

bros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria”³³.

Además, la Corte IDH acepta que el no reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo saramaka como colectivo sujeto de derechos es una violación del artículo 3.º de la CADH. Así, señala que

el pueblo saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos.

Además, agrega que “considera que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones”. Finalmente, señala que

[e]l reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho³⁴.

Adicionalmente, a nuestro entender un aspecto clave para considerar que la Corte IDH, en el caso del *pueblo Saramaka* reconoce sin ambages la subjetividad jurídica internacional de los pueblos indígenas se encuentra en la determinación de las reparaciones. No es nuevo el hecho de que la Corte fije reparaciones sociales o colectivas, o, como menciona, “formas colectivas de reparaciones”. Ya se ha visto que en casos anteriores relativos a comunidades indígenas la Corte también lo ha hecho. Lo novedoso de este caso reside en que esta vez no establece una lista de individuos lesionados, sino que considera que la parte lesionada es toda la comunidad constitutiva de dicho. En efecto, afirma que

dado el tamaño y la diversidad geográfica del pueblo Saramaka y, en especial, la naturaleza colectiva de las reparaciones que se ordenarán en el presente caso, la Corte entiende que no es necesario nombrar individualmente, en este caso, a los miembros del pueblo Saramaka a fin de reconocerlos como parte lesionada³⁵.

33. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 172, p. 53.

34. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., pars. 171, 172, 174.

35. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*2, cit., par. 188, p. 58.

Tercero, este caso se pronunció sobre el derecho a las tierras y territorios indígenas y a sus recursos naturales, cuestión que se encuentra en el corazón de las reivindicaciones indígenas. Y, cuarto, el caso *Awás Tigni* abre la puerta para el reconocimiento de la diversidad cultural y de los derechos económicos, sociales y culturales que le son asociados.

En el caso de la *comunidad indígena Sawhoyamaya*, de 2006, la Corte IDH fija su posición, además, respecto de una eventual pérdida de los derechos indígenas a la tierra por el transcurso del tiempo. En este sentido, la Corte considera que debe tomarse 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. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación 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 cultura³⁶.

En cuanto al derecho de propiedad, como se verá a continuación, la Corte IDH admite la propiedad comunal o colectiva de las tierras y territorios indígenas, adopta el título indígena determinado conforme a sus usos y costumbres ancestrales, y acepta que la demarcación y delimitación de las tierras y territorios indígenas debe efectuarse acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, y previa consulta de los pueblos indígenas concernidos.

a. Propiedad colectiva

En el caso de la *comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tigni*, de 2001, desarrolló el derecho colectivo a la diversidad cultural, en el contexto de las tierras y territorios indígenas, bajo la forma del derecho a la especial relación del hombre con la tierra. En este sentido, el juez García Ramírez ha señalado que

la creación de condiciones para una vida digna, que significan desarrollo de las potencialidades individuales y búsqueda del propio destino, debe ocurrir conforme a las decisiones de la propia persona, las convicciones que ésta tiene, la cultura que comparte. De ahí la vinculación estrecha entre el derecho a la vida digna, por una parte, y el derecho a la relación del hombre con la tierra³⁷.

36. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., par. 131, p. 72.

37. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. "Los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en JOSÉ EMILIO ORDOÑEZ CIFUENTES (coord.). Ob. cit., pp. 41.

Así, en este caso, la Corte IDH afirmó que

[e]ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras³⁸.

Luego, en esta misma sentencia, los jueces interamericanos agregaron que

[m]ediante una interpretación evolutiva [...] esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua³⁹.

La Corte considera que, conforme a lo establecido en el artículo 5.º de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado⁴⁰.

En el caso de la *comunidad indígena Yakye Axa*, la Corte IDH también recurre a la Constitución, de Paraguay esta vez, para ratificar el derecho de propiedad colectiva indígena y el derecho a su identidad cultural. Así, señala que

[l]a Constitución paraguaya reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas y la liga al respectivo hábitat de cada uno de ellos, otorgándoles, además, una

38. Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, cit., par. 149, p. 78.

39. Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, cit., par. 148, p. 78.

40. Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, cit., par. 153, p. 79.

serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención⁴¹.

Lo interesante de destacar en este caso es cómo la Corte IDH se erige en guardián y ejecutor de una norma de derecho interno, como es la Constitución de Nicaragua (o de Paraguay), en circunstancias que, en términos generales, para un tribunal internacional las normas de derecho interno sólo constituyen hechos, no derecho. Sin embargo, en esta ocasión, la Corte parece interpretar y aplicar las normas constitucionales nicaragüenses. Pero no se detiene aquí, sino que le recuerda al Estado de Nicaragua el respeto de una regla propiamente constitucional, esto es, el principio general de “que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁴². Este principio constitucional elemental de organización de los poderes del Estado ha sido reiterado por la Corte IDH desde el comienzo de su actividad jurisdiccional. En efecto, en el caso *Velásquez Rodríguez*, de 1988, señaló que

no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana⁴³.

Nuevamente, en el caso de la *comunidad indígena Sawhoyamaya*, la Corte IDH recurre a la Constitución de Paraguay para determinar el contenido del artículo 21 de la CADH. En efecto, señala que

La Constitución paraguaya reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, así como la identidad cultural de estos pueblos, la relación que tienen con su respectivo hábitat y las características comunales de su dominio sobre sus tierras, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención⁴⁴.

En el caso de la *comunidad Moiwana*, la Corte IDH reconoce expresamente que ha desarrollado por medio de su jurisprudencia “un concepto amplio de

41. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., par. 138, p. 80.

42. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., par. 153, p. 83.

43. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, par. 154, p. 32.

44. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., par. 122, p. 70.

propiedad”⁴⁵. ¿En qué consiste este concepto amplio de propiedad? Así como lo había establecido en el caso *Awas Tingni*, establece que

en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias – pero que carecen de un título formal de propiedad – la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. 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 tales pueblos, su nexos comunal con el territorio ancestral 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 futuras⁴⁶.

Desde el punto de vista del concepto de propiedad contenido en el artículo 21 de la CADH, en el caso de la *comunidad indígena Sawhoyamaya* la Corte IDH reconoce expresamente el hecho de que la propiedad y posesión colectiva de las tierras y territorios se encuentra amparada por el artículo 21 de la CADH. En efecto, la Corte señaló que

los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas⁴⁷.

En el caso de la *comunidad indígena Yakye Axa*, la Corte IDH fue más allá aún, estableciendo el vínculo directo entre la conservación de la relación especial que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras y territorios y la preservación de su cultura y su transmisión a las generaciones futuras. Así, se dijo que

45. Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, cit., par. 129, p. 56.

46. Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, cit., par. 131, p. 57.

47. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., par. 120, p. 70.

este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe 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 futuras⁴⁸.

Un caso muy similar al caso *Yakye Axa* es el relativo al caso *comunidad indígena Sawhoyamaya*, en el cual se señala que el Estado no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraba en trámite su solicitud de reivindicación territorial, sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente. Esto había significado la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras e implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua su supervivencia e integridad.

En este caso, la Corte IDH resume sus enseñanzas anteriores en materia de derecho de propiedad de los pueblos indígenas, señalando lo siguiente:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas⁴⁹.

El reconocimiento de la Corte IDH de derechos humanos colectivos, entre ellos el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, es algo que constituye una innovación importante por varias razones. Primero, la CADH no reconoce expresamente la propiedad colectiva, de modo que esta protección corresponde a un desarrollo pretoriano del derecho. Segundo, el reconocimiento del derecho de propiedad colectiva es un desarrollo relevante en la teoría de los derechos humanos en el sentido de que ello implica que un tribunal internacional reconozca que los derechos humanos son individuales y colectivos. Y, tercero, el reconocimiento de un derecho humano colectivo marca una diferencia sustancial con la actitud de la Corte Europea de Dere-

48. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., par. 131, p. 79.

49. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., par. 128, p. 71.

chos Humanos y, sobre todo, con la filosofía de los derechos humanos que se encuentra a la base del sistema europeo de derechos humanos. Así, en el caso del *pueblo Saramaka*, la Corte IDH reconoció que la CADH protege también la propiedad colectiva, al señalar que “la Convención americana reconoce el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de su propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal”⁵⁰. Es interesante destacar en este caso que la Corte se apoya para este efecto en los órganos de supervigilancia de los tratados de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas. Además, ello muestra la interacción dinámica, efectiva y, sobre todo, armoniosa que existe entre los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. En efecto, la Corte IDH afirmó que

[I]a Corte observa que ésta conclusión se encuentra también respaldada por una serie de organismos y organizaciones internacionales que han tratado esta cuestión en otras oportunidades. El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Comisión de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, y el Relator Especial de la Comisión de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas todos han observado que Surinam no reconoce legalmente los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales respecto de sus tierras, recursos y territorios comunales⁵¹.

En el caso del *pueblo Saramaka*, la Corte IDH desarrolló nuevamente el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Este caso se presentó contra el Estado de Surinam por no haber adoptado medidas efectivas para

reconocer el derecho al uso y goce del territorio que el pueblo Saramaka ha ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado presuntamente había violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarle acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que supuestamente no había cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas.

En nuestra opinión, en el *caso del pueblo Saramaka* la Corte ha proporcionado la definición más completa del derecho de propiedad de los pueblos indígenas amparado por la CADH, consistente en el derecho

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

50. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 97, p. 30.

51. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 98, p. 30.

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 comunal⁵².

b. Título indígena

El título indígena –como equivalente al título de derecho civil– reviste una importancia trascendental para el reconocimiento, en el orden interno, de los derechos territoriales de los pueblos indígenas⁵³. En el caso *Awas Tingni*, de 2001, la Corte IDH afirmó que

[e]l derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro⁵⁴.

En el de la *comunidad Moiwana*, la Corte IDH reconoce expresamente el título de propiedad indígena o tribal como un “título colectivo a las tierras tradicionales”, y ordena la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales “con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes, y de los miembros de las demás aldeas Cottica N’djuka y las comunidades indígenas vecinas”⁵⁵.

c. Demarcación y delimitación

En el caso *Awas Tingni*,

esta Corte considera que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas. Asimismo, como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos

52. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 194, p. 60.

53. GONZALO AGUILAR CAVALLO. “El título indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno”, *Ius et Praxis*, vol.11, n.º 1, 2005, pp. 269-295.

54. Corte IDH, caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, cit., par. 151, p. 79.

55. Corte IDH, caso *de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, cit., pars. 209-210, p. 86.

consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte dispone que el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, Nicaragua se debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni⁵⁶.

2. RECURSOS NATURALES

Los recursos naturales constituyen la piedra angular de todo el sistema de propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales, entendiendo que tierras, territorios y recursos naturales constituyen la trilogía armónica del sistema de propiedad colectiva de dichos pueblos, que se podría traducir como su hábitat natural. Los pueblos indígenas tendrían derecho y deberían tener acceso a este hábitat natural, tal como lo han hecho tradicionalmente y en las condiciones necesarias para su supervivencia física y cultural. Su sobrevivencia está ahí en juego.

En el caso del *pueblo Saramaka*, la Corte IDH ha reconocido que el derecho de propiedad colectiva indígena amparado por el artículo 21 de la CADH incluye el derecho sobre los recursos naturales que se encuentren en el suelo y subsuelo de dicho territorio. Así, la Corte ha dicho que

debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, 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 territorio⁵⁷.

En ese mismo caso la Corte IDH se pronuncia, innovadoramente, sobre el derecho colectivo de los pueblos indígenas a los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo de sus tierras. En este caso, los jueces interamericanos han establecido los vínculos entre el derecho de propiedad a las tierras

56. Corte IDH, caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, cit., par. 164, p. 84.

57. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. cit., par. 122, p. 38.

y territorios, el derecho de propiedad sobre los recursos naturales (del suelo y subsuelo) y la supervivencia económica, social y cultural de estos pueblos. Así, en su sentencia, la Corte señaló que

la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio «que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí» y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales⁵⁸.

Lo cual fue complementado por la Corte más adelante cuando aseveró que

los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados⁵⁹.

Ahora bien, la Corte IDH establece una importante limitación a este derecho colectivo indígena a los recursos naturales que se encuentren en el suelo y subsuelo de sus tierras y territorios. En efecto, los jueces interamericanos reconocen que la protección que otorga la CADH dice relación con “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”, o bien, “que son necesarios para la supervivencia de su modo de vida”⁶⁰. De este modo, queda bien establecido que la protección que otorga el derecho

58. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 120, p. 38.

59. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 121, p. 38.

60. “[...] 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, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del 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”. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 122-123, p. 39.

americano de los derechos humanos tiene relación con recursos naturales necesarios tanto para su subsistencia y supervivencia física como cultural.

En este sentido, utilizando una pedagogía de derechos humanos muy esclarecedora, la Corte IDH afirma a título ejemplar, que

[e]l agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros. De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir. En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas⁶¹.

Al mismo tiempo, la Corte IDH ha reconocido que el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, sea de las tierras y territorios o de los recursos naturales que en ellos se encuentren, no puede ser absoluto, sino que, por el contrario, puede estar sujeto a limitaciones. En efecto, en el caso del *Pueblo Saramaka* la Corte afirmó que

de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio⁶².

Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas estas condiciones necesarias para imponer limitaciones al derecho, que pueden ser suficientes tratándose de restricciones al derecho de propiedad de un no indígena, son necesarias pero no suficientes, y esto tiende a subrayar la especificidad cultural indígena, desde la perspectiva de los derechos humanos. En efecto, tratándose de pueblos indígenas, para imponer restricciones al derecho colectivo de propiedad,

61. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 126, p. 40.

62. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 127, p. 40.

además de cumplir con los requisitos mencionados, la Corte señala que se debe cumplir un requisito adicional.

En este sentido, afirma que en estos casos, “un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”, y, luego, asevera, que

conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal⁶³.

Esta afirmación de los jueces interamericanos pone en evidencia, entre otras cosas, la importancia del derecho a la vida, a la subsistencia física y cultural, a la integridad personal –de los miembros y del grupo– y a la existencia misma de este grupo, étnica y culturalmente diferenciado. Por otro lado, esta situación demuestra, y pone en primer plano, la relación extraordinariamente íntima y estrecha entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Una manifestación adicional de esta estrecha vinculación se encuentra en la afirmación de la Corte de que incluso de los derechos civiles y políticos emanan obligaciones positivas. Así, refiriéndose al derecho a la protección judicial efectiva (art. 25 de la CADH), la Corte IDH ha señalado

“que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son «verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”. De este modo, la Corte ha declarado que “la inexistencia de un recurso efectivo contra la violación de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la Convención por el Estado Parte en el cual ocurre esta situación”⁶⁴.

Por otra parte, otra manifestación de esta indivisibilidad entre los derechos humanos se encuentra en la reiteración, por parte de la Corte IDH, de una idea ya expresada por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los derechos tienen componentes civiles, y económico, sociales

63. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 128, p. 40.

64. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 177, p. 55.

y culturales. Así, la Corte IDH en el caso del *Instituto de Reeducación del Menor*, de 2004, señaló que

[e]n el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los derechos del niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños⁶⁵.

Desde el punto de vista de la supervivencia física y cultural como pueblo indígena o tribal, la necesidad de cumplimiento del requisito adicional para imponer restricciones al derecho de propiedad de los pueblos indígenas es una manifestación destacada de la influencia de la diversidad cultural en los derechos humanos. Implica, de hecho, un enfoque de los derechos humanos desde la diversidad cultural, que permite reflexionar no sólo sobre derechos específicos para los grupos culturalmente diferenciados, sino también sobre condicionamientos especiales para la admisibilidad de restricciones a los derechos humanos. En este contexto, la Corte IDH ha precisado respecto del derecho a la protección judicial efectiva de los pueblos indígenas, por ejemplo, que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”⁶⁶.

Este enfoque específico de los derechos humanos proporciona un carácter especial al derecho que emana de la Corte IDH, lo hace enriquecedoramente diverso y lo perfila como un derecho con rasgos específicos y diferenciados. Además, desde la perspectiva de la diversidad cultural marca una de las diferencias trascendentes de la actividad de la Corte IDH con el enfoque de la Corte Europea de Derechos Humanos y, particularmente, del derecho americano de los derechos humanos respecto del derecho europeo de los derechos humanos.

Desde la perspectiva de las concesiones madereras y mineras de exploración y explotación (extracción) de recursos naturales, es interesante resaltar cómo la Corte IDH se pronuncia sobre las condiciones que debe reunir el procedimiento administrativo de concesiones, desarrollando, aun cuando incipientemente, principios y estándares de un verdadero derecho internacional

65. Corte IDH, caso “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, par. 149, p. 94.

66. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 178, p. 55.

administrativo. En efecto, la Corte profundiza en el ámbito de los recursos naturales existentes en el suelo y el subsuelo de los territorios indígenas, desarrollando –en nuestra opinión– una especie de derecho internacional administrativo, ya que proporciona y desarrolla, en materia de concesiones que puede efectuar el Estado, una serie de principios y reglas vinculadas a los recursos naturales, de tal manera que podrían perfectamente constituir la base de un reglamento internacional sobre concesiones o bien, si se quiere, de un código internacional administrativo. Es interesante destacar, y nosotros debemos retener este punto, que los principios y reglas que proporciona y elabora la Corte IDH podrían ser aplicables, *mutatis mutandis*, a cualquier tipo de concesión.

En consecuencia, regla básica o fundamental,

el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los pueblos indígenas o tribales (*sic*) respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo.

Entonces, ¿cuándo el otorgamiento de concesiones madereras, de aguas y mineras –de exploración y de extracción– no implica la denegación de su subsistencia como pueblo indígena o tribal?

En el caso del *pueblo Saramaka* la respuesta de la Corte IDH señala que no implica denegación de su subsistencia cuando una concesión cumpla los siguientes tres requisitos:

primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal⁶⁷.

67. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 129, p. 41.

En resumen, no se deniega su subsistencia como pueblo indígena o tribal siempre que el proyecto de desarrollo o inversión involucre y comprenda: 1) la participación efectiva de las comunidades afectadas en el proceso de toma de decisiones; 2) la participación razonable en los beneficios que se obtengan; y 3) uno o más estudios o evaluaciones previas de impacto social y ambiental realizadas o supervisadas por el Estado. La Corte agregó además, posteriormente, que 4) el Estado debería tomar medidas e implantar mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades de explotación o extractivas no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales y a sus recursos naturales.

Pero, en concreto, ¿cuál es el alcance real del derecho a ser consultado y a participar en las decisiones?

a. Derecho a ser consultado u obligación de obtener el consentimiento

El Convenio 169 de 1989 de la OIT establece la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas, y que estas consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁶⁸. Una norma muy similar, pero más avanzada en materia de consentimiento, se encuentra en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007, que señala que

los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Estas dos normas internacionales parecen indicar que el Estado está en la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando se trate de adoptar medidas legislativas, administrativas o políticas públicas en aspectos que les afecten. Esta idea es reforzada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Observación general 21 reitera la obligación del Estado de crear y promover un entorno donde los individuos o comunidades puedan participar en la cultura de su elección, lo que incluye la obligación central con efecto inmediato de permitir la participación de personas pertenecientes a minorías, pueblos indígenas u otras

68. Cfr. artículo 6.º del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo; artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007.

comunidades en el diseño e implementación de las leyes y políticas que les afecten. En particular, los Estados deberían obtener su consentimiento libre, previo e informado cuando estén en riesgo la preservación de sus recursos culturales, especialmente aquellos asociados con su forma de vida y expresiones culturales⁶⁹.

En el caso de la *comunidad indígena Sawhoyamaya* la Corte IDH reconoció expresamente el derecho a la consulta previa, cuando señaló que para la aplicación concreta de las medidas determinadas por la Corte como reparaciones inmateriales, “el Estado deberá contar con la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes y líderes”⁷⁰.

La Corte ha establecido que la participación efectiva del pueblo indígena o tribal pasa por la obligación del Estado de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Desarrollando este deber de consulta, los jueces interamericanos señalaron que

[e]ste deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones⁷¹.

Sin embargo, la Corte IDH determinó, en este mismo caso, que

cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no

69. CDESC: “*Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*”. General Comment No. 21, 21 December 2009, par. 55, p. 14.

70. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., par. 233, p. 101.

71. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 133, p. 42.

sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones⁷².

En otras palabras, reguló por vía pretoriana la obligación de obtener el consentimiento a la que hace mención la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, más adelante, en el mismo caso, la Corte concluye que

adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones⁷³.

En esta materia, curiosamente, la Corte IDH distingue entre proyectos que pueden tener gran impacto en los derechos de propiedad sobre tierras o territorios y otros proyectos de inversión o desarrollo. Esta interpretación divergiría, en cierta medida, del derecho internacional convencional sobre la materia y de la propia interpretación que ha efectuado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la obligación estatal de obtener el consentimiento libre, previo e informado. En efecto, en el caso del *pueblo Saramaka* la Corte IDH hace referencia a expresiones tales como “planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales”, “grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [indígena]”, “grandes proyectos de desarrollo” o “proyectos a gran escala”. La consecuencia de esta distinción es que para los proyectos de gran impacto la Corte requiere del Estado la obligación de obtener el consentimiento respecto de dicho proyecto, mientras que en el caso de los otros proyectos bastaría simplemente satisfacer la obligación de consulta. Nos cuesta trabajo comprender la razón de esta distinción, ya que todo proyecto de inversión, grande, mediano o pequeño, desarrollado sin el consentimiento de los pueblos indígenas, afecta o puede afectar sus tierras y territorios y, de hecho, implica la vulneración de sus derechos ancestrales de propiedad. Por lo demás, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su artículo 32, no efectúa esa distinción, razón por la cual esta interpretación implicaría un eventual retroceso respecto de lo dispuesto por la Declaración, ya que, luego de años

72. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 134, p. 43.

73. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 137, p. 44.

de negociaciones y búsqueda de consensos, esta finalmente consagró como un principio estructural de los derechos humanos de los pueblos indígenas el “principio del consentimiento previo, libre e informado”.

Con todo, esta obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, de acuerdo con sus usos y costumbres y los métodos que tradicionalmente utilizan, constituye un progreso importante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que repercute, sin duda, al menos, en el ámbito del derecho constitucional y del derecho administrativo de los Estados. En efecto, por regla general los Estados latinoamericanos tienen reservado constitucionalmente el dominio exclusivo de todos los recursos energéticos e hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del Estado. En otras palabras, por mandato constitucional, este es el dueño exclusivo de los hidrocarburos que se encuentren en el suelo y subsuelo del territorio. Consecuentemente, esta obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para llevar adelante proyectos de inversión y desarrollo de gran escala en sus territorios ancestrales podría, eventualmente, entrar en conflicto con la normativa constitucional. Además, desde la perspectiva de la política pública –tradicionalmente en manos exclusivas del gobierno– en materia de inversión y desarrollo económico de un país, esta obligación de consentimiento puede, en teoría, ser vista por algunos como una intromisión o, al menos, una complicación para que el gobierno pudiera dar cumplimiento a su programa de gobierno o a su política pública en la materia de inversión y desarrollo del país.

Frente al argumento que se acaba de señalar es necesario precisar –como lo ha hecho en reiteradas ocasiones la Corte IDH– que el Estado en su integridad se encuentra vinculado por sus obligaciones internacionales, incluyendo, por supuesto, el poder ejecutivo. Consecuentemente, toda la actividad del poder ejecutivo –incluso, en el diseño y la ejecución de su política pública y, por supuesto, también en materia de inversión y desarrollo– debe estar destinada, como deber primario, a respetar y cumplir con las obligaciones de derechos humanos⁷⁴.

74. Uno de los párrafos de la Corte IDH donde, en nuestra opinión, más claro ha dejado cuál es la posición del Estado frente a los derechos humanos y las obligaciones generales y particulares que de ellos emanan, es el siguiente: “[L]a Corte ha establecido que la obligación general de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. Corte IDH, caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Repa-

En este sentido, cabe poner las cosas en su correcto orden: los derechos humanos limitan los poderes del Estado, su actuación y sus políticas públicas, no las políticas públicas a los derechos humanos⁷⁵. Sostenere esto último iría en contra de la propia Constitución y en contra del derecho internacional de los derechos humanos. Esto último es una manifestación del principio del *efecto corrector* de los derechos humanos, ya que este *corpus iuris* de derechos humanos tiende a corregir las desigualdades o los desequilibrios del sistema jurídico. Y es también una manifestación del *efecto revolucionario* de los derechos humanos, por supuesto no en el sentido revolucionario político de la teoría marxista. Lo aclaro para no desviar la reflexión del lector. Sino, más bien, revolucionario en el sentido que enerva las concepciones tradicionales del derecho que entran en colisión con ese mismo *corpus iuris* de los derechos humanos.

b. Concesiones madereras

En el caso del *pueblo Saramaka* la Corte IDH afirma que el Estado no cumplió con los requisitos básicos, exigidos como estándares mínimos, para otorgar concesiones madereras. En efecto, los jueces interamericanos señalaron que

las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo

raciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, par. 62, p. 22. En una de sus sentencias más recientes, la Corte ha reiterado que “conforme al deber de garantía el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”. Corte IDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, par. 288, p. 75.

75. Desde su primera sentencia, la Corte IDH ha dejado establecido un principio general del derecho, en el sentido de que los derechos humanos limitan el poder del Estado y que este poder debe ejercerse conforme a los derechos humanos. Así, “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., par. 154, p. 32.

o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbre, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio⁷⁶.

c. Concesiones mineras auríferas

De acuerdo con la Corte, la primera observación que se puede hacer es que “los integrantes del pueblo Saramaka no han utilizado el oro tradicionalmente como parte de su identidad cultural o sistema económico”⁷⁷.

Ya hemos señalado que la protección que otorga la CADH dice relación con “aquellos recursos naturales que los pueblos indígenas o tribales han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”. En consecuencia, el oro, en el caso del *pueblo Saramaka*, quedaría fuera de dicha protección. Hipóticamente, este mismo razonamiento podría aplicarse a recursos energéticos tales como el gas o el petróleo. Sin embargo, la Corte introduce una distinción fundamental al observar que “cuando se otorga una concesión maderera, se ven afectados también una gran variedad de productos forestales no derivados de la madera, que son utilizados por los miembros del pueblo Saramaka para subsistir y comercializar”⁷⁸; y que “los integrantes del pueblo Saramaka han estado utilizando extensamente las áreas otorgadas a empresas madereras para cazar y pescar, así como para obtener una gran variedad de productos forestales”⁷⁹. La Corte IDH ha agregado que “el mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio Saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida”, y para preservar su subsistencia física y cultural.

76. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 154, p. 49.

77. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 155 p. 49.

78. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 148, p. 47.

79. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 149, p. 47.

3. DERECHO A LA DIVERSIDAD CULTURAL

En el caso *masacre plan de Sánchez*, de 2004, la Corte IDH reconoce con toda claridad el poder, la envergadura, la extensión y la influencia decisiva del derecho a la diversidad cultural en la determinación de una violación a los derechos humanos y la fijación de sus reparaciones. En este sentido, los jueces interamericanos señalaron que

las víctimas del presente caso pertenecientes al pueblo indígena maya, de la comunidad lingüística achí, poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Para los miembros de estas comunidades la armonía con el ambiente se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza. Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres⁸⁰.

La Corte IDH ha recurrido al principio de interpretación extensiva de los derechos humanos, de tal manera que ello le ha permitido proporcionar una protección integral a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales. En este contexto, es interesante observar cómo la Corte IDH, por la vía del artículo 5.º [derecho a la integridad personal] de la CADH, ha otorgado una protección de la identidad cultural indígena y de la diversidad cultural. En el caso de *la comunidad Moiwana*, de 2005, los jueces interamericanos señalaron que la actitud del Estado de Surinam impidió a los miembros de esa comunidad honrar adecuadamente a sus seres queridos fallecidos e implicó la separación forzosa de éstos de sus tierras tradicionales, lo cual provocó un sufrimiento emocional, psicológico, espiritual y económico a la referida comunidad, de tal manera que ello configura la violación del artículo 5.º de la CADH.

En este caso, la Corte entendió que “[l]os N’djuka tienen rituales específicos que se deben seguir con precisión ante la muerte de un miembro de la comunidad”, y que “es extremadamente importante tener la posesión de los restos mortales del fallecido, ya que el cadáver debe ser tratado de una forma específica durante los rituales mortuorios N’djuka y debe ser colocado en el sitio de sepultura del grupo familiar apropiado”. Luego, la Corte observa que

80. Corte IDH, caso *masacre plan de Sánchez vs. Guatemala*, cit., par. 85, p. 85.

[s]i no se efectúan los diferentes rituales mortuorios de acuerdo con la tradición N'djuka, esto es considerado una transgresión moral, la cual no sólo provoca el enojo del espíritu de quien falleció, sino también puede ofender a otros ancestros fallecidos de la comunidad. Lo anterior tiene como consecuencia una serie de “enfermedades de origen espiritual”, las cuales se manifiestan como enfermedades físicas reales y pueden, potencialmente, afectar el linaje completo. Los N'djuka consideran que dichas enfermedades no se curan espontáneamente, sino que se deben resolver a través de medios culturales y ceremoniales; si no fuera así, las consecuencias negativas persistirían por generaciones”⁸¹.

Por último, la Corte afirmo, en este caso, que

[l]a justicia y la responsabilidad colectiva son principios centrales dentro de la sociedad N'djuka. Si se causa un daño a un miembro de la comunidad, los familiares –que serían todos los miembros de su linaje materno– están obligados a vengar la ofensa cometida. Si alguien mata a un familiar, los N'djuka creen que su espíritu será incapaz de descansar hasta que se haga justicia. Mientras la ofensa esté sin castigo, los espíritus enfurecidos de los fallecidos pueden atormentar a sus familiares vivos⁸².

Todos estos usos, costumbres, ritos sagrados, creencias y tradiciones se encuentran reconocidos en los derechos culturales que expresa la identidad indígena o tribal y de la diversidad cultural. En el caso *Moiwana*, la Corte consideró que la violación de estos derechos implicaba un sufrimiento emocional y espiritual que violaba el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.º de la CADH⁸³.

Un caso importante en esta materia es el relativo a la *comunidad Yakye Axa*, de 2005. Este caso se presenta contra el Estado de Paraguay debido a que no se ha garantizado

el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraría en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. [...] lo anterior ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

81. Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, cit., p. 31.

82. Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, cit., par. 86.10, p. 31.

83. Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, cit., par. 103, p. 49.

En dicho caso la Corte IDH expresó el principio de base que se debe tener en consideración al abordar una violación de los derechos de los pueblos indígenas, para los efectos de valorar el alcance y el contenido de los artículos de la CADH, esto es, se deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural⁸⁴. Este mismo principio rige tanto para el Estado y sus tribunales—incluyendo tribunales constitucionales—como para la Corte IDH, razón por la cual se transforma en un principio elemental de justicia constitucional. En consecuencia, el respeto y la protección de la identidad cultural hoy en día en América Latina se convierten en una regla ineludible en la adjudicación judicial. Así, para resolver eventuales conflictos entre los derechos de propiedad colectiva de las comunidades indígenas y los derechos de los particulares, el Estado debe

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 cultural⁸⁵.

Así, en términos concretos, en el caso de la *comunidad indígena Yakye Axa*, la Corte ha señalado que “[a] 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”⁸⁶.

En este mismo caso, la Corte IDH vincula y entrelaza extraordinariamente el derecho de propiedad indígena y la protección de su identidad cultural. Así, la Corte expresó que

84. “Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la ley) y 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de la Convención americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado”. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., par. 51, p. 55.

85. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs.*, cit., par. 146, p. 82.

86. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., par. 147, p. 42.

[I]a 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 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 cultural⁸⁷.

Pero quizás el pasaje de la sentencia *Yakye Axa* que mejor demuestra este vínculo entre el derecho de propiedad colectiva indígena y el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas el que señala que

[I]a garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas⁸⁸.

Resulta fascinante observar de qué manera la Corte efectúa una protección real y concreta, no teórica o ilusoria, de un amplio abanico de derechos culturales por medio del derecho de propiedad reconocido en el artículo 21 de la CADH. Las consecuencias nefastas que el no respeto del derecho de propiedad colectivo produciría en la identidad cultural indígena son resaltados por la Corte cuando señala que:

La posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía⁸⁹.

Del mismo modo, la Corte IDH, en el caso de la *comunidad indígena Yakye Axa* parece esbozar en qué consiste esta diversidad cultural, que contiene un patrimonio cultural material e inmaterial, y que debe ser protegido por el derecho. Así, los jueces interamericanos señalan que la identidad cultural de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida diferente consti-

87. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., par. 135, p. 79.

88. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., par. 154, p. 83.

89. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., par. 216, p. 103.

tutiva de sistemas de comprensión del mundo diversos de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra⁹⁰. Pero, además, la Corte agrega que existe un *corpus juris* internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas considerados como un grupo en situación de especial vulnerabilidad. En este contexto, surgen dos obligaciones básicas para el Estado, generar las obligaciones mínimas de vida digna y no producir situaciones que la impidan u obstaculicen.

Esta idea es complementada en el caso de la *comunidad indígena Sawhoyamaxa*, de 2006, donde la Corte IDH afirmó claramente 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 tierras tradicionales y recursos naturales, 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 cultural⁹¹.

En el caso de la *comunidad indígena Sawhoyamaxa* la Corte IDH reiteró los vínculos entre el derecho de propiedad colectiva indígena y el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, cuando señaló que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención americana”⁹².

En el caso del *pueblo Saramaka* la Corte IDH ha reconocido, además, que la diversidad cultural de un grupo o pueblo da lugar a la adopción de medidas especiales, sobre todo cuando se trata de un grupo en situación de especial vulnerabilidad. Así, los jueces interamericanos afirmaron que “[e]n el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ya ha expresado que es necesario la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres”⁹³.

90. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit., par. 163, p. 88.

91. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, cit., par. 118, p. 69.

92. Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, cit., par. 121, p. 70.

93. Corte IDH, caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., par. 103, p. 33.

CONCLUSIONES

Si consideramos que el corazón de la justicia constitucional del tercer milenio reside en la justicia de los individuos y pueblos, entendiendo por tal aquella justicia que busca otorgar una protección efectiva a la dignidad humana y a los derechos humanos –el corazón de una Constitución real, substancial, material–, en este caso, la actividad de la Corte IDH, intérprete supremo y último de los derechos humanos en el continente americano, podría ser comprendida como un acto de justicia constitucional.

En este sentido, las enseñanzas de la Corte IDH apuntarían a construir una justicia constitucional regional, al menos latinoamericana, que fijaría principios y estándares de valor constitucional, con vocación regional. Estos principios y estándares interamericanos que portan un valor constitucional contribuyen a crear un espacio constitucional latinoamericano, con aspiración americana, que los Estados de la región deberían compartir o, al menos, tender a confluir. De esta manera, se podría apreciar, en ciernes, la generación de un orden constitucional americano. En esta línea podemos encontrar principios y estándares constitucionales referidos a derechos como libertad de expresión, acceso a la justicia, derechos del niño, derechos políticos, y, por supuesto, también, en el orden de los derechos indígenas.

De una manera más amplia, los derechos humanos pueden ser abordados como un orden constitucional del derecho internacional público, como una superestructura que irradia a todas las otras normas y que determina su validez. De este modo, se puede observar a las jurisdicciones internacionales y regionales de derechos humanos como jurisdicciones constitucionales substanciales. La labor que desarrollan los órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales de derechos humanos se asemejaría a la actividad de las cortes constitucionales, cuya labor esencial, hoy en día, la constituye la protección de los derechos fundamentales, función propiamente constitucional. Esta interpretación corresponde a una visión de la función primordial de la justicia constitucional centrada en el individuo y su dignidad. De tal forma, el fin constitucionalmente amparable es el ser humano –como valor constitucional supremo– y ya no, como en la visión de Kelsen, la protección de la Constitución en sí, como norma fundamental.

La consideración de los instrumentos internacionales de derechos humanos principales como reales instrumentos constitucionales y estructurales de un orden público, contribuye, asimismo, a reforzar esta idea, en este caso, concretada en el continente americano. En este contexto, el proyecto de Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas podría ser considerado, en el futuro, como la carta fundamental de los derechos humanos de los pueblos indígenas del continente. La experiencia que se ha tenido con la Carta democrática interamericana –que ha determinado los estándares mínimos en materia de democracia para el continente– permite respaldar esta idea.

Al comienzo de este trabajo se señaló que la elección de los derechos humanos de los pueblos indígenas para este ejercicio práctico obedecía a la riqueza que ofrecían estos derechos para ejemplificar el surgimiento de un *ius constitutionale commune*. Además, la presencia de la diversidad cultural indígena constituye un rasgo distintivo de la región, y su reconocimiento jurídico refleja una singularidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Con todo, cabe agregar que el reconocimiento de derechos humanos etnoespecíficos y colectivos de los pueblos indígenas no pone en duda, de ningún modo, la universalidad de los derechos humanos.

Una breve revisión de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de los derechos humanos de los pueblos indígenas permite extraer una serie de principios y estándares de valor constitucional. Estos principios constitucionales han penetrado con fuerza el orden interno de los Estados, generando, de esta manera, una base constitucional común. Las reformas constitucionales que en casi todos los Estados latinoamericanos han reconocido, en mayor o menor medida, los pueblos indígenas y sus derechos humanos colectivos, han contribuido a este orden constitucional común. Del mismo modo lo ha hecho la relevante actividad jurisdiccional constitucional de los diversos Estados de la región.

El eje constitucional de la labor de la Corte IDH respecto de los derechos de los pueblos indígenas se ha centrado en el derecho a la vida digna, en la subsistencia física y cultural de estos pueblos y en la relación especial del hombre y de estas comunidades con sus tierras, territorios y recursos naturales. Incluso, en el caso del derecho de los pueblos indígenas a la tierra, los territorios y los recursos naturales, se puede apreciar la incursión de la Corte IDH en la fijación de parámetros administrativos a partir de los estándares y principios constitucionales comunes establecidos en los instrumentos de derechos humanos de carácter constitucional y desarrollados por la jurisprudencia de la propia Corte IDH.