

¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América? (Parte II)

Emergence of a Common Constitutional Law in America?^{**} (Part II)

SUMARIO

Introducción. I. La laboriosa elaboración de un *ius constitutionale commune*. A. Instrumentos internacionales invocados. B. Medidas reparatorias. C. Seguimiento y cumplimiento de las sentencias. 1. Cumplimiento íntegro de la sentencia. 2. Cumplimiento parcial de la sentencia. II. La realidad constitucional latinoamericana. A. Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos. B. Visión comparativa de la jurisprudencia constitucional latinoamericana. Conclusión

RESUMEN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos suele pronunciarse sobre temas propiamente constitucionales. Se podría sostener que la Corte Interamericana cumple una función constitucional. En consecuencia, el derecho emanado de la Corte Interamericana tiende a configurarse como un derecho constitucional común para los estados. El ejemplo de los pueblos indígenas puede colaborar en la dilucidación de esta hipótesis. Nosotros sostenemos que la Corte Interamericana podría ser considerada un órgano que ejerce justicia constitucional.

* 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.

PALABRAS CLAVES

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

ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights regularly addresses constitutional matters. It could be argued that the Inter-American Court carries out a constitutional function. Therefore, the law from the Inter-American Court tends to become a common constitutional law for States. The case of indigenous peoples can contribute to clarify this hypothesis. We consider that the Inter-American Court might be considered as an organ which carries out constitutional justice.

KEY WORDS

Constitutional law, international human rights law, Inter-American Court of Human Rights and indigenous peoples rights

INTRODUCCIÓN

El hecho de proponer la generación de un *ius constitutionale commune* plantea una serie de cuestionamientos más globales, que van más allá de un determinado tópico o grupo de derechos específicos. Cuando hablamos de un *ius constitutionale commune* nos referimos a aquellos lineamientos propiamente constitucionales –tales como democracia, separación de poderes, participación política, control del poder y, sobre todo, respeto y garantía de los derechos humanos– que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), con el transcurso de los años ha ido desarrollando y, en los últimos años, acentuando, dentro de un marco infranqueable de orden público.

Estos estándares, principios o lineamientos constitucionales elaborados por la CIDH forzosamente son comunes para los estados que han aceptado su competencia y para los estados partes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Estos estándares y principios constitucionales son obligatorios para los estados del sistema interamericano, constituyen una base jurídica constitucional que debería ser tomada en cuenta al momento de adecuar y perfeccionar los sistemas constitucionales estatales. Los estados no pierden su libertad –y la CIDH no la niega– para determinar los particularismos constitucionales de cada sociedad nacional, pero existen principios constitucionales básicos, mutuamente compartidos, que deben aparecer en

cada sociedad democrática. Nosotros hemos querido tomar el ejemplo de los pueblos indígenas para representar este naciente derecho común.

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 commune*, de acuerdo con una idea que se encuentra actualmente analizada en el Grupo de Trabajo Iberoamericano 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, el derecho a la participación política, el derecho de acceso a la justicia, la noción de sociedad democrática y la obligación de organizar el aparato del Estado con miras en satisfacer los derechos y libertades de los individuos, grupos y pueblos, etc. A través 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 CIDH, a ser compartido por la generalidad de los estados latinoamericanos.

Este artículo constituye la continuación –segunda parte y final– de una entrega anterior sobre el *ius constitutionale commune*. En ambos trabajos nos hemos planteado la pregunta de si es posible hablar de un *ius constitutionale commune* en el sistema interamericano. Hemos seguido la metodología de seleccionar un tópico en particular para efectos de realizar el examen. En este caso, hemos elegido el derecho de los pueblos indígenas. En este trabajo abordaremos, en primer lugar, los aspectos constitucionales que trata la CIDH en materia de coherencia e interrelación del derecho internacional de los derechos humanos, en materia de reparaciones y de seguimiento de las sentencias. Como se ha dicho, este análisis se centrará, sólo a título ejemplar, en los casos de los derechos de los pueblos indígenas, pero este ejercicio puede ser extendido a una serie de otros casos sobre ejercicio de la libertad de expresión y escrutinio de las autoridades públicas o sobre participación ciudadana y partidos políticos, por ejemplo. En la segunda parte de este trabajo analizaremos el impacto que esta función constitucional de la CIDH ha tenido en la realidad constitucional interamericana.

I. LA LABORIOSA ELABORACIÓN DE UN “IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Desde sus inicios, la CIDH ha jugado un rol fundamental en la supervisión y el control de las violaciones a los derechos humanos en los estados que han

aceptado su jurisdicción. Sin embargo, su actividad se ha extendido incluso más allá de lo que es, estrictamente hablando, la protección internacional de los derechos humanos, para alcanzar a ámbitos, por definición, de carácter constitucional.

Así, la CIDH se ha pronunciado sobre temas vinculados con la democracia, la independencia del poder judicial y la separación de poderes; la independencia y la democracia de los partidos políticos y su rol en un Estado de derecho; el concepto de ley, la función legislativa y el control del órgano legislador; la libertad de expresión y el escrutinio de las autoridades públicas; la transparencia, el acceso a la información pública y la responsabilidad del Estado; la participación y el control ciudadano; y, muy importante, la regulación, limitación y el control del ejercicio del poder estatal por cualquiera de sus órganos en una sociedad democrática. Un hecho que ha acentuado el carácter constitucional de la CIDH y, en consecuencia, el carácter constitucional del derecho americano de los derechos humanos –que incluye su interpretación autorizada efectuada por la propia Corte– ha sido la declaración de que leyes o normas nacionales que impiden u obstaculizan de alguna manera la persecución y sanción de crímenes contra la humanidad violan la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH) y, por tanto, son nulas y no producen efecto jurídico alguno. La CIDH ha obrado en estos casos como un verdadero órgano jurisdiccional constitucional declarando la incompatibilidad de las actuaciones legislativas no solo con la propia Constitución nacional sino también con la Convención Americana de Derechos Humanos, que, para estos efectos, se erige como el instrumento constitucional americano. En nuestra opinión, exactamente este es el mensaje que dirige la CIDH a los estados y a cada uno de sus órganos, particularmente a sus órganos jurisdiccionales, cuando les indica que deben efectuar un control de convencionalidad, esto es, que, al cumplir su función jurisdiccional, deben contrastar la norma doméstica con la Convención Americana de Derechos Humanos para efectos de determinar su compatibilidad. En caso de que la norma interna sea incompatible con la CADH, el juez nacional debe preferir la aplicación y la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Algunas críticas sobre este punto apuntan a que la CIDH efectúa esta indicación sin considerar los mecanismos de control normativo interno de los estados, por ejemplo, qué ocurre cuando el control de las normas se encuentra radicado en un órgano particular, como una corte o tribunal constitucional. En este caso, el juez nacional no podría satisfacer el requerimiento de la CIDH. En nuestra opinión, no se trata tanto de tener en cuenta los diferentes sistemas de control de normas existentes en el orden doméstico de los estados. Desde esta perspectiva, por supuesto que el panorama es heterogéneo y existen diferencias entre los estados en América. Pero la verdad es que esto es irrelevante. Debe pensarse que no se trata de declarar inaplicable una norma interna por un juez que no tenga la competencia para ello. Se trata de que el

juez, enfrentado a una norma interna que es considerada incompatible con la CADH, simplemente efectúe el test de convencionalidad y prefiera la interpretación conforme a la CADH. Por lo demás, de esta manera el juez nacional se libera de su responsabilidad de violar la CADH, al aplicar una norma interna incompatible con aquella, y evita generar la responsabilidad internacional del Estado por violar la CADH.

Así, las referencias que efectúa la CIDH a la regulación y limitación del ejercicio del poder estatal en una sociedad democrática, la democracia, la transparencia y la responsabilidad de los agentes del Estado, en nuestra opinión, resultan muy relevantes ya que constituyen uno de los elementos definidores de una constitución y que justifican su existencia. Sin embargo, ante todo, la Constitución moderna tiene como función primordial fijar un marco de orden público de respeto y garantía de los derechos humanos. La Constitución moderna se justifica por la protección de los derechos del individuo, de los grupos y de los pueblos y no se comprende sin esta función principalísima.

En este sentido, podríamos decir que la CIDH cumple una función propiamente constitucional, esto es, salvaguardar los derechos de los individuos, grupos y pueblos. Las declaraciones de la CIDH son, sin duda, orientaciones de carácter constitucional. Estas orientaciones son vinculantes para los estados partes toda vez que ellas se efectúan en un marco de orden público, propiamente constitucional. En consecuencia, los estados deben ceñirse a los estándares fijados por la CIDH puesto que constituyen lineamientos sustantivos de carácter constitucional. En esta línea, existen ejemplos notables que tienden a afirmar la función constitucional de la CIDH. Así, en el caso de Chile, el Estado ha modificado en dos ocasiones su Constitución Política a raíz de decisiones adoptadas por la CIDH, en materia de libertad de expresión y en materia de transparencia y acceso a la información pública.

A continuación analizaremos, desde la perspectiva de las orientaciones constitucionales, el trabajo de la CIDH en materia de coherencia e interrelación del derecho internacional de los derechos humanos, en materia de reparaciones y en materia de seguimiento de las sentencias.

A. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES INVOCADOS

Como es bien sabido, para la interpretación de los derechos humanos la CIDH recurre a otros instrumentos internacionales de derechos humanos, además de la propia CADH, encontrándose expresamente facultada para ello por este último instrumento. En el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, la CEDH) ella hace lo mismo para efectuar su interpretación integral y coherente de los derechos humanos, y debe notarse que no existe una disposición parecida al artículo 29 de la Convención Americana de

Derechos Humanos en la Convención Europea de los Derechos Humanos. Resulta interesante, por ejemplo, observar cómo en el caso *Cudak vs. Lituania*, donde afirma que la inmunidad absoluta de los estados ha sufrido una erosión desde hace muchos años, o en el caso *Oršuš et autres c. Croatie*, donde analiza la situación de la minoría gitana en Croacia, la CEDH recurrió a todo un abanico de instrumentos internacionales y trabajos de órganos de derechos humanos¹.

En el caso de la CIDH, un auxilio importante en este sentido lo constituye la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La CIDH no solo recurre a instrumentos internacionales convencionales sino también a una amplia gama de instrumentos internacionales no convencionales así como a la jurisprudencia y la interpretación auténtica de los órganos de tratados, tales como el Comité de Derechos Humanos, o bien órganos de agencias especializadas tales como el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Esto último afirma la idea de que existe un único y monolítico *corpus iuris* de derechos humanos, por lo que resulta lógico recurrir a las diversas fuentes que construyen este edificio coherente de normas, estándares y principios. Dentro de este cuerpo progresivo y evolutivo de principios y estándares coexisten, a su vez, interactuando y enriqueciéndose mutuamente, *corpus iuris* específicos de derechos humanos, tales como el *corpus iuris* de los derechos del niño, de los derechos de la mujer, de los derechos de los pueblos indígenas, etc. De este modo, en los casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas, la CIDH ha invocado y utilizado en su argumentación diversos instrumentos internacionales.

En el caso de la Comunidad Indígena *Yakye Axa*, del año 2005, la CIDH ha reconocido expresamente la posibilidad de recurrir a otros instrumentos internacionales como herramienta interpretativa, en este caso, del concepto de derecho de propiedad comprendido en la CADH y en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas. Así, “al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintivos a la Convención Americana, tales como el Convenio 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuer-

1 “La Cour souligne, à l’aide de plusieurs exemples d’instruments et travaux internationaux (§ 64-67 – v. aussi § 25-33) «que l’immunité absolue des États a subi depuis de nombreuses années une érosion certaine». Voir C.E.D.H.: *Cudak c. Lituanie* (Cour EDH, G. C. 23 mars 2010, Req. n° 15869/02); «La Cour souligne même qu’elle tient «compte dans son analyse de la situation particulière de la population rom» qui «constituent un type particulier de minorité défavorisée et vulnérable» et qui «ont dès lors besoin d’une protection spéciale» (§ 147 – elle s’appuie en ce sens sur de nombreux travaux d’organes européens et internationaux, longuement cités – § 65-97 – puis utilisés au fil de son raisonnement) en particulier, concernant «leur sécurité, leur identité et leur mode de vie» (§ 148 – v. Cour EDH, G. C. 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, Req. n° 57325/00)». Voir C.E.D.H.: *Oršuš et autres c. Croatie* (Cour EDH, G. C. 16 mars 2010, Req. n° 15766/03).

do con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el derecho internacional de los derechos humanos², en virtud del principio del derecho viviente. Además, para la determinación de la satisfacción del derecho a la vida en su comprensión del derecho a una vida digna, la CIDH ha recurrido, en el *caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, al Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la OIT³. Respecto de este último instrumento, cabe hacer notar que la propia Organización Internacional del Trabajo ha destacado el Convenio 169 como una relevante herramienta interpretativa para los órganos jurisdiccionales internos y, evidentemente, internacionales⁴.

En el *caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la CIDH recurrió a la Convención n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En efecto, la Corte señaló que “Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte ha tomado en cuenta el Convenio n.º 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el derecho internacional de los derechos humanos”⁵.

En el *caso del Pueblo Saramaka*, del año 2007, la CIDH no pudo recurrir a al ordenamiento para determinar el alcance del derecho de propiedad regulado en el artículo 21 de la CADH, porque la Constitución de Surinam no reconoce el derecho de propiedad comunal. Tampoco pudo la Corte recurrir a la Convención n.º 169 de la OIT ya que Surinam no era parte. En consecuencia, la Corte siguió la estrategia de revisar otras obligaciones internacionales del Estado de Surinam que le permitieran darle contenido y alcance al artículo 21 de la Convención, en el contexto de pueblos indígenas y tribales. Así, la CIDH señaló que “la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad

2 “El Convenio n.º 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana”. CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 127 y 130, p. 78.

3 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 163, p. 88.

4 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Application of Convention No.169 by Domestic and International Courts in Latin America: A Casebook*, 2009, p. 8 [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_117232.pdf].

5 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146, par. 117, p. 69.

comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT n.º 169”. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los estados parte, ha interpretado el artículo 1.º en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1.º, los pueblos podrán “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se les prive de “sus propios medios de subsistencia”⁶.

B. MEDIDAS REPARATORIAS

Uno de los aspectos que cabe destacar en las enseñanzas de la CIDH respecto de los derechos humanos de los pueblos indígenas es que los jueces interamericanos han utilizado de una manera especialmente intensiva y extensiva la determinación de medidas reparatorias, como una forma indirecta de protección de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, los DESC)⁷. No ha sido explicitado de esta manera, pero es claro que estas medidas reparatorias tienden a proteger el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la alimentación y otros DESC. Nosotros asumimos que esta utilización intensiva de las reparaciones con el referido fin no es casual, sino deliberada. Tampoco es la primera vez que la Corte lo ha hecho. Sin embargo, la jurisprudencia interamericana ha encontrado en los casos relativos a los pueblos indígenas un terreno fértil para desarrollar esta protección indirecta de los DESC. ¿Por qué? Porque las violaciones a los derechos humanos de los miembros de los pueblos indígenas generan consecuencias perjudiciales para la comunidad en su conjunto. Esto es especialmente cierto cuando las violaciones son de derechos colectivos de los pueblos indígenas en cuanto tal, porque, en ese caso, se ataca y daña el corazón de la colectividad.

Uno de los primeros casos donde la CIDH conoció de hechos con indígenas involucrados, es el caso *Aloeboetoe*, de 1991. Aun cuando, en lo sustancial, se

6 CIDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172, par. 93, p. 29.

7 “Artículo 63: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertades protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica, en 1969.

trata de la violación del derecho a la vida, la CIDH tuvo que entrar a considerar aspectos propios de la diversidad cultural indígena o tribal en la parte relativa a las reparaciones. Este caso trata del asesinato por parte del Ejército de Surinam de un grupo de cimarrones (*bushnegroes*), que habían sido previamente detenidos y golpeados con las culatas de las armas de fuego de los soldados, bajo la sospecha de que eran miembros del Comando de la Selva.

En la parte de determinación de las reparaciones existía disparidad de criterios entre la Comisión, que reclamaba la aplicación de las costumbres de la tribu saramaca, y el Estado de Surinam, que solicitaba la aplicación de su derecho civil⁸. La CIDH estableció que los principios generales en materia de sucesión se referían a “hijos”, “cónyuge” y “ascendientes” y que estos términos debían ser interpretados según el derecho local. La Corte afirmó que, en el caso *Aloeboetoe*, el derecho local corresponde a la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los “ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca⁹. En consecuencia, podemos observar aquí que la Corte toma en consideración la identidad étnica y diversidad cultural de los cimarrones, ya que determina los causahabientes conforme a los usos y costumbres tribales.

Pero, además, e incluso muy relevante por la época en la que fue pronunciada esta sentencia, en el caso *Aloeboetoe*, la Corte toma en consideración la diversidad cultural de los cimarrones (maroon) para los efectos de ordenar reparaciones que benefician ya no tan solo a las víctimas o a sus herederos, sino también al pueblo o comunidad indígena o tribal en su globalidad. El principio que regiría en este caso es que “en la sociedad maroon tradicional, una persona no solo es miembro de su grupo familiar sino, también, de su comunidad aldeana y del grupo tribal. Los aldeanos constituyen una familia en el sentido amplio, razón por la cual el perjuicio causado a uno de sus miembros constituiría también un daño a la comunidad”.

Así, la CIDH dispuso que “[e]n la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que es preciso también que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica. En el momento actual, ello no ocurre en varias aldeas saramacas. Los hijos de las víctimas viven, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario están cerrados. La Corte considera que,

8 CIDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15, par. 55, p. 14.

9 CIDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15, par. 62, p. 16.

como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año”¹⁰. En otras palabras, con el fin de lograr el objetivo de acceso a la educación de los hijos de las víctimas, la Corte ordena reabrir una escuela y dotarla de personal capacitado y, además, en materia de acceso a la salud, los jueces interamericanos ordenan reabrir el dispensario de la aldea y ponerlo en condiciones de funcionar eficientemente. Esta es una demostración efectiva de la justiciabilidad de los DESC ya que, por una vía indirecta –la de las reparaciones–, la Corte logra que se satisfaga el derecho de acceso a la educación y el derecho de gozar del nivel más alto posible de salud.

En el *caso de la Comunidad Awas Tingni*, del año 2001, la Corte aplicó lo que se podría denominar “reparación social”, atendida la naturaleza de la víctima, esto es, una comunidad indígena. En efecto, la Corte fijó una indemnización pecuniaria a título de reparación del daño inmaterial causado por la no delimitación de las tierras, suma que el Estado debía invertir en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad awas tingni¹¹. Esta forma de reparación resulta interesante porque la Corte adecua la reparación por la violación del derecho de propiedad a la naturaleza del sujeto de derecho afectado, a la sazón, un pueblo indígena, donde lo colectivo ocupa un lugar preponderante en la comunidad. Por lo demás, esta forma de reparación constituye, a nuestro modo de ver, una ratificación del carácter de sujeto de derecho de los pueblos o comunidades indígenas.

A propósito del *caso de la Comunidad Moiwana*, del año 2005, la Corte volvió a fijar una reparación social, que cedía en beneficio de la comunidad en su totalidad, ordenando la creación de un fondo de desarrollo para la Comunidad Moiwana destinado a financiar programas de salud (derecho a la salud), vivienda (derecho a la vivienda) y educación (derecho a la vivienda

10 CIDH. *Caso Aloboetoe y otros vs. Surinam*. Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15, par. 96, p. 25.

11 “La Corte considera que debido a la situación en la cual se encuentran los miembros de la Comunidad Awas Tingni por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debe además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. En las circunstancias del caso es preciso recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa.⁶⁵ Por lo expuesto y tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana”. CIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79, par. 167, p. 85.

adecuada)¹². De esta manera, la Corte recoge el concepto de pueblo o comunidad y lo vierte en la parte de las reparaciones, bajo la forma de reparaciones sociales o colectivas. Pero, además, e incluso más trascendente en nuestra opinión, en esta sentencia la CIDH realiza una protección real y concreta de los DESC a través de las reparaciones, desvaneciendo de nuevo el fantasma de la no justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Una reparación social o colectiva similar fue ordenada por la CIDH en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, del año 2005. La CIDH dispuso que “[e]l Estado deberá crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serán implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad [...]. El programa comunitario consistirá en el suministro de agua potable [derecho al agua] e infraestructura sanitaria [derecho a la salud]. Además del referido programa, el Estado deberá destinar la cantidad de US \$950.000,00 (novecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), para un fondo de desarrollo comunitario, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales [derecho a la educación], habitacionales [derecho a la vivienda], agrícolas [derecho al trabajo y derecho a la alimentación] y de salud [derecho a la salud] en beneficio de los miembros de la Comunidad”¹³.

Junto con lo anterior, la Corte dispuso que el Estado de Paraguay debía adoptar una serie de medidas destinadas todas a satisfacer los DESC. Así, la Corte ordenó que “mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de

12 “En ese sentido, esta Corte estima que Suriname deberá crear un fondo de desarrollo por el monto US \$1,200,000.00 (un millón doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América), que será destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos programas deberán ser determinados por un comité de implementación, que se describe a continuación, y deberán ser completados en un plazo de cinco años, a contar de la notificación de la presente Sentencia”. CIDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124, par. 214, p. 87.

13 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 205, p. 99.

la Comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la Comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos” (sic)¹⁴.

De esta manera, por la vía de las reparaciones, la CIDH, en el *caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, del año 2005, otorgó protección a los DESC a través de los derechos civiles y políticos. Este caso es muy relevante por este y por otros aspectos. En este caso, la CIDH de una manera rotunda reconoció y protegió un extenso catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, todos amparados bajo el gran paraguas de la identidad cultural.

La CIDH protegió estos DESC, particularmente, a través del derecho a la vida –en la concepción ampliada de los jueces interamericanos, incluyendo el derecho a una vida digna¹⁵– y del derecho a la propiedad. En este sentido, resulta interesante resaltar el enorme potencial que este tipo de protección indirecta –por la vía de los derechos civiles y políticos– posee, para los efectos de alcanzar la plena efectividad y justiciabilidad de los DESC. En cierta medida, la CIDH les muestra el camino a las jurisdicciones internas para vencer los obstáculos que el derecho estatal pueda plantear y proporcionar, de esta manera, una protección efectiva a los DESC. Un pasaje donde queda bien reseñada esta interrelación, interconexión, interdependencia e indivisibilidad de los derechos es el siguiente:

[...] este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades.¹⁶

14 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 221, p.104.

15 Desde el punto de vista de lo que comprende el derecho a la vida, la CIDH ha afirmado que “el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”. CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 161, p. 88.

16 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 168, p. 90.

Junto con lo anterior, la CIDH señaló que “[l]as afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia”¹⁷.

Además, en este caso, la CIDH deja en claro que de los derechos civiles y políticos emanan obligaciones positivas, no solo de abstención, como tradicionalmente se sostiene. En efecto, la CIDH ha dicho que “[u]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”¹⁸.

Así, en este caso, de manera rotunda, la CIDH se erige como un órgano jurisdiccional de protección integral de los derechos humanos. Esta es una demostración patente de que ya no es posible hablar de los DESC como compartimientos estanco, sino que todos los derechos se encuentra íntimamente interrelacionados y de que todos los derechos, incluso los DESC, son justiciables, labor que les corresponde a todos los jueces, y particularmente a los jueces de derechos humanos, como una obligación de justicia constitucional.

Los hechos en los que se funda el *caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, de acuerdo con la Comisión, consisten en que “el Estado no 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. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, 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” (sic).

17 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 167, p. 90.

18 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 162, p. 88.

En este caso, la CIDH, otorgó protección a un amplio catálogo de DESC, empezando por el derecho a la identidad cultural, el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, el derecho a la salud y el derecho al agua.

La CIDH muestra, claramente, en su sentencia, el método –el camino seguido– para determinar la existencia de una violación de DESC, lo cual conduce, en definitiva, a determinar que los DESC son justiciables. En efecto, la Corte afirmó que debe “establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la salud); 11 (Derecho a un medio ambiente sano); 12 (Derecho a la alimentación); 13 (Derecho a la educación) y 14 (Derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio n.º 169 de la OIT” (sic)¹⁹. Este método otorga tremendas posibilidades a los jueces que supervigilan el orden constitucional de los derechos humanos para lograr la protección integral de éstos.

En consecuencia, la CIDH estableció que “los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras [*derecho a una vida digna*]. Este Tribunal observa que [...] los miembros de la Comunidad Yakye Axa hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las

19 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 163, p. 88.

condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección [*derecho a la alimentación*]. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, [*derecho a la vivienda*] así como a agua limpia y servicios sanitarios [*derecho al agua*]” (sic)²⁰. Luego, la CIDH continuó para afirmar que “[e]stas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento. A ello se suma, tal como ha sido probado en el presente caso, las especiales deficiencias en la educación que reciben los niños [*derecho a la educación*] y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud en la que se encuentran los miembros de la Comunidad [*derecho a la salud*]” (sic)²¹.

Finalmente, la CIDH declara la violación de todos estos derechos económicos, sociales y culturales, pero por la vía del derecho a la vida. En efecto, los jueces interamericanos señalaron que “[e]n consecuencia con lo dicho anteriormente, la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna” (sic)²².

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya, del año 2006, la CIDH reiteró –al igual que en casos anteriores– la determinación de reparaciones in-materiales de carácter colectivo, precisamente, por el carácter colectivo de los daños ocasionados²³. Así, la Corte ordenó la creación de “un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, de conformidad con el párrafo 207 de esta Sentencia. El Estado deberá destinar la cantidad de US \$1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América), para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales [*derecho a la educación*], habitacionales [*derecho a una vivienda adecuada*], agrícolas [*derecho al trabajo y a la alimentación*] y de salud [*derecho a la salud*], así como de suministro de agua potable [*derecho al agua*] y la construcción de infraestructura sanitaria [*derecho a la salud*], en beneficio de los miembros de la Comunidad” (sic)²⁴.

20 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 164, p. 89.

21 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 165, p. 89.

22 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125, par. 176, p. 92.

23 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146, par. 228, p. 100.

24 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y

Además, en el *caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la CIDH dispuso que “mientras los miembros de la Comunidad se encuentren sin tierras, el Estado deberá adoptar de manera inmediata, regular y permanente, las siguientes medidas: a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad [derecho al agua potable]; b) revisión y atención médica de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres, acompañado de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación, que respeten sus usos y costumbres [derecho a la salud en combinación con derecho a la identidad cultural]; c) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes [derecho a la alimentación]; d) creación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en los asentamientos de la Comunidad, y e) dotar a la escuela del asentamiento “Santa Elisa” de los materiales y recursos humanos necesarios, y crear una escuela temporal con los materiales y recursos humanos necesarios para los niños y niñas del asentamiento “Km. 16” [derecho a la educación]. En la medida de lo posible la educación impartida considerará la cultura de la Comunidad y del Paraguay y será bilingüe, en idioma exent y, a elección de los miembros de la Comunidad, español o guaraní [derecho a la educación y derechos culturales]” (sic)²⁵. Esto muestra, una vez más, cómo la CIDH otorga, por la vía de las reparaciones, en términos reales y concretos, una protección específica a los DESC, para los efectos de alcanzar la plena efectividad y justiciabilidad de los DESC, desvaneciendo el argumento irreal de la no justiciabilidad de éstos.

La determinación de “formas colectivas de reparaciones”, en el *caso del Pueblo Saramaka*, de 2007, emana, principalmente, de las especiales características de diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y tribales, lo cual tiende a enriquecer de modo diversificado la protección de un derecho americano de los derechos humanos. Este desarrollo especial del tema de las reparaciones en lo concerniente a violaciones a los derechos humanos se debe particularmente a este componente de diversidad cultural en el seno de un grupo, a partir del cual emanan derechos humanos colectivos. La violación de derechos de los miembros de la comunidad indígena (afrodescendiente) o tribal, o bien la violación de derechos colectivos, implica reparaciones de carácter colectivo que le otorgan un perfil especial al DADH, diferenciado del derecho europeo de los derechos humanos.

Resulta interesante, al mismo tiempo, percibir cómo la CIDH, en el *caso del Pueblo Saramaka*, de 2007, no condena al Estado por violaciones de DESC, pero toma en consideración la afectación de estos derechos y valores

costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146, par. 224, p. 99.

25 CIDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146, par. 230, p. 100.

para los efectos de determinar las reparaciones. Así por ejemplo, los jueces interamericanos consideran “el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos de los pueblos indígenas”, “la denigración de sus valores culturales y espirituales” y el daño que estos hechos “causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo indígena o tribal”. Esta es la razón que justifica la extensión de las medidas de reparación que alcanzan aspectos económicos, sociales y culturales, tales como educación, salud, vivienda y alimentación. De esta manera, la Corte ordena “que el Estado asigne la suma de US\$ 600,000.00 (seiscientos mil dólares estadounidenses) a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su territorio tradicional. Dicho fondo tendrá como objetivo financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka” (sic)²⁶. Al mismo tiempo, resulta interesante observar ciertos aspectos directivos en la sentencia de la Corte, ya que ella no solo dispone la creación de un Fondo de Desarrollo Comunitario, sino que, además, dice cómo debe usarse.

Este enfoque específico de los derechos humanos desde la perspectiva de la diversidad cultural y su impacto en el terreno de las reparaciones marca una de las diferencias trascendentes de la actividad de la CIDH 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.

C. SEGUIMIENTO Y CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS

Aun cuando el estado de cumplimiento de las sentencias de la CIDH presenta un resultado preocupante, existen motivos para manifestar un cierto grado de optimismo. Cabe resaltar la relevancia fundamental de esta temática para cualquier sistema de protección de derechos humanos. En el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la CIDH está en juego la eficacia, legitimidad y credibilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, además del respeto, por parte del Estado, del principio inderogable de derechos humanos del acceso a la justicia. En efecto, en la ejecución efectiva de la sentencia está en juego el respeto del principio de derecho internacional consuetudinario de buena fe y el respeto de la obligación convencional, emanada de la CADH, de dar cumplimiento a las sentencias de la CIDH, pero, además, del mismo modo que en la ejecución de una sentencia de cualquier

26 CIDH. *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172, par. 201, p. 62.

tribunal estatal, está en juego el principio inderogable de derechos humanos de acceso a la justicia.

Como siempre, el análisis del grado de cumplimiento de las sentencias de la CIDH requiere matices. Es poco probable que el Estado rechace cumplir con una sentencia en su totalidad, pero, puede presentar reparos para una parte específica de la sentencia. Un problema que sí es evidente es el plazo extremadamente largo que toma la ejecución de la sentencia de la CIDH por parte del Estado, lo cual, a su vez, podría configurar una nueva violación de la CADH por parte de dicho estado. A continuación, examinaremos brevemente algunas sentencias vinculadas con pueblos indígenas, que se han cumplido íntegramente y otras que se encuentran en proceso de ser cumplidas.

1. Cumplimiento íntegro de la sentencia

a. Caso Aloeboetoe

Durante el año 1997, el Estado de Surinam dio cumplimiento íntegro a la sentencia de la CIDH de fecha 10 de septiembre de 1993, en el *caso Aloeboetoe*. En este sentido, la CIDH ha señalado que “el Gobierno de Suriname ha pagado la suma US\$ 453.102, para ser entregada por la Fundación a los familiares de las víctimas, de conformidad con los puntos resolutiveos 1, 2 y 3 de la sentencia de la Corte del 10 de septiembre de 1993”. Además, “el Gobierno ha entregado los fondos estipulados en el punto resolutiveo 4 de la sentencia de la Corte del 10 de septiembre de 1993 para el funcionamiento de la Fundación”. Finalmente, “el Gobierno reparó y reabrió la escuela situada en Gujaba y además la dotó de personal docente y puso en operación el dispensario existente en Gujaba, conforme al punto resolutiveo 5 de la sentencia de la Corte del 10 de septiembre de 1993”.

En consecuencia, la CIDH “considera que el Gobierno de Suriname ha cumplido con lo establecido en la sentencia de 10 de septiembre de 1993 en el caso Aloeboetoe y otros”²⁷.

b. Caso de la Comunidad indígena Awas Tingni

En el *caso Awas Tingni*, la Corte declaró que “el Estado ha cumplido con la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (punto resolutiveo

27 CIDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 1997. *Caso Aloeboetoe y otros*, considerando 5.

cuarto de la Sentencia de 31 de agosto de 2001)". Además, que "el Estado ha cumplido con la obligación de abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe aquella delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (punto resolutivo cuarto de la Sentencia de 31 de agosto de 2001)".

En consecuencia, la Corte declaró que "el Estado ha dado pleno cumplimiento a la Sentencia de 31 de agosto de 2001 en el caso de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impone a los estados partes en la Convención la obligación de cumplir con las sentencias dictadas por la Corte"²⁸.

En este sentido, la CIDH señaló sin ambages la relevancia del cumplimiento de la sentencia en este caso, y que "valora positivamente que el Estado ha dado cumplimiento integral a las medidas de reparación ordenadas por este Tribunal en la Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2001, en lo que representa un importante precedente legal para el derecho internacional de los derechos humanos, por ser éste un caso paradigmático en el reconocimiento al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, así como de sus valores, usos y costumbres ancestrales"²⁹.

2. Cumplimiento parcial de la sentencia

a. Caso de la Comunidad Moiwana

En el *caso de la Comunidad Moiwana*, la Corte ha declarado que el Estado de Surinam ha dado cumplimiento íntegro a los siguientes puntos: obligación de realizar un acto público de reconocimiento y disculpa; orden de realizar el pago de la compensación a los miembros de la comunidad moiwana por los daños morales y materiales sufridos; y la orden de realizar el pago de costas al Forest Peoples Programme y Association Moiwana. Al mismo tiempo, la Corte ha decidido mantener abierta la etapa de supervisión de la sentencia,

28 CIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009, punto declarativo 3.

29 CIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009, par. 15.

particularmente en lo relativo a la obligación de investigar y en la obligación de establecer un fondo de desarrollo comunitario³⁰.

b. Caso Masacre Plan de Sánchez

En el *caso de la Masacre de Plan de Sánchez*, la CIDH ha declarado el cumplimiento integral de los siguientes dos puntos resolutive de la sentencia: “a) publicación de la Sentencia, en el Diario Oficial, y en otro diario de circulación nacional, en español y en maya achí (punto resolutive quinto); y b) pago de la suma fijada, para el mantenimiento y mejoras en la infraestructura de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas ejecutadas en la Masacre de Plan de Sánchez (punto resolutive sexto)”³¹. Respecto del resto de los puntos resolutive de la sentencia de reparaciones, la CIDH ha mantenido abierto el procedimiento de supervisión de la sentencia.

c. Caso Bámaca Velásquez

El caso *Bámaca Velásquez*, del año 2000, es un caso de violación del derecho a la vida de un miembro de la comunidad indígena maya mam³². En su sentencia de reparaciones, la CIDH hizo referencia a la influencia del reconocimiento de la diversidad cultural en la determinación de las reparaciones. Así, la Corte señaló que “considera que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana. Asimismo, este Tribunal ha señalado que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez. Ya la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Caso Mayagna [Sumo] Awas Tingni vs. Nicaragua). Como se ha reiterado en la audiencia pública sobre reparaciones en este caso, para la cultura maya, etnia mam las honras

30 CIDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2007, puntos declarativos 1, 2, 3 y 4.

31 CIDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C n.º 116, p. 13.

32 CIDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C n.º 70.

fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo ‘rendir respeto a Efraín, para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados’, así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena”³³.

Luego, entre sus reparaciones, la Corte determinó que “el Estado debe realizar las exhumaciones, en presencia de los familiares, para localizar los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez y entregar a ellos dichos restos. Asimismo, este Tribunal considera que Guatemala debe brindar las condiciones necesarias no solo para determinar el paradero de los restos mortales de la víctima, sino además de trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos”³⁴.

En este contexto, en cuanto a la ejecución de la sentencia, en su resolución de fecha 13 de diciembre de 2007, la CIDH señaló que “el Estado ha[bía] dado cumplimiento total a lo señalado en el punto resolutivo tercero de la Sentencia de reparaciones [relativo a la publicación en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, del capítulo que se refiere a hechos probados y la parte resolutive de la Sentencia sobre el fondo dictada el 25 de noviembre de 2000, y la realización de un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos del caso y de desagravio a las víctimas]”³⁵.

Luego, en su resolución de fecha 27 de enero de 2009, la CIDH indicó que “el Estado ha cumplido parcialmente con su obligación de adoptar medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico guatemalteco a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario y para darle plena efectividad a dichas normas en el ámbito interno (punto resolutivo cuarto de la Sentencia de reparaciones), por lo que mantendrá abierto el procedimiento de supervisión hasta el cumplimiento total de este punto”. Luego, agregó que “se encuentran pendientes de cumplimiento las siguientes obligaciones: a) localizar los restos mortales del señor Bámaca Velásquez, su exhumación en presencia de su viuda y familiares, así como su entrega a éstos (punto resolutivo primero de la sentencia de reparaciones), y b) investigar los hechos que generaron las

33 CIDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C n.º 91, par. 81, p. 35.

34 CIDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C n.º 91, par. 82, p. 36.

35 CIDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de diciembre de 2007, par. 6.

violaciones de la Convención Americana y de la CIPST, identificar y, en su caso, sancionar a los responsables, así como divulgar públicamente los resultados de la respectiva investigación (punto resolutivo octavo de la Sentencia de fondo y punto resolutivo segundo de la Sentencia de reparaciones). Que mantendrá abierto el presente procedimiento de supervisión hasta el cumplimiento total de las obligaciones señaladas en el punto declarativo anterior”³⁶.

d. Caso Yatama

En el *caso Yatama*, del año 2005, el Estado de Nicaragua violó los derechos políticos y el derecho a la protección judicial de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena Yatama. Además, el Estado no adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos; especialmente, no previó “normas en la ley electoral, en orden a [sic] facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al [sic] derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan” (sic).

En dicha sentencia, la CIDH determinó que una forma de reparaciones es que “el Estado debe reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral n.º 331 de 2000 declarados violatorios de la Convención y adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática. Los requisitos que se establezcan deben permitir y fomentar que los miembros de esas comunidades cuenten con una representación adecuada que les permita intervenir en los procesos de decisión sobre las cuestiones nacionales, que conciernen a la sociedad en su conjunto, y los asuntos particulares que atañen a dichas comunidades, por lo que dichos requisitos no deberán constituir obstáculos a dicha participación política”³⁷.

En este caso, el Estado no ha dado cumplimiento íntegro a la sentencia, quedando pendiente, particularmente, la obligación de “reformar la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral n.º 331 de 2000 declarados violatorios de la Convención Americana y adoptar las medidas necesarias

36 CIDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009, puntos declarativos 1, 2 y 3, p. 18.

37 CIDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127, par. 259, p. 106.

para que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres (punto resolutivo undécimo de la sentencia de 23 de junio de 2005)³⁸.

II. LA REALIDAD CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

En términos generales, se puede apreciar con optimismo un grado creciente de aplicación y seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH tanto por los tribunales constitucionales como por los ordinarios de los estados latinoamericanos. Esta apreciación puede surgir de la citación expresa de los fallos de la CIDH en las decisiones judiciales de los órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada, porque la no citación de los fallos de la CIDH no necesariamente implica un desconocimiento o incluso una clara discrepancia frente a las enseñanzas de la CIDH. Puede ser que un órgano jurisdiccional nacional siga fielmente la jurisprudencia de la CIDH, pero no se refiera directamente a ello porque en su tradición jurídica no existe esta citación de decisiones jurisdiccionales extraestatales. En general, habría que atender, más bien, a la interacción material entre la jurisdicción interamericana y las diversas jurisdicciones constitucionales de los estados de América. Ello podría arrojar un resultado más profundo del impacto, no solo explícito sino también implícito, de las enseñanzas de la CIDH. En este apartado sólo nos limitaremos a revisar, primero, la realidad normativa constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, y luego, la abundante jurisprudencia de los tribunales nacionales, no solo constitucionales, respecto de los derechos de los pueblos indígenas. En este ejercicio se constatará una convergencia relevante de las jurisdicciones nacionales con los jueces interamericanos, de tal manera que se podría palpablemente encontrar aquí los fundamentos para una justicia constitucional común latinoamericana.

A. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DE SUS DERECHOS

En las últimas décadas, el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas es uno de los temas relevantes, pero igualmente controvertidos de la agenda político-constitucional latinoamericana. La razón que explica por qué se ha producido es fenómeno en las últimas décadas la proporciona

38 CIDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de agosto de 2008, p. 9.

MAGNARELLA cuando señala que “[e]n términos generales, la gran mayoría de los estados latinoamericanos han reconocido, de una y otra manera, a los pueblos indígenas y sus derechos. En las últimas décadas ha habido una evolución vertiginosa en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas”³⁹. Este fenómeno se ha materializado en el ámbito jurídico mediante la aprobación de normas jurídicas que regulan de manera diferente la relación entre los estados y los pueblos indígenas, consagrando nuevos derechos y garantías a favor de quienes tienen la calidad de indígenas. En este sentido, se puede apreciar que no existe un único modelo uniforme de reconocimiento constitucional, sino más bien, una gran diversidad normativa a este respecto⁴⁰.

Al comparar los reconocimientos constitucionales de los pueblos indígenas en América Latina con las experiencias constitucionales de otros países, se puede observar que el desarrollo normativo latinoamericano es notablemente más extenso y sofisticado. Razones históricas y jurídicas, incluyendo el valor asignado a la norma fundamental en los ordenamientos internos, podrían explicar estas diferencias.

Observamos que la mayoría de las constituciones latinoamericanas reconoce la existencia de pueblos indígenas o de sus derechos específicos. Esta tendencia se debe en gran parte al surgimiento de los pueblos indígenas y sus organizaciones como verdaderos actores políticos dentro de un contexto de mayor democratización en la región⁴¹. No obstante, según GILDA WALDMAN, a pesar de este avance democrático, “las instituciones políticas no han logrado cabalmente crear ámbitos de participación real y adecuados para que los grupos indígenas puedan tener una representación efectiva en el seno del Estado como un interlocutor válido a fin de formular y aprobar las leyes relativas a su vida colectiva”⁴².

39 PAUL J. MAGNARELLA. “Protecting Indigenous Peoples”, en *Human Rights & Human Welfare*, vol. 5, 2005, pp. 125-135; “Las poblaciones indígenas fueron también ignoradas en la primera etapa del constitucionalismo latinoamericano. Pese a su enorme importancia demográfica en muchas y extensas zonas de México, de América Central y de América del Sur, nada relativo a ellas aparece en los primeros textos constitucionales contemporáneos o inmediatamente posteriores a la Independencia”. HÉCTOR GROS ESPIELL. “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002, p.159.

40 GONZALO AGUILAR CAVALLO et ál. “Modelos de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina”, en *Serie Estudios, Ministerio Secretaría General de la Presidencia*, Santiago de Chile, vol. III, Participación y Nuevos Desafíos Políticos-Institucionales, 2009, pp. 151-205.

41 CLETUS GREGOR BARIÉ. *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, 2.ª ed., La Paz, Instituto Indigenista Interamericano, 2003, p. 548; GILDA WALDMAN. “Los claroscuros de la situación indígena en la paradójica democracia latinoamericana actual”, en JOSÉ EMILIO ORDOÑEZ CIFUENTES (coord.). *La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho. XII Jornadas Lascasianas*, p. 185.

42 WALDMAN. “Los claroscuros...”, cit., p. 180.

En este sentido, aparece la eterna paradoja del constitucionalismo latinoamericano, la paradoja que viene determinada por la relación dialéctica entre realismo y normativismo, entre obligaciones que emanan de las normas y ejecución de las mismas. Una de las lamentables lecciones que se pueden extraer de esta realidad es el magro estado de cumplimiento de estos auspiciosos avances constitucionales. El problema fue y sigue siendo el respeto y la implementación de las normas constitucionales.

Dentro de este contexto, es de destacar las nuevas experiencias constituyentes que se están llevando a cabo en Bolivia y Ecuador en estos últimos años. Tras un período marcado por una fuerte inestabilidad sociopolítica, a raíz de la crisis del modelo “neoliberal” de desarrollo y de una crisis de la democracia representativa, ambos países impulsaron nuevos mecanismos políticos de participación en el intento de generar nuevos pactos sociales, fomentando el pleno ejercicio de la ciudadanía⁴³.

Sin embargo, ciertos países –Belice, Chile, Uruguay y Surinam– aún ignoran rotundamente la temática indígena en sus cartas fundamentales, a pesar de la presencia de estos grupos étnicos en sus territorios⁴⁴.

Dentro de los países que reconocen a los pueblos indígenas en sus constituciones, constatamos una gran heterogeneidad normativa en cuanto al alcance, contenido y formulación de las normas constitucionales, lo cual hace difícil identificar un modelo único y replicable en materia de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Esta diversidad se puede explicar por una multitud de factores específicos a cada realidad nacional, de naturaleza histórica, política, jurídica, socioeconómica y cultural, así como por el grado de receptividad del ordenamiento interno al derecho internacional y al derecho comparado. El peso demográfico y político de los pueblos indígenas o de sus organizaciones en el escenario público y su efectiva participación en las asambleas constituyentes también constituyen una herramienta clave para interpretar el panorama heterogéneo del reconocimiento constitucional en América Latina.

Además, los instrumentos internacionales que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas no contienen ninguna obligación explícita de reconocimiento constitucional de éstos por parte de los estados. Por consiguiente, no existe un consenso internacional sobre el significado, el alcance y las características de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

A pesar de esta falta de consenso, es posible construir un conjunto de estándares mínimos de los derechos de los pueblos indígenas a partir de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluyendo el Convenio

43 STELLIO ROLLAND. “Nuevas formas de participación política en América Latina”, en *Ficha de análisis, Instituto de Investigación y Debate sobre la Gobernanza*, febrero 2008.

44 Ídem.

n.º 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Estos estándares mínimos deberían servir de base para el reconocimiento de los pueblos indígenas y la consagración de sus derechos en las normas constitucionales. Los derechos a la no discriminación, a la autodeterminación, a la integridad cultural, de propiedad, uso, control y acceso a las tierras, territorios y recursos, al desarrollo y bienestar social y de participación, constituyen los elementos esenciales del estándar internacional de los derechos de los pueblos indígenas⁴⁵.

La cantidad de normas en la Constitución es un elemento de extrema relevancia pero no es un factor clave para lograr una protección de los pueblos indígenas y sus derechos. Interesa, sobre todo, que la globalidad del orden jurídico estatal muestre una decidida disposición hacia esta protección y que este orden jurídico determine la planificación, el diseño, la ejecución y el control de las políticas públicas.

Aun cuando es necesario, no es suficiente un reconocimiento constitucional puro y simple. Existe una brecha entre el reconocimiento constitucional en la letra y el cumplimiento efectivo de dichas disposiciones en términos reales⁴⁶. Además de un reconocimiento en la Constitución, se requiere un *sustratum* fundamental manifestado en la opción definitiva por un firme Estado de derecho y el compromiso decidido de todos los actores –estatales y privados– por la protección de los derechos humanos de todos, sin distinción alguna.

B. VISIÓN COMPARATIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

La evolución hacia un reconocimiento creciente de los derechos de los pueblos indígenas en el constitucionalismo latinoamericano ha estimulado, al mismo tiempo, un reconocimiento progresivo de los derechos indígenas por la jurisprudencia constitucional.

45 JAMES ANAYA. “Los derechos de los pueblos indígenas”, en MIKEL BERRAONDO (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, pp. 53-60; Cepal. *Panorama Social de América Latina 2006*, Santiago, 2007, pp.148-156; JOSÉ BENGOA. “Relaciones y arreglos políticos y jurídicos entre los estados y los pueblos indígenas en América Latina en la última década”, en *Serie Políticas Sociales*, n.º 69, Santiago, Cepal, agosto de 2003.

46 “El camino hacia la consideración constitucional de las poblaciones indígenas, para su reconocimiento jurídico, para la garantía de sus derechos, para evitar los despojos y las explotaciones inicuas para asegurar el mantenimiento de sus tradiciones, religiones y lenguas, en suma, de la riqueza de sus culturas, y para impedir la marginalización, la discriminación y la exclusión política, social y económica, pero al mismo tiempo para asegurar su integración y el progreso, fue largo, complejo y aún hoy está inconcluso”. GROS ESPIELL. “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002, p. 159.

De este modo, los avances que se han registrado en la jurisprudencia interamericana en cuanto a la fijación de parámetros y principios de valor constitucional, respecto de los derechos de los pueblos indígenas, presentan una extraordinaria similitud con la jurisprudencia constitucional latinoamericana. Esto último podría entenderse como una tendencia hacia la fijación de estándares y principios comunes que serían la base de un *ius constitutionale commune*. En algunos casos la interacción entre la CIDH y las cortes constitucionales de los estados latinoamericanos es evidente debido a la citación expresa de la jurisprudencia de la CIDH que hacen los jueces constitucionales. Así, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que “[s]imultaneously, the countries participating in the regional human rights system have learned to take into account internally the decisions and interpretative criteria applied by the Court and the Commission. This process is slow and complex, and far from complete. However, it has led to increased openness of many domestic courts to consider the inter-American jurisprudence – especially the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. This may explain the gradual move towards invoking international human rights standards by domestic courts”⁴⁷.

Sin embargo, la no citación expresa no puede entenderse como un absoluta falta de interacción y de seguimiento de los parámetros interamericanos ya que esto puede deberse a múltiples factores, empezando por la técnica judicial de redacción de sentencias utilizada por dicho tribunal constitucional y pasando por la propia cultura jurídica del orden jurídico en que se inserta el órgano jurisdiccional constitucional, cultura que no contempla la referencia a decisiones de otras jurisdicciones. Por lo demás, la interacción es mutua, de modo que podemos encontrar casos en que la CIDH cita y se apoya en decisiones adoptadas por los tribunales constitucionales. Con todo, en forma evidente, existe una dificultad clara para identificar las fuentes materiales de influencia en las sentencias, particularmente de los tribunales constitucionales latinoamericanos, sin que haya siempre una referencia explícita. Hay, eso sí, indicios relevantes que nos pueden orientar en nuestro análisis, tales como la fecha de las sentencias, cuáles son las primeras y cuáles son las siguientes, cuáles son anteriores y cuáles son posteriores, la amplitud y variedad del espectro de derechos abarcado por las sentencias, etc. Así, por ejemplo, en materia indígena, las jurisprudencias colombiana y costarricense son más abundantes que la de la CIDH⁴⁸.

47 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Application of Convention No.169 by Domestic and International Courts in Latin America: A Casebook*, 2009, p. 6 [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_117232.pdf].

48 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Aplicación del Convenio Num.169 de la OIT por tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: una recopilación de casos*, 2009.

En el fondo, la interacción entre la CIDH y los tribunales constitucionales se puede caracterizar como un ir y venir substancial, como un enriquecimiento recíproco de las interpretaciones, y de esa interacción surge un derecho americano de los derechos humanos de los pueblos indígenas, no se trata sólo de una interacción e influencia unidireccional.

En nuestra opinión, más relevante aún que examinar si la CIDH es citada en las sentencias de los tribunales constitucionales es analizar si los estándares, principios y valores que aplican la CIDH y los tribunales nacionales apuntan hacia un mismo punto de convergencia. En caso de ser esto efectivo, estaríamos *ad portas*, desde un punto de vista material, del desarrollo de una justicia constitucional común.

Así, por ejemplo, en el caso de la Corte Constitucional de Colombia, a través de una acción de tutela, los jueces constitucionales han sostenido que “[e]l reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida”⁴⁹.

La sala constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se ha pronunciado respecto del derecho a la consulta previa, libre e informada, a propósito de un recurso de amparo. En efecto, conociendo de un recurso de amparo contra la adjudicación de una concesión de exploración y explotación de hidrocarburos a una empresa privada por parte del poder ejecutivo, en particular por la falta de consulta a las comunidades indígenas a cuyos territorios afecta la concesión, considera que las autoridades incumplieron con el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas, tal cual es establecido por el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT. La Sala Constitucional tiene por probado que el ministerio respectivo omitió la convocatoria a consulta, que resultaba obligatoria, y que el acto no quedó saneado por la publicidad del proceso de licitación en la prensa. En consecuencia, hace lugar al amparo y declara anulado el acto de adjudicación⁵⁰.

La Corte Constitucional de Ecuador, por su parte, también se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada, a propósito de un recurso de tutela. En efecto, se trata de un recurso de tutela interpuesto por el defensor del Pueblo contra la concesión minera a una empresa privada en

49 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-523-97, de 15 de octubre 1997 (par. 2.1).

50 Costa Rica: Sala constitucional de la Corte Suprema. Voto 2000-08019, expediente 00-000543-0007-CO, 8 de septiembre del 2000.

el territorio del río Cayapas en la Provincia de Esmeraldas, afectando a los derechos de los chachis y comunidades afrodescendientes. Según del defensor del Pueblo, el inicio de actividades mineras causará daños irreparables a los recursos naturales y a la salud y vida de familias de comunidades. Además, alegó la falta de respeto de la obligación de consulta previa. En este caso, la Corte ordenó la suspensión de la concesión minera⁵¹.

La Corte Constitucional de Bolivia conoció, en el año 2003, de un recurso de amparo a propósito de un conflicto entre derechos constitucionales y ejercicio de la justicia comunitaria indígena. En efecto, el recurso de amparo fue interpuesto por un matrimonio de miembros de una comunidad indígena al que la comunidad había impuesto –aunque no ejecutado– la sanción de expulsión y la amenaza de corte del suministro de energía y de agua. Los impugnantes alegaron que la medida vulnera “sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo”. El Tribunal señaló que la Constitución boliviana reconoce el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a mantener sus normas consuetudinarias y a ejercer la justicia comunitaria en caso de incumplimiento de esas normas. El Tribunal recordó, de todos modos, que la aplicación de normas y sanciones comunitarias tiene como límite la Constitución, citando al respecto también el Convenio 169 de la OIT. En el caso, acoge el amparo, ordenando a la comunidad que permita la permanencia de los impugnantes en la comunidad, bajo la condición de que estos se ajusten a las normas comunitarias⁵².

Además, el Tribunal Constitucional de Perú, en el recurso de agravio constitucional interpuesto por Jaime Hans Bustamante Johnson (sentencia de fecha 19 de febrero de 2009), reconoció expresamente el principio de protección medioambiental, el principio de prevención, el principio de desarrollo sostenible y protección de las generaciones futuras, y vinculado con esto, la protección de las comunidades indígenas y su derecho a la identidad étnica y cultural. En este sentido, el Tribunal Constitucional de Perú señaló que “la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan

51 Ecuador: Corte Constitucional, n.º 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Regional Directorate of Mining of Pichincha: Regional Director, 13 de agosto de 2002.

52 Bolivia: Corte constitucional. Sentencia 0295/2003-R, expediente 2002-04940-10-RAC, 11 de marzo de 2003. Recurso de amparo constitucional.

surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”. “Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. En dicha sentencia, además, se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio.”⁵³

Quizás, uno de los casos más demostrativos de la influencia que han ido adquiriendo, en general, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, en particular, la CIDH, es el *caso de la Comunidad Indígena Maya del Distrito de Toledo vs. Belice*. Este es un caso sintomático y que insufla esperanzas en el continente. En primer lugar, Belice es un estado de América Central cuyo sistema jurídico corresponde al *common law*, aun cuando su ubicación geográfica, su composición demográfica, su cultura y su historia responden a los patrones tradicionales de las comunidades latinoamericanas. Y, en segundo lugar, Belice es un estado parte en la Organización de Estados Americanos pero que no ha aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIDH.

No obstante ello, la Corte Suprema de Belice, en el año 2007, pronunció una sentencia sobre el caso de la comunidad indígena maya del Distrito de Toledo en donde se funda para adoptar su decisión de fondo –protectora de los derechos colectivos de propiedad de la tierra y de los recursos naturales fundándose en su título tradicional de posesión ancestral de sus territorios– en las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, fundamentalmente, en la jurisprudencia de la CIDH, ambas consideradas por el referido máximo tribunal vinculantes para el Estado. En nuestra opinión, esta sentencia representa el triunfo de la razón jurídica de que el derecho existe para de la protección de los más vulnerables y proporciona una luz que ilumina el camino de todos los otros estados del continente, *a fortiori* de aquellos que sí han aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIDH.

En efecto, la Corte Suprema de Belice, en el caso de la comunidad indígena maya del Distrito de Toledo, en el año 2007, reconoció el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la propiedad de sus tierras tradicionales y de sus recursos naturales en conexión vital con su derecho colectivo a la identidad cultural y a la supervivencia física y cultural⁵⁴. Belice es, como se dijo, un

53 Tribunal Constitucional de Perú. *Recurso de agravio constitucional interpuesto por Jaime Hans Bustamante Johnson*. Exp. n.º 03343-2007-PA/TC. Sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, pars. 35-36.

54 “I am inclined to agree with the claimants in this respect because, without the legal protection of their rights to and interests in their customary land, the enjoyment of their right to life and their very lifestyle and well-being would be seriously compromised and be in jeopardy.

estado de América Central que si bien jurídicamente pertenece al ámbito del *common law*, es interesante ya que en términos geográficos, demográficos, culturales y religiosos se encuentra muy cercano a la esfera latinoamericana. En consecuencia, en este caso, la Corte Suprema de este país señaló que “[i]n contemporary international law, the right to property is regarded as including the rights of indigenous peoples to their traditional lands and natural resources. Belize is a party to several international treaties such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) 999 U.N.T.S. 171; the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), 660 UNTS 195; and The Charter of the Organization of American States (OAS) 119 UNTS 3; all of which have been interpreted as requiring states to respect the rights of indigenous peoples over their land and resources”. Luego, la Corte Suprema continuó así: “[f]or example, in the case of *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua* 79 Inter-Am. Ct.H.R. (Ser C) (2001) that Court held that: “Among indigenous peoples there is a communitarian tradition regarding a communal form of collective property of the land, in the sense that ownership of the land is not centered on an individual but rather on the group and its community. Indigenous groups, by the fact of their very existence, have the right to love freely in their own territory; the close ties of indigenous people with the land must be recognized and understood as the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival. For indigenous communities, relations to the land are not merely a matter of possession and production but a material and spiritual element which they must fully enjoy, even to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations”⁵⁵.

Como se ha dicho, resulta aún más interesante este fallo si se considera que Belice es parte de la OEA pero no de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, no ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aun así, recurre a la jurisprudencia y a las enseñanzas de esta corte, lo que demuestra que sus influencias en los ordenamientos internos de los estados del continente (interacción vertical) va más allá de únicamente aquellos estados que formalmente parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

This, I find, will not be in conformity with the Constitution’s guarantees”. SUPREME COURT OF BELIZE. *Aurelio Cal, et al. v. Attorney General of Belize* (Claim 121/2007) (18 Oct 2007) (Mayan land rights), par. 117, p. 58; MAIA S. CAMPBELL y JAMES ANAYA. “The Case of the Maya Villages of Belize: Reversing the Trend of Government Neglect to Secure Indigenous Land Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 8, n.º 2 (2008), pp. 377-399.

55 SUPREME COURT OF BELIZE. *Aurelio Cal, et al. v. Attorney General of Belize* (Claim 121/2007) (18 Oct 2007) (Mayan land rights), pars. 120-121, p. 59.

CONCLUSIÓN

La existencia de estándares o principios de carácter constitucional permite hablar de una labor o de una verdadera función constitucional. Si la CIDH es, reconocidamente, el órgano jurisdiccional último de esos estándares y principios constitucionales, entonces la Corte cumple esa función constitucional, con un ámbito geográfico de validez interamericano. En efecto, la CIDH fija estándares de carácter constitucional que configuran el paraguas que cubre los órdenes jurídicos nacionales. Este paraguas constitucional fija, a su vez, un marco de orden público –que es un rol propiamente constitucional– dentro del cual pueden moverse los diversos órdenes constitucionales de los estados.

La presencia de pueblos indígenas dentro del componente nacional en diversos estados americanos convierte a este tópico en particularmente relevante para mostrar los lineamientos u orientaciones constitucionales que emanan de la Corte. Primero, el solo hecho de aceptar la existencia misma en el seno del Estado nacional tiene en sí mismo un valioso significado constitucional que los estados, en sus ordenamientos internos, no pueden rechazar o ignorar.

Luego, el reconocimiento de sus derechos, entendidos como derechos humanos etnoespecíficos, que vienen a complementar los catálogos constitucionales, también tiene un peculiar mensaje y significado constitucional. Es indiscutible que la CIDH ha sentado como principio de carácter constitucional, que irradia a todos los órdenes constitucionales del continente, la democracia multicultural. Aquí, una vez más, se destaca la función constitucional de la CIDH.

Dentro del mensaje constitucional que envía la CIDH se encuentra también la forma en que debe realizarse la lectura constitucional. Esta lectura constitucional en América debería hacerse coherentemente a la luz del derecho internacional, y particularmente, en materia de los derechos humanos o fundamentales, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Este mensaje es claro en el caso de los pueblos indígenas, pero también lo es en otros tópicos.

Un ámbito no muchas veces explorado pero de singular importancia para los órganos jurisdiccionales nacionales lo constituye el tema de las reparaciones. La CIDH ha invariablemente sentado el principio –reconocido constitucional– de que la violación de un derecho humano o fundamental debe ser reparada adecuadamente. Esta reparación adecuada –exigencia de carácter constitucional– debería hacerse a la luz de los principios constitucionales sentados por la propia CIDH, y no ciñéndose –como muchas veces se hace en el foro doméstico– simplemente a las reglas civiles sobre reparación. Una vez más, el caso de los pueblos indígenas es sintomático y muestra las bondades de tener un órgano interamericano rector en materia de derechos humanos que proporciona los estándares constitucionales elementales. Si la CIDH logra afirmar su función constitucional e imponer esta idea en el ámbito

interamericano, el camino hacia una Corte Interamericana Constitucional de Derechos Humanos se encontraría cimentado. Una sólida y justa argumentación en sus sentencias y el fortalecimiento del principio de la protección integral del ser humano contribuirían a ganar no solo la voluntad de los estados en este sentido, sino, más importante aún, a contar con el necesario respaldo de la opinión pública interamericana.