

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS INDÍGENAS
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS

Este artículo analiza la forma en que el sistema interamericana de derechos humanos ha enfrentado la situación de los pueblos indígenas. Se prestará especial atención a cuál es la interpretación que hoy tiene el sistema interamericano de los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas a partir de la forma en que son resueltas sus peticiones en el sistema.

En primer lugar se estudia las distintas etapas en que puede dividirse el acercamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la temática indígena. Luego, se analiza en detalle la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia a los temas de propiedad, derecho a la vida, recursos efectivos, derechos políticos y reparaciones.

La tesis central de este estudio es que para el sistema interamericano de derechos humanos los titulares de los derechos —integrantes de comunidades indígenas— poseen ciertas particularidades, tanto en su situación de hecho como en sus particularidades culturales, que obligan al intérprete a una consideración especial en la lectura de los derechos establecidos en los instrumentos del sistema interamericano.

Este artículo se propone explorar la forma en que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se ha hecho cargo de las demandas de los integrantes de las comunidades indígenas. Esta temática ha estado presente en el sistema interamericano desde hace más de tres décadas y es posible observar un continuo desarrollo hacia un tratamiento del tema desde la perspectiva de derechos, lo que abre importantes caminos de acción para todos quienes están interesados en la protección de los derechos humanos de los integrantes de las comunidades indígenas en nuestro continente.

En este trabajo desarrollaré los siguientes temas: un planteamiento general sobre la problemática indígena desde la perspectiva de los derechos humanos (I); la forma en la que la Comisión Interamericana ha enfrentado esta cuestión (II) y finalmente, bajo qué criterios se ha ido desarrollando

la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos se han consagrado como derechos individuales donde el sujeto de derechos es el individuo, quien puede exigir del Estado una cierta actuación a partir del reconocimiento de la titularidad de derechos en razón de la sola pertenencia a la especie humana.

De ahí que la protección de grupos, en tanto colectivos, sólo es posible a través de la elaboración de una argumentación sobre derechos individuales. Ello trae aparejado problemas en materia de derechos indígenas que han sido planteados, algunos de ellos, como derechos colectivos y no como derechos individuales.

La construcción del discurso de los derechos de los indígenas se ha articulado en el sistema interamericano de derechos humanos en torno a dos ideas: la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “CADH”) y el principio de igualdad y no discriminación. Además, se ha planteado que los pueblos indígenas son titulares de un “extra” de derechos en tanto pueblo, que se ha vinculado con la autonomía administrativa, autonomía jurídica, entre otros.

Conceptualmente es preciso distinguir entre derechos humanos que fructifican en sociedad o que requieren de la sociedad para ejercerse (por ejemplo, derecho a voto) y los derechos cuyo titular es un colectivo (por ejemplo, autodeterminación). Los primeros están claramente protegidos por el sistema de derechos humanos; los segundos presentan muchas dificultades teóricas y prácticas lo que se ha traducido en un acercamiento zigzagueante de la jurisprudencia internacional.¹

En este artículo me centraré en el primero de estos temas, es decir, ver cómo ha dado respuesta el sistema interamericano a la protección de los derechos individuales de los integrantes de comunidades indígenas, atendiendo a las particularidades de dicho grupo.

¹ Agradezco en esta materia los alcances formulados por la profesora Cecilia Medina en una charla dictada en junio de 2003, en el “Primer seminario internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, su aplicación en el sistema interamericano y en la reforma procesal penal chilena”, organizada por la Defensoría Penal Pública.

II. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS INDÍGENAS²

En la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “CIDH”) podemos distinguir diversas etapas respecto de la cuestión indígena. Una primera etapa está vinculada a la protección de los indígenas en cuanto a individuos vulnerables; una segunda, incorpora la idea de derechos dignos de especial protección, centrados en la doctrina elaborada internacionalmente sobre minorías y ciertas nociones de no discriminación; la última etapa, basada en una lectura del principio de igualdad y no discriminación aplicado a cada derecho y libertad de que son titulares los miembros de las comunidades indígenas en la región, considerando a los indígenas como titulares plenos y en ciertos aspectos con protección particular en el goce y ejercicio de sus derechos.

1. PRIMERA APROXIMACIÓN: LA PROTECCIÓN

En una primera etapa se presenta una tendencia de la Comisión a estimar a los pueblos indígenas como un grupo débil, con bajo nivel cultural, al que había que proteger.³

Se reconoce su discriminación y la violación de derechos humanos de miembros de comunidades. Así, por ejemplo, en el caso sobre la Tribu Aché, señala la Comisión que el Estado tiene la obligación de proteger más a este grupo, atendiendo sus particulares condiciones culturales.⁴

2. SEGUNDA APROXIMACIÓN: UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE MINORÍAS

En una segunda etapa la Comisión ya no sólo plantea que los indígenas son un grupo que debe ser protegido, sino que se plantea que a su respecto es aplicable la noción de minorías desarrollado en el ámbito de Naciones Unidas y, por tanto, los mecanismos establecidos en el derecho internacional, en particular, la adopción de medidas especiales de protección establecidas por el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la materia.

² Esta sección se ha beneficiado con un estudio sobre la jurisprudencia de la Comisión Interamericana realizado por la profesora Cecilia Medina con motivo de la charla indicada en la nota anterior.

³ CIDH, *Informes anuales de 1972 y 1973*, publicados en CIDH, *Ten years of activities 1971-1981*, pp. 328-329; también, ver *Caso Tribu Guahibo en Colombia*, publicado en Informe Anual 1973, OEA/Ser.L/V/II.32.

⁴ CIDH, *Caso 1802 (Paraguay)*, publicado en *Informe anual 1977*, OEA/Ser.L/V/II.43, Doc. 21 corr. 1, de 20 de abril de 1978.

En el *Caso Yanomami* la Comisión acepta que el derecho internacional reconoce a “grupos étnicos” el derecho a la protección especial de su idioma, religión, preservación cultura, (todo ello a la luz del art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “PIDCP”). Además estableció que la Organización de Estados Americanos (OEA) ha determinado una acción prioritaria de preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y con una especial prioridad en la lucha contra la discriminación. A partir de estos conceptos recomienda: *a)* delimitación y demarcación del Parque Yanomami, *b)* consulta a la población indígena afectada para el desarrollo de programas educacionales, de protección médica e integración social.⁵

En el *Caso Miskitos* la Comisión conserva la idea de que los indígenas son un grupo étnico. Establece que el derecho internacional reconoce la libre determinación (sin secesión) a pueblos, pero no a grupos. Como contrapartida determina que el Estado no tiene derecho a desarrollar políticas de asimilación total, como fue característico en gran parte del siglo XX en el continente. Finalmente, intenta una elaboración de otros derechos: preservación cultural requiere: *a)* gozo derechos humanos, *b)* efectivo funcionamiento como grupo, *c)* derecho a elegir autoridades, *d)* ordenamiento institucional diseñado con consulta y ejecutado con participación, y *e)* aspectos vinculados con organización productiva: problema de tierras ancestrales.⁶

A su vez, establece que la CIDH no puede resolver la validez del reclamo tierras; no postula una limitación a los derechos soberanos del Estado sobre integridad territorial, pero sí sostiene que debe haber respuesta política ante la situación.

Un interesante desarrollo en la temática indígena se produce en el Informe de la CIDH respecto de Ecuador en el año 1997.⁷ En este informe la Comisión adopta claramente la perspectiva de que los derechos de los indígenas podían ser comprendidos dentro de los derechos de las minorías y aplica a su respecto la norma del art. 27 del PIDCP; en especial, en la protección de las características culturales del grupo. Además, avanza en la idea de que los indígenas no sólo debían ser especialmente protegidos, sino que el Estado estaba obligado a implementar “medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural —un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales”.

⁵ CIDH, *Caso 7615 (Brasil)*, publicado en *Informe anual 1984-1985*, de 01 de octubre de 1985, OEA/Ser.L/V/II.66

⁶ CIDH, *Información sobre la situación de derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito*, de 16 de mayo de 1984, OEA/Ser.L/V/II.62.

⁷ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, 24 de abril de 1997, OEA/Ser.L/V/II.96.

3. TERCERA APROXIMACIÓN:
ENFOQUE DE DERECHOS Y LOS INDÍGENAS
COMO TITULARES DE DERECHOS GENERALES Y PARTICULARES

En el año 2000 la Comisión presentó un Informe sobre la situación de los indígenas en el continente.⁸ Este Informe presenta una completa descripción de la situación de los indígenas en el sistema interamericano y además, desarrolla algunos temas de relevancia para la temática indígena. Sin duda el mayor aporte de este Informe fue el análisis que hizo de una serie de derechos en una lectura desde la realidad de las comunidades indígenas.⁹ Es decir, la Comisión no sólo trató algunos de los temas relevantes que históricamente le habían preocupado (discriminación, tierra, etc.) sino que se preocupó de analizar derechos comunes a todas las personas desde una perspectiva particular, la necesidad de los titulares de derechos a partir de su realidad.

Destaca del Informe su perspectiva crítica sobre el trabajo desarrollado por la propia Comisión en el tema indígena. Así, señala que el acercamiento sobre la base de los derechos de las minorías y las normas de discriminación había sido un enfoque útil, pero

esta aproximación a los derechos de los pueblos indígenas por la vía de los conceptos de “minorías” o de la “prohibición de discriminación”, si bien ha sido en algunas ocasiones el único mecanismo existente, constituye un enfoque incompleto, reduccionista y por tanto inadecuado.¹⁰

A continuación de este Informe Especial, la Comisión presentó un Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay¹¹ donde vuelve a plantear su acercamiento al tema desde el enfoque de derechos utilizado en el Informe sobre la situación de los indígenas en el continente: estudiar los derechos de los indígenas a la luz de las obligaciones generales del Estado respecto de todo el catálogo de derechos y, además, analizar ciertas formas de goce y ejercicio especiales o particulares.

4. DESARROLLOS RECIENTES:
EL CASO DANN Y COMUNIDAD MAYA TOLEDO

En esta perspectiva, nos parece que los mayores avances de la Comisión están reflejados en el Informe del *Caso Dann*,¹² relativo a alegaciones en

⁸ CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, de 20 de octubre de 2000, OEA/Ser.L/VII.108.

⁹ *Ibidem*, pp. 117-126.

¹⁰ *Ibidem*, “presentación”, pp. 1-2.

¹¹ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, de 9 de marzo de 2001, OEA/Ser.L/VII.110.

¹² CIDH, *Caso Dann (11.140)*, informe 75/02, de 27 de diciembre de 2002, publicado en *Informa Anual 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117.

contra de Estados Unidos, por violaciones de los derechos humanos de las hermanas Dann, integrantes del pueblo indígena Western Shoshone. Asimismo, en el caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice.¹³

La Comisión recopila los avances habidos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y plantea una importante premisa: se debe examinar cada caso en el contexto de la evolución de las normas y principios de derechos humanos de pueblos indígenas, lo que en este caso implica que el pleno y efectivo goce de derechos humanos exige considerar la situación y las experiencias históricas, culturales, sociales y económicas.¹⁴

Un planteamiento relevante en el Informe de las Hermanas Dann es que la Comisión establece que los “Principios Básicos” contenidos en el *Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos Pueblos Indígenas* refleja, a menudo, principios jurídicos internacionales,¹⁵ aplicables en interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.¹⁶

Todos estos elementos pueden ser utilizados por las comunidades para solicitar a la Comisión Interamericana, ya sea informes sobre situaciones particulares, o bien, la presentación de casos individuales. Este avance habido en el acercamiento de la Comisión el tema indígena puede ser utilizado por las comunidades en el ejercicio de sus derechos.

¹³ CIDH, *Caso de las Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo (12.053)*, informe 40/04, de 12 de octubre de 2004, publicado en *Informe Anual 2004*, OEA/Ser.L/V/II.122.

¹⁴ En particular, un examen de los tratados pertinentes, de la legislación y la jurisprudencia relevante, revela la evolución a lo largo de más de 80 años de normas y principios de derechos humanos particulares aplicables a las circunstancias y al tratamiento de los pueblos indígenas. Elemento central de estas normas y principios es el reconocimiento de que la garantía del pleno y efectivo goce de los derechos humanos por los pueblos indígenas exigen considerar su situación y experiencia históricas, culturales, sociales y económicas. En la mayoría de los casos, esto ha incluido la identificación de la necesidad de que los Estados apliquen medidas especiales para indemnizar la explotación y discriminación a que estas sociedades han sido sujetas a manos de los no indígenas. (párr. 125)

¹⁵ La Comisión considera que los principios básicos reflejados en muchas de las disposiciones de la Declaración, incluidos los aspectos del Artículo XVIII, reflejan principios jurídicos internacionales generales que han evolucionado en el sistema interamericano y son aplicables dentro y fuera del mismo, y en esta medida son debidamente considerados en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos indígenas. (párr. 129)

¹⁶ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS INDÍGENAS

1. ANTECEDENTES GENERALES

La tesis que nos servirá de guía para el estudio de la jurisprudencia es la siguiente: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”), a partir de la correcta aplicación del principio de igualdad y no discriminación, analiza los derechos de las personas pertenecientes a comunidades indígenas a la luz de las particulares circunstancias de estos titulares de derechos, esto es, su situación de hecho (principalmente su situación de pobreza y discriminación) y sus particularidades culturales.¹⁷

Así lo ha señalado la propia Corte:

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.¹⁸

De esta forma, enfrentada a cada uno de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte determinará el contenido y alcance del derecho y las obligaciones del Estado a la luz de la situación de discriminación de su titular a objeto de garantizar su pleno goce y ejercicio en condiciones de igualdad.

2. DERECHO A LA TIERRA

El artículo 21.1 de la CADH dispone

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

¹⁷ “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 63.

¹⁸ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 51.

Una materia central de la cuestión indígena ha sido el tema de la propiedad sobre la tierra, concepto comprensivo del derecho a la tierra, su uso y conservación.¹⁹ La Corte Interamericana tuvo la oportunidad de resolver, por primera vez, esta materia en el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*,²⁰ en el cual se alegaba que el Estado de Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de dicha Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales. También se alegaba que el Estado había otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no había garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre su derecho de propiedad.

En el año 2005 la Corte volvió sobre este tema de la propiedad en la sentencia del *Caso Comunidad Yakye Axa c. Paraguay*. En el 2006 la Corte se pronunció en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Ambos casos relativos a la reivindicación de territorios ancestrales que se encuentran en poder de terceros.

En estos casos la Corte se hizo cargo del tema del alcance del derecho a la propiedad garantizado en el artículo 21.1 de la CADH, interpretándolo a la luz de las especiales características del derecho de propiedad de la tierra para los indígenas. En primer lugar, determinó que, conforme a las normas interpretativas aplicables (artículos 21 y 29.b de la CADH, además de los trabajos preparatorios de la Convención, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la propia legislación interna de Nicaragua y Paraguay), la Corte podía comprender dentro de la protección del artículo 21 el derecho a la propiedad en el marco particular del derecho de “propiedad comunal” consagrado en la legislación interna.²¹ Asimismo, bajo la protección del art. 21.1 de la CADH se podría ubicar los recursos naturales y los elementos culturales (este último comprensivo de la particular relación entre la tierra y las comunidades).²²

Este es un primer punto que merece ser destacado, ya que la Corte realizó una interpretación progresiva del derecho involucrado, en cuanto lo interpretó a la luz de las necesidades del caso concreto, ampliando el contenido tradicional del derecho de propiedad, es decir, desde un derecho típicamente individual a una concepción que permitiera comprender dicho derecho a la luz de las instituciones indígenas sobre el derecho de

¹⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, del 4 de febrero de 2002, E/CN.4/2002/97, párrs. 39-57.

²⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna* (2001).

²¹ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párrs. 143-148, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 130 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 117.

²² *Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 137; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006) párr. 118.

propiedad, como uno de ejercicio colectivo y con implicaciones culturales particulares.²³

Una vez determinado el alcance del derecho de propiedad, la Corte ha formulado consideraciones respecto de la especial naturaleza del derecho de propiedad de las comunidades indígenas, aplicables a toda la realidad del continente.²⁴ La Corte va más allá de la sola fijación del contenido del derecho de propiedad y hace un vínculo directo entre la cultura indígena y el derecho a la tierra, como base para el desarrollo cultural y la preservación del legado y su transmisión a las generaciones futuras. Recoge de esta forma una visión del derecho a la tierra, no sólo como un derecho de propiedad, sino como una manifestación cultural.²⁵

La Corte también analiza un tema central sobre la propiedad indígena: cómo acreditar el dominio.²⁶ Al efecto recurre al derecho consuetudinario como el elemento definitorio, reconociendo que “producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.²⁷ Es decir, el derecho consuetudinario servirá para determinar el goce y ejercicio del derecho de propiedad, así como criterio de prueba de la titularidad en caso de conflicto, primando por sobre la legislación estatal (“título real”).

En cuanto a los efectos que trae aparejado dicho reconocimiento, la Corte señala que el Estado deberá reconocer, oficialmente, la propiedad de la tierra acreditada mediante el derecho consuetudinario y deberá proceder a registrarla de acuerdo a su derecho interno. Este es un cambio absoluto de perspectiva; en efecto, a la luz de esta jurisprudencia, es la legislación nacional la que debe adecuarse al derecho consuetudinario para resolver los con-

²³ Reitera esta interpretación en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 124.

²⁴ “[E]ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. *Ibidem*, párr. 149. En el mismo sentido se ha pronunciado en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párrs. 131, 135 y 137.

²⁵ En este sentido ver *Minorías: existencia y reconocimiento*. Documento de trabajo presentado por el Sr. José Bengoa. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos-Grupo de Trabajo sobre las Minorías. Sexto período de sesiones, 22 a 26 de mayo de 2000, párrs. 57-58.

²⁶ Sobre los avances en esta materia ver, ANAYA y WILLIAMS, 2001: 46-48.

²⁷ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 151.

flictos en torno a la propiedad de la tierra y el Estado deberá proveer los mecanismos institucionales y administrativos para hacer efectivo este derecho.

La Corte también se hace cargo del problema de la efectividad y seguridad en el goce del derecho de propiedad. Aun en el caso de que el Estado reconozca la propiedad indígena, si no toma las medidas adecuadas para su delimitación y demarcación, el derecho no se goza plenamente, manteniéndose a las comunidades en un estado de incertidumbre e inseguridad.²⁸ No cumplir con estas obligaciones genera una situación de inseguridad y permite acciones del propio Estado que son violatorias de los derechos que emanan de la propiedad de la tierra, como el otorgamiento de concesiones mineras a terceros.²⁹

En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* la Corte tuvo oportunidad de señalar las distintas consecuencias que tiene el reconocimiento de la propiedad indígena:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.³⁰

De esta forma, en los casos en que las comunidades han perdido la posesión de la tierra y ésta se encuentra en poder de terceros, es necesario resolver tres cuestiones: derecho de reivindicación que tienen dichas comunidades, límite temporal para la reivindicación de la tierra y la entrega alternativa de tierras en caso de imposibilidad de entregar las tierras originales.

En principio las comunidades tienen derecho a reivindicar el territorio tradicional y por tanto el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas conducentes a entregar dichos territorios a la comunidad.³¹

²⁸ *Ibidem*, párr. 153. En el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* la Corte ha señalado: “[L]a Corte concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad” (*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 143).

²⁹ *Caso Mayagna* (2001), párr. 153.

³⁰ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 128.

³¹ En los casos relativos a Paraguay conocidos por la Corte, esta obligación no era discu-

Sobre el límite temporal para la reivindicación de la tierra, la Corte ha señalado que esta alegación está relacionada con la existencia del vínculo cultural entre la comunidad y el territorio reclamado. En la medida que este vínculo siga vigente, la reivindicación lo estará; si este vínculo se pierde, la reivindicación también. Es importante tener en consideración que la Corte aclara que en caso que dicho vínculo no se haya podido mantener, por razones de fuerza o amenaza, el derecho de reivindicación continuará vigente.³²

En cuanto a la entrega de tierras alternativas, esta posibilidad surge porque la propiedad indígena no puede, en todos los casos, primar sobre la propiedad de terceros de buena fe que estén en posesión de los mismos territorios.³³ En estas situaciones de conflicto entre la propiedad privada particular y la propiedad indígena, deberá haber una ponderación de los derechos en conflicto a la luz de cada caso.

En caso que el Estado, “por motivos objetivos y fundamentados”, se vea impedido de entregar las tierras ancestrales, “deberá entregar[les] tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión”.³⁴ En este sentido, la Corte ha analizado esta situación a la luz de los requisitos que deben concurrir para la restricción de derechos. En este caso, para que sea posible restringir el derecho de propiedad deben concurrir los siguientes requisitos: *a)* las causas que permitan la restricción deben estar establecidas por ley; *b)* estas deben ser necesarias; *c)* deben ser proporcionales, y *d)* deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. El elemento diferenciador en estos casos serán las particularidades del derecho de propiedad indígena y sus implicancias para la sobrevivencia de dichas comunidades. Por tanto, la consecuencia de esto es que “la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”.³⁵

La Corte tiene conciencia que en ciertos casos, sin perjuicio de la especial consideración que debe tener con la propiedad indígena, este juicio de ponderación de derechos puede llevar a la conclusión que el traspaso de tierras a la comunidad indígena sea imposible y en dicho evento el Es-

tida por el Estado. Por tanto, el tema se centró en la discusión sobre cuáles eran las medidas efectivas para concretar dicha obligación.

³² *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párrs. 131-132.

³³ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párrs. 144-149, 217; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párrs. 136-139, 212.

³⁴ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 135.

³⁵ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 148.

tado está obligado a entregar tierras alternativas o una justa indemnización con ciertos límites:

la elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.³⁶

Sobre las explicaciones que puede dar el Estado para adoptar una medida de este tipo, en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la Corte tuvo oportunidad de analizar los fundamentos entregados para justificar la imposibilidad de entregar las tierras ancestrales de la comunidad. El Estado entregó tres argumentos: que las tierras estaban siendo ocupadas por un tercero, que la propiedad estaba siendo explotada racionalmente y que los actuales poseedores estaban protegidos por un tratado bilateral de protección a la inversión de extranjeros.

La Corte descarta los tres argumentos: que haya un tercero en posesión no es un argumento admisible ya que en todo caso de esta especie habrá un tercero y por tanto, si se aceptara este razonamiento, nunca habría un conflicto posible de ser resuelto a favor de una comunidad.³⁷ El argumento sobre la explotación racional de las tierras es descartado haciendo referencia a que la óptica económica no es la única que debe tenerse en consideración en estos casos.³⁸ Finalmente, la existencia de un tratado bilateral no puede ser invocado, en particular teniendo en consideración que este acepta la posibilidad de expropiaciones y en especial que todo tratado económico debe ser compatible con la Convención Americana, “tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia”.³⁹

Para terminar su análisis del derecho de propiedad, es relevante el vínculo entre el respeto del derecho de propiedad del artículo 21.1 y la obliga-

³⁶ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 151.

³⁷ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 138.

³⁸ *Ibidem*, párr. 139.

³⁹ “Finalmente, en lo que respecta al tercer argumento estatal, la Corte no cuenta con el mencionado tratado firmado entre Alemania y Paraguay, pero según lo dicho por el propio Estado, el referido tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes ‘por causa de utilidad o interés público’, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas. Asimismo, la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 140.

ción general de respeto y garantía del artículo 1.1 de la CADH en materia de atribución de responsabilidad internacional al Estado. La responsabilidad de organizar el aparato público, tomar medidas adecuadas para garantizar el goce y ejercicio del derecho de propiedad indígena es de todo el Estado y sus agentes, de forma tal que “la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana”.⁴⁰

De esta forma, comprometen la responsabilidad del Estado todas aquellas autoridades que no toman las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas; las que no hacen primar las normas consuetudinarias acerca del goce del derecho, como de su reconocimiento en la legislación interna y en la administración y registro de la tierra; las que omiten tomar las medidas para delimitar y marcar dichos territorios; las que conceden su explotación a terceros, o permiten que esto ocurra; al no establecer procedimientos administrativos o de otro tipo para reivindicar tierras ancestrales; al no tomar las medidas de expropiación en caso que sea la forma adecuada de restituir la propiedad indígena; entre otras.

Es decir, cualquier actividad del Estado y sus agentes, ya sea de acción u omisión, que no permita el libre goce y ejercicio del derecho a la tierra sobre la base de las particularidades de la cultura indígena implica una violación a la Convención y, por tanto, hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional.⁴¹

3. DERECHO A LA VIDA

Dispone el artículo 4.1 de la CADH:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

El derecho a la vida tradicionalmente ha sido entendido como un derecho típicamente de abstención, esto es, un derecho que se considera satis-

⁴⁰ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 154.

⁴¹ “De conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos”, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 105.

fecho en la medida que el Estado, a través de sus agentes, no lo viole directamente. La Corte ha dado un alcance más amplio a este derecho y lo vincula directamente con medidas positivas y con los derechos económicos, sociales y culturales.

En las sentencias de los *casos Comunidad Indígena Yakye Axa y Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la Corte formuló interesantes consideraciones en el ámbito del derecho a la vida y, en particular, respecto de la situación de los miembros de comunidades indígenas.

La Corte parte su análisis destacando la especial naturaleza del derecho a la vida y las consecuencias que esta acarrea al momento de respetarlo y garantizarlo. En primer lugar la Corte señala que este derecho “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 atención a esta especial condición, la Corte determina que “no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida”, lo que en concreto se traduce en que “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”.⁴²

La Corte señala que una de las consecuencias del derecho a la vida es que el Estado, en su condición de garante, está obligado a “generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”. Esta obligación implica “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”.⁴³

Interesante es el paso siguiente que da la Corte, al analizar —en el caso concreto— cómo se aplica esta idea de una “vida digna” y las medidas que son exigibles respecto del Estado, en particular, por las condiciones de vida y particularidades culturales de sus titulares (todos miembros de una comunidad indígena).

En primer lugar, señala que debe determinar “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”. Pero su análisis va más allá y hace un vínculo con la “especial vulnerabilidad a la que fueron llevados [los miembros de la comunidad indígena], afectando su forma de vida diferente [sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la

⁴² Todas las citas de este párrafo corresponden a *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 161.

⁴³ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 162.

cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra] y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva”.⁴⁴

A juicio de la Corte esta situación debe ser analizada 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 No. 169 de la OIT.⁴⁵

Asumiendo lo que es una tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte vincula el derecho a la vida con el derecho a la salud y formula consideraciones interesantes respecto del alcance que puede tener el control internacional en estas materias.

Señala la Corte: “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia 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”. Ahora, respecto de las particularidades que adquiere esta situación en el caso de los pueblos indígenas, señala: “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”.⁴⁶

La Corte, además, tiene en consideración la actividad del Estado en razón de las particularidades culturales del grupo en cuestión. Señala, en primer lugar, que al no garantizar el derecho a la propiedad comunitaria, se “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”.⁴⁷

Finalmente, la sentencia se pronuncia acerca de la efectividad de las medidas adoptadas por el Estado y señala que si bien valora que se hayan tomado algunas, “considera que estas medidas no han sido suficientes ni

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 163.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 163.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 167.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 168.

adecuadas para revertir su situación de vulnerabilidad, dada la particular gravedad del presente caso”.⁴⁸

A diferencia del *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, en el cual sólo se consideró violado el derecho al acceso a condiciones de vida digna de los miembros de la comunidad, en la sentencia relativa al *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, la Corte sí consideró violado el derecho a la vida respecto de algunos integrantes de la comunidad muertos desde la entrada en vigencia de la Convención y desde la competencia de la Corte, atribuyendo responsabilidad al Estado por dichos fallecimientos.

El razonamiento de la Corte es el siguiente: el Estado debe adoptar “todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida” conforme lo dispuesto en los artículos 4.1 y 1.1. de la CADH. Estas medidas apropiadas implican “crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”.⁴⁹

A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen “deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”.⁵⁰

La visión de la Corte acerca de las obligaciones del Estado en esta materia merece algunos comentarios. Es interesante el análisis en cuanto fija la obligación general de adoptar medidas positivas como parte de la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1 en concordancia con el artículo 4 de la CADH (marco jurídico, investigación y sanción frente a casos de violación del derecho a la vida y crear condiciones que permitan el acceso a condiciones de vida digna). Enseguida, señala que frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho a la vida (condiciones personales o situación generalizada), el Estado está en la obligación de adoptar ciertas medidas especiales (“deberes especiales”) de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado. Este constituye un buen fundamento de las medidas de acción afirmativa a la luz de la obligación de garantía.

En todo caso, a juicio de la Corte para que el Estado viole esta obliga-

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 169.

⁴⁹ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya* (2006), párr. 153.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 154.

ción y pueda ser internacionalmente responsable, deben concurrir ciertos requisitos:

es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada.

Por tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la imputación de responsabilidad:

para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.⁵¹

A juicio de la Corte, en el caso concreto de la comunidad Sawhoyamaxa la medida adecuada para enfrentar la situación de la comunidad era la entrega de tierras.⁵² Además, frente a la grave situación de hecho que vivía la comunidad, era necesario adoptar medidas preventivas efectivas mientras se resolvía el fondo del asunto. El decreto de emergencia dictado, sin que fuera acompañado de una acción gubernamental efectiva, a juicio de la Corte, no es una medida adecuada, de aquellas que previsiblemente se pueden esperar de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.⁵³

Aplicando estos parámetros, la Corte determina la responsabilidad del Estado paraguayo respecto de una serie de integrantes de la comunidad Sawhoyamaxa, muertes “atribuibles a la falta de prevención adecuada y adopción de suficientes medidas positivas por parte del Estado, el que estaba al tanto de la situación de la Comunidad y era razonable esperar que actuara”.⁵⁴

Sin duda este razonamiento es un avance respecto al *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa*, en el cual, la Corte en voto dividido, erradamente, determinó que el Estado había violado el 4.1 en cuanto al acceso a condiciones de vida digna, pero determinó que no era posible atribuir responsabilidad al Estado por las muertes de los integrantes de dicha comunidad.⁵⁵

⁵¹ Ambas citas corresponden a *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 155.

⁵² *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 164.

⁵³ *Ibidem*, párrs. 167-170.

⁵⁴ A modo de ejemplo, ver *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 172.

⁵⁵ Ver un interesante voto disidente de los jueces Cançado y Ventura en *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa* (2005), quienes sostienen esta contradicción en el voto de mayorías.

4. RECURSOS EFECTIVOS

El artículo 25.1 de la CADH señala:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

La Corte también ha tratado la situación en la cual existe el reconocimiento de derechos, pero no existen los mecanismos adecuados y eficaces para hacerlos valer en el derecho interno. Esta es una materia trascendental en el tema indígena atendido los sucesivos reconocimientos formales de derechos indígenas en las legislaciones nacionales del continente, pero sin un cumplimiento efectivo de estos.

En materia de recursos efectivos debemos analizar cómo un derecho es garantizado adecuadamente en la legislación interna. Cada derecho convencional debe ser garantizado por el Estado de forma tal que este pueda ser plenamente gozado y ejercido por las personas;⁵⁶ además, la Convención establece, a través de su artículo 25, una obligación especial para el Estado, la cual es establecer en su legislación recursos judiciales sencillos y rápidos que permitan reclamar el goce y pleno ejercicio de los derechos convencionales y también de los derechos constitucionales o legales.

¿Cuál ha sido el camino que tomó la Corte para resolver esta materia? En primer lugar, ha fijado los estándares aplicables al artículo 25.1 de la CADH invocando su propia jurisprudencia, en la que ha establecido con precisión que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido y que este es un derecho básico en el sistema de protección de los derechos humanos; que la inexistencia de este recurso constituye una trasgresión de la Convención; y, que es deber del Estado asegurar que dicho recurso sea eficaz para resolver la situación para la cual ha sido creado.⁵⁷

A continuación, plantea la pregunta fundamental para resolver sobre la efectividad de los recursos: si estos existen y en caso que hayan sido usados, si fueron resueltos cumpliendo con las exigencias antes señaladas.

En cuanto a la existencia de estos recursos en la legislación, es interesante el caso resuelto por la Corte ya que en las legislaciones nacionales, en el caso de de Nicaragua existen variadas normas, de diverso rango, que tratan sobre el tema indígena. La Corte reconoce y analiza en el *Caso Comunidad Mayagna* la legislación interna (Nicaragua), pero llega a la conclusión que, respecto del caso específico, esto es, la delimitación y demarcación de

⁵⁶ Esta es una consecuencia de la obligación general de garantía de los derechos establecida en los arts. 1 y 2 de la CADH.

⁵⁷ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párrs. 112-114

territorio indígena, la legislación interna “no establece un procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares”.⁵⁸ A juicio de la Corte para el caso de la propiedad indígena era necesario un procedimiento específico, que atendiera a las características especiales de la propiedad indígena.⁵⁹ Por último, para comprobar la violación del derecho convencional, la Corte tiene en consideración un aspecto factual: que en Nicaragua no se han titulado tierras de carácter indígena.⁶⁰ Todos estos elementos la hacen concluir que “no existe un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas”.⁶¹

En cuanto a la efectividad de los recursos utilizados en la legislación interna, la Corte también fija los criterios para determinar si estos cumplen con las exigencias convencionales. En primer lugar, se determinó que las comunidades habían interpuesto una serie de recursos en la legislación interna de Nicaragua,⁶² por lo que formalmente se tiene por establecida la existencia de los recursos. En cuanto a las exigencias de fondo, la Corte sostiene que la institución procesal del amparo es un mecanismo adecuado en la medida que garantice un procedimiento breve y sencillo.⁶³ En consecuencia, este recurso para ser efectivo debe ser tramitado en un plazo breve, si no se cumple con este requisito “los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si en la adopción de la decisión sobre éstos incurre en un retardo injustificado”.⁶⁴ Para dar efectividad a los recursos y conforme lo preceptuado en el artículo 1.1 de la CADH, el Estado deberá asegurarse de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz y asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales.⁶⁵

La sentencia concluye su análisis en los siguientes términos:

La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 123.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 124.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 126.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 127.

⁶² *Ibidem*, párrs. 129-130.

⁶³ *Ibidem*, párr. 131.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 134. Ver además: *Caso Ivcher Bronstein* (2001), párr. 137; *Caso del Tribunal Constitucional* (2001), párr. 93; y *OC-9/87*, párr. 24.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 135.

Awás Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.⁶⁶

En los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, el tema era la efectividad de los procedimientos de reivindicación de tierras. La Corte señaló que dichos procedimientos debían ser efectivos y tramitados de acuerdo con las normas del debido proceso.⁶⁷

En particular, en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* la Corte entró al análisis del procedimiento administrativo diseñado por el Paraguay para la reivindicación de tierras. Estableció que este no reunía los requisitos mínimos conforme a la Convención Americana. En efecto, la Corte señaló que dicho procedimiento tenía un énfasis en aspectos económicos y que no consideraba el elemento central que debe tenerse en cuenta al resolver casos sobre propiedad indígena: elemento cultural. Además, el procedimiento sólo contemplaba un rol mediador de la autoridad estatal, sin que esta tuviera facultades resolutorias, lo que le quitaba efectividad al procedimiento. Finalmente, señaló que dicho procedimiento estaba basado en gestiones administrativas (informes) que eran de cargo del Estado impulsar, lo que no ocurría en la práctica.⁶⁸

De esta forma, la Corte concluye que a la luz de la obligación general del artículo 1.1 de la CADH queda establecida la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias en el derecho interno para crear un mecanismo eficaz que tenga en consideración los aspectos culturales involucrados para un real goce y ejercicio del derecho a la propiedad indígena.⁶⁹

Estas conclusiones pueden ser extrapoladas a las obligaciones que tiene el Estado de asegurar efectivamente todo derecho de las comunidades indígenas a través de mecanismos eficaces y que tengan en consideración las particularidades culturales propias de las etnias del continente. Esto cobra importancia porque las legislaciones indígenas en el continente tienen relación no sólo con el tema del derecho a la tierra, sino que también con el goce y ejercicio de otros derechos, todos los cuales debieran contar con re-

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 138.

⁶⁷ El razonamiento de la Corte fue: el artículo 8 consagra el derecho a ser oído en un plazo razonable, ahora, un procedimiento administrativo que toma más de 11 años sin dar una respuesta a la petición formulada —demora “desproporcionada” a juicio de la Corte— es incompatible con la Convención Americana (*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 97).

⁶⁸ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párrs. 104-108.

⁶⁹ “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores usos y costumbres”, Corte IDH. *Caso Yatama* (2005). En el mismo sentido, ver *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 63; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 83.

recursos para su exigibilidad en el plano interno que cumplan con los criterios mínimos establecidos por la Corte.

No puedo dejar de mencionar el hecho de que los recursos para hacer exigibles los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deberán ser culturalmente accesibles, esto es, en cuanto a su presentación y tramitación. Deberán adecuarse a las tradiciones comunitarias, a la lengua, a las formalidades propias de la cultura y ser resueltos de acuerdo con un procedimiento adecuado a los fines perseguidos. Si no se cumple con estos requisitos los recursos no debieran ser considerados adecuados para la efectiva protección de los derechos indígenas.

5. DERECHOS POLÍTICOS

El artículo 23 de la CADH dispone:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

El artículo 24 dispone:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

En la sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, se trató el tema de los derechos políticos de una comunidad indígena en el marco de un proceso electoral que la dejó fuera por estar limitada la participación a los partidos políticos, excluyendo otro tipo de organizaciones. Este caso permitió a la Corte abordar de una manera amplia el derecho a la participación política, fijando ciertos criterios generales y también cuestiones particulares sobre la participación de las comunidades indígenas en procesos de elección de autoridades.

El punto de partida para el análisis de la Corte es la igualdad y las obligaciones que tiene el Estado de garantizar el goce y ejercicio de los derechos

sin discriminación (art. 24 de la CADH). Desde este punto analiza el contenido y alcance de los derechos políticos.⁷⁰

A la luz del artículo 23 de la CADH la Corte señala que los derechos que allí se consagran son: “a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad”.⁷¹ Desarrollando la obligación del Estado de garantizar estos derechos, la Corte señala que: “es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para [que] dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”.⁷²

La Corte ha desarrollado una visión amplia del derecho a la participación, aclarando que tiene una naturaleza dual, esto es, un derecho con dimensiones individuales y colectivas. El derecho a la participación política no se limita, pues, a la elección de las autoridades, sino que implica poder influir en el diseño e implementación de las decisiones colectivas, sea a través de la acción directa, sea por medio de representantes.

La Corte analiza cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar el goce de los derechos políticos en el marco de una sociedad democrática. Para ello vincula la efectividad de las medidas con la situación de hecho de sus destinatarios. Al efecto señala: “dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.⁷³

Es interesante el hecho de que la Corte entra a analizar las particularidades de la participación de las comunidades indígenas en procesos democráticos.⁷⁴ Señala la Corte que restringir la participación política exclusivamente a través de partidos, forma de organización que no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua, implica una restricción al derecho a la participación política, que al no estar dirigido a un “propósito útil y oportuno que la torne [a la medida de restricción] necesaria para satisfacer un interés público imperativo”, es una restricción ilegítima y, por tanto, violatoria de las obligaciones convencionales.⁷⁵

La Corte formula una consideración general sobre las restricciones que se impongan a organizaciones distintas a los partidos políticos:

⁷⁰ *Caso Yatama* (2005), párrs. 184-189.

⁷¹ *Ibidem*, párr. 194.

⁷² *Ibidem*, párr. 195.

⁷³ *Ibidem*, párr. 201.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 202.

⁷⁵ *Ibidem*, párrs. 218-219.

cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos.⁷⁶

Termina su análisis indicando cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar la participación de la comunidad indígena Yatama: “en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos...”. Después agrega ciertas condiciones específicas sobre la forma de la participación de las comunidades indígenas: “hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención”.⁷⁷

Como puede verse la forma en que la Corte aborda este problema es consistente con la tesis que hemos sostenido en este artículo sobre lo que ha sido su jurisprudencia en temas indígenas, analizar el contenido y alcance de cada derecho teniendo presente en su análisis la situación de hecho y las particularidades culturales de las comunidades indígenas del continente.

6. REPARACIONES

El artículo 63.1 de la CADH dispone:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad 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.

En la jurisprudencia relativa a reparaciones destacan tres elementos: el realce que tiene el tema de la tierra, la vinculación de medidas reparatorias que busquen paliar la situación de vulnerabilidad económica y social de las comunidades indígenas y la consideración de aspectos culturales al momento de diseñar una política de reparaciones.

Sobre la relevancia de la tierra, destacan las medidas reparatorias en

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 220.

⁷⁷ Ambas citas corresponden a *Caso Yatama* (2005), párr. 225.

orden a demarcar y delimitar los territorios de propiedad indígena,⁷⁸ la entrega de tierras ancestrales o la entrega de tierras alternativas⁷⁹ y la adecuación de la legislación interna con el fin de hacer efectivos estos derechos más allá de los casos puntuales presentados a su conocimiento.⁸⁰ Sin duda estas medidas de reparación son las centrales en los casos relativos a derechos indígenas, lo que marca, una vez más, la relevancia de este tema al enfrentar la cuestión indígena en la región.

En segundo lugar, atendidas las particularidades de la situación en la que se encuentran gran parte de las comunidades indígenas en la región, en los casos en que la Corte ha debido resolver cuestiones vinculadas a comunidades indígenas ha dispuesto medidas que busquen paliar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las comunidades. Por una parte, ha dispuesto la entrega de suministros básicos para hacer frente a la situación de las comunidades, entre tanto se resuelven la entrega de tierras.⁸¹ Asimismo, con una mirada de más largo plazo, la Corte ha dispuesto la creación de “fondos” y “programas” de desarrollo comunitario, que le permitan a la comunidad contar con recursos para hacer frente a su situación de vulnerabilidad a más largo plazo.⁸²

En cuanto al tercer elemento al que hemos hecho referencia, el cultural, también ha sido tomado en consideración al resolver otros casos, en los cuales si bien no se veían alegatos de derechos indígenas, el elemento cultural estuvo presente a la hora de las reparaciones.

El primer caso en esta línea es el relativo a las reparaciones en el *Caso Aloeboetoe v. Surinam*,⁸³ el que se basaba en la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de siete personas pertenecientes a una comunidad indígena a manos del ejército de Suriname. La Corte, previo reconocimiento de responsabilidad por parte de Surinam, procedió a determinar las indemnizaciones conforme al artículo 63.1 de la CADH. Al momento de determinar a los titulares de las indemnizaciones se encontró con particularidades culturales propias de esta comunidad; en efecto, la Corte siguió el criterio que los titulares de las indemnizaciones debían ser, entre otros, los hijos, el cónyuge y los ascendientes de las vícti-

⁷⁸ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 164.

⁷⁹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párrs. 215-218; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párrs. 210-214.

⁸⁰ *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 164; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 225; *Caso Yatama* (2005), párrs. 254, 259; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párrs. 234-235.

⁸¹ Ver el apartado sobre Reparaciones en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 221 y también en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 229.

⁸² *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005), párr. 205 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 224.

⁸³ *Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones* (1993).

mas, todos determinados de acuerdo al derecho local.⁸⁴ Así se encontró con que los potenciales herederos de las víctimas pertenecían a una comunidad indígena que se regía en sus relaciones familiares por su costumbre y no por la normativa de Surinam.⁸⁵ Ante la disyuntiva de qué derecho aplicar, la Corte optó por seguir el derecho consuetudinario de la comunidad, argumentando en que éste era el derecho eficaz en la región.⁸⁶

Un caso similar, fue el seguido contra Guatemala por la desaparición forzada del Sr. Bámaca Velásquez. En este caso, al momento de determinar si una hermana de la víctima debía ser considerada para los efectos indemnizatorios, se recurrió a “características de la cultura maya, *etnia mam* a la que pertenece la familia Bámaca Velásquez”⁸⁷ para justificar que no se diera a conocer su existencia hasta esa instancia reparatoria en el juicio. El fundamento de esta decisión fueron “las dificultades idiomáticas y de comunicación con la familia Bámaca Velásquez, que es una familia mam, ‘mucho más cerrada en la manera de comunicar ciertas cosas de su vida cotidiana’”⁸⁸

Otro aspecto relevante al momento de determinar derechos individuales desde la perspectiva cultural indígena es el caso de la determinación del destino de los restos mortales de personas detenidas y desaparecidas pertenecientes a comunidades indígenas. En el *Caso Bámaca Velásquez* la Corte tuvo en consideración “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”,⁸⁹ para luego justificar esta postura en los antecedentes culturales de dicha etnia en cuanto a su cosmovisión de la muerte.⁹⁰

También la Corte ha tomado en consideración la estructura familiar a efectos de determinar la indemnización por muerte de uno de sus miembros. En el *Caso Bámaca*, al momento de determinar la indemnización por daños materiales con ocasión del asesinato del hijo mayor de una familia maya, *etnia mam*, la Corte tuvo en consideración “la costumbre maya de que el hijo mayor suele hacer aportes al sostenimiento de sus padres y hermanos”.⁹¹ Asimismo, se utiliza el mismo criterio para los efectos de determinar la indemnización por daño moral.⁹²

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 62.

⁸⁵ *Ibidem*, párrs. 54, 62-64.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 62.

⁸⁷ *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones* (2002), párr. 36.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 81.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, párr. 52.

⁹² “...dadas las particularidades de la cultura maya, *etnia mam*, para el núcleo familiar de Bámaca Velásquez la pérdida del soporte emocional y económico del hijo mayor significó grandes sufrimientos”, *Ibidem*, párr. 65.b).

Ahora, en el plano indemnizatorio, la Corte no ha tenido un criterio de pleno reconocimiento a la autonomía de las comunidades. En efecto, se ha buscado una solución híbrida, por ejemplo en el *Caso Mayagna Awas Tigni* se reconoce un titular colectivo del derecho a indemnización, pero no le da autonomía para decidir su uso.⁹³ En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, da un paso ya que reconoce a los líderes y dispone que las indemnizaciones que corresponden a la comunidad le sean entregadas a los líderes, pero en la principal medida, la creación del fondo de desarrollo comunitario, crea un Comité de Administración.⁹⁴

No vemos razón para haber ordenado una indemnización que no fuera el pago directo a la comunidad del monto total; la inversión de dichos montos debiera ser una decisión autónoma de la comunidad y sin necesidad de supervisión alguna. Este es un punto criticable de la sentencia ya que en él se trasunta una visión paternalista que debiera ser rechazada, en especial por un órgano internacional que en el mismo fallo ha propugnado por el respecto pleno y total de los derechos indígenas.

En conclusión, estos fallos de la Corte han tenido avances y retrocesos. El avance, haber ordenado medidas que benefician a toda la comunidad y haber considerado a la comunidad como titular de derechos; el retroceso, no haber reconocido autonomía a la comunidad para decidir el destino de la indemnización.

BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, J. y WILLIAMS, R. *The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*, 14 Harv. Hum. Rts. J. 33, Spring (2001).

JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA CITADA

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A, No. 9.

Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, No. 15.

Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones (Artículo 63.1 Convención

⁹³ “[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 Tigni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana”, *Caso Comunidad Mayagna* (2001), párr. 167.

⁹⁴ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 225.

- Americana sobre Derechos Humanos*), sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, No. 91.
- Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 16 de febrero de 2001. Serie C, No. 74.
- Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71.
- Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125.
- Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia 23 de junio de 2005. Serie C, No. 127.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146.