



## Aviso Legal

### Capítulo de libro

#### Título de la obra:

Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un aporte para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

#### Autor:

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo

#### Forma sugerida de citar:

Ferrer, E. (2021). Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un aporte para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En A. Díaz-Tendero (Ed.), *Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe*, Tomo II (417-449). Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe.

#### Publicado en el libro:

*Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe*, Tomo II

Diseño de portada: M.A.V. Marie-Nicole Brutus H.

ISBN: 978-607-30-4381-6

Los derechos patrimoniales del capítulo pertenecen a la Universidad Nacional Autónoma de México. Excepto donde se indique lo contrario, este capítulo en su versión digital está bajo una licencia Creative Commons Atribución-No comercial-Compartir igual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0 Internacional). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>



D.R. © 2021 Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C. P. 04510, México, Ciudad de México.

Centro de Investigación sobre América Latina y el Caribe  
Piso 8 Torre II de Humanidades, Ciudad Universitaria, C.P. 04510, Ciudad de México. <https://cialc.unam.mx/>  
Correo electrónico: betan@unam.mx

Con la licencia:



Usted es libre de:

- ✓ Compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.
- ✓ Adaptar: remezclar, transformar y construir a partir del material.

Bajo los siguientes términos:

- ✓ **Atribución:** usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.
- ✓ **No comercial:** usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.
- ✓ **Compartir igual:** si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.

Esto es un resumen fácilmente legible del texto legal de la licencia completa disponible en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>  
En los casos que sea usada la presente obra, deben respetarse los términos especificados en esta licencia.

# 12. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA: UN APOORTE PARA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

## I. INTRODUCCIÓN

A nivel mundial existen más de 5 000 grupos distintos en unos 90 países que hablan aproximadamente 7 000 lenguas, según datos de la ONU en 2017.<sup>1</sup> Estos 5 000 grupos están constituidos por 370 millones de personas indígenas y tribales, es decir, más del 5% de la población mundial, encontrándose entre las poblaciones más desfavorecidas y vulnerables representando el 15% de los más pobres.<sup>2</sup>

\* Publicado en *Cuadernos Americanos* 164, México, UNAM, 2018/2, pp. 21-44. Ponencia presentada con motivo de la *Cátedra Extraordinaria Rigoberta Menchú Tum*, mesa “Balance y perspectivas: a 10 años de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (Auditorio Mario de la Cueva, Torre II Humanidades, Ciudad Universitaria, UNAM, 3 de octubre de 2017).

<sup>1</sup> Información disponible en: <http://www.un.org/es/events/indigenousday/>

<sup>2</sup> *State of the World's indigenous peoples*, ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Política Social y Desarrollo, Secretaría Permanente para las cuestiones indígenas, ST/ESA/328, Nueva York, 2009, p. 21.

En el caso de América Latina, el Banco Mundial estimó que según datos disponibles del último censo muestran que en 2010 existían alrededor de 42 millones de personas indígenas en América Latina, lo que representaba casi el 8% de la población total.<sup>3</sup> Por otro lado, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estimó que para el 2010 la población indígena era de casi 45 millones y se habían contabilizado 826 pueblos indígenas, 200 de los cuales quizá vivan en aislamiento voluntario.<sup>4</sup> Según la CEPAL, los países con mayor cantidad de población indígena son México (15.1 millones de personas),<sup>5</sup> Perú (7 millones de personas),

<sup>3</sup> *Latinoamérica indígena en el siglo XXI*, Banco Mundial, Washington, D.C., 2015, p. 10.

<sup>4</sup> Respecto de la población en aislamiento voluntario, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que: “16. Es imposible saber cuántos pueblos o personas indígenas permanecen en aislamiento, pero algunos cálculos se refieren a unos 200 pueblos y aproximadamente 10.000 personas. Habitan en las zonas más remotas y de difícil acceso de Sudamérica, en la selva amazónica y la región del Gran Chaco. Entre los pueblos en aislamiento o contacto inicial identificados en la región se encuentran los Akuntsu, Awá-Guajá, Gavião, Hi Merimã, Janinawá, Japá, Jururei, Kaiapó, Kanoe, Katawixi, Korubo, Kulina, Masco, Mashco Piro, Makú, Nambikuara, Pano, Pirititi, Tupi Kawahiv, Waiãmpi, Zo'é, Zuruahã, en Brasil; los Abijira, Amahuaca, Arabela, Ashánika, Cacataibo, Caquinte, Curanjeño, Iñapari, Iscobaquebu (Remo), Isconahua, Iquito, Kapanahua, Kirineri, Korubo, Maraktoa, Marubo, Mashco Piro, Mastanahua, Matis, Matsés, Matsigenka, Mayoruna, Murunahua-Chitonahua, Nanti, Pananujuri, Pano, Sharanahua, Taushiro, Waorani, Yaminahua, Yine y Zápara en Perú; los Araona, Ayoreo (Ayoréode), Baure, Cavineño, Chacobo, Esse Eja, Guarasug'we, Machineri, More, Mosekene, M'bya Yuki, Pacahuara, Tapiete, Toromona, T'simanes (Chimanes), Sirionó, Uru Chipaya, Uru Iruito, Uru del Lago Poopo, Uru Murato, Yaminahua, Yora, Yuracaré y Yuqui (Yuki) en Bolivia; los Tagaeri, Taromenane y Waorani en Ecuador; grupos del pueblo Ayoreo y los Mby'á en Paraguay; los Hoti, Piaroa y Yanomami en Venezuela; los Nükak (Makú), y los Yuri, Arojes o Carabayos en Colombia, entre otros no identificados”. CIDH, *Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13 30 diciembre 2013, párr. 16.

<sup>5</sup> En el caso mexicano, en el 2017 la Dirección General de Análisis Legislativo “Belisario Domínguez”, del Senado de la República, en el marco del Día Internacional de los Pueblos Indígenas, analizando información del Instituto Nacional

Bolivia (6.2 millones de personas), Guatemala (5.9 millones de personas), Chile (1.7 millones de personas), Colombia (1.6 millones de personas), Ecuador (1 millón de personas) y Brasil (900 000 personas); por otro lado, según el mismo organismo de la ONU, los países con el mayor número de pueblos indígenas son Brasil (305), Colombia (102), Perú (85), México (78) y Bolivia (39). Igualmente 70 pueblos indígenas en Brasil, 35 en Colombia y 13 en Bolivia se encuentran en peligro de desaparición física o cultural.<sup>6</sup>

En este contexto, en el presente trabajo me centraré a visibilizar algunos aspectos torales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal Interamericano) ha desarrollado en su jurisprudencia sobre los pueblos indígenas y tribales como un grupo en situación de vulnerabilidad.<sup>7</sup> A través de esta protección

---

de Estadística y Geografía (INEGI) y de la Comisión Nacional para el Desarrollo Indígena (CDI) arrojó los siguientes datos: 1. México ocupa el octavo lugar en el mundo entre los países con la mayor cantidad de pueblos indígenas, 2. Es el segundo país de América, después de Perú, con el mayor volumen de población de origen étnico, la cual reside fundamentalmente en zonas rurales y de alta marginación. 3. El monto de la población indígena mexicana rebasa la cantidad de habitantes de países como Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay. 4. En 2015, a partir de la Encuesta Intercensal y el criterio de hogar indígena, la CDI estimó en 12 025 947 el monto de población indígena, que constituyó 10.1% de la población nacional. 5. 75% de las y los indígenas se concentraban en 8 entidades federativas: Oaxaca (24.4%), Chiapas (14.2%), Veracruz (9.2%), Estado de México (9.1%), Puebla (9.1%), Yucatán (8.8%), Guerrero (5.7%) e Hidalgo (5.0%). *Cfr. Al día las cifras hablan, Día Internacional de los Pueblos Indígenas*, núm. 71, Dirección General de Análisis Legislativo “Belisario Domínguez”, del Senado de la República.

<sup>6</sup> *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago de Chile, CEPAL-ONU, 2014, pp. 43-45.

<sup>7</sup> La Corte IDH ha externado que: “102. La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades

especial los pueblos indígenas y tribales han tenido una importante presencia en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano. A la fecha, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en materia indígena y tribal sobre diferentes temáticas, entre las que destacan ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, masacres, desplazamiento forzado interno, violación sexual como forma de tortura en los casos de mujeres indígenas, participación política, personalidad jurídica, discriminación de *facto* hacia las poblaciones indígenas, condiciones de vida digna, uso del idioma y los derechos vinculados con la propiedad territorial indígena y tribal colectiva. En este último se derivan obligaciones concretas de gran relevancia, como la obligación de consulta y la obligación de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento.

Antes de abordar las temáticas descritas, es necesario enmarcar el *corpus iuris* en el cual se ha basado la Corte IDH en materia indígena y tribal. Además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha considerado principalmente: el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, los Pactos Internacionales de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos de 1966, las Observaciones y Recomendaciones Generales de Comités de Naciones Unidas,<sup>8</sup> la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos<sup>9</sup> y la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos

---

de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”. *Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C núm. 149, párr. 102.*

<sup>8</sup> Véase, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General núm. 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, 22 de agosto de 1997 o Comité de los Derechos del Niño, *Observación General núm. 11: los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención de los Derechos del Niño*, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

<sup>9</sup> Véase al respecto: *Apirana Mahuika y otros vs New Zealand*, Comunicación núm. 547/1993, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

Humanos.<sup>10</sup> Es en este escenario de un vasto *corpus iuris*, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2017 cumplió 10 años de ser aprobada en el seno de la ONU; por otro lado, de manera más reciente, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016, constituye otro pilar fundamental que seguramente será motivo de desarrollos importantes en la jurisprudencia interamericana. También conviene destacar que la Corte IDH ha utilizado los pronunciamientos de Altos Tribunales latinoamericanos para ir ampliando su jurisprudencia, ya que por la vía interpretativa han tenido avances muy importantes las jurisdicciones nacionales en la materia.<sup>11</sup>

A grandes rasgos, la jurisprudencia indígena se puede dividir en dos grandes bloques. Por una parte, los temas que no se encuentran vinculados con la propiedad colectiva indígena y, por otra, los relacionados propiamente con los territorios indígenas. Antes de abordar estos dos apartados, nos referiremos brevemente a las Declaraciones Universal y Americana sobre la materia como instrumentos fundamentales en el derecho internacional.

## II. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A 10 AÑOS DE SU ADOPCIÓN: SU INFLUENCIA SOBRE LA DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Un dato característico del derecho internacional de los derechos humanos ha sido que este ha propugnado por dar una mayor y mejor especificidad a ciertos grupos que han sido históricamente discriminados. De esta manera encontramos que se han aprobado

<sup>10</sup> Véase al respecto: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*, Comunicación 276/03.

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C núm. 245, párr. 164.

instrumentos internacionales relativos a los derechos de las mujeres, de las personas migrantes, de las personas con discapacidad, entre otros. Un gran antecedente de lo que sería la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante “DNUDPI”) fue el trabajo realizado con la Organización Internacional del Trabajo en la elaboración del Convenio núm. 107 (1957) y con posterioridad el Convenio No. 169 (1989).

En el marco de Naciones Unidas, en 1982 se creó el primer mecanismo para atender las cuestiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas.<sup>12</sup> Este mismo mecanismo fue el que se encargó de redactar un primer proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos Indígenas.<sup>13</sup> El proyecto fue aprobado en 1994 y fue sometido a la Comisión de Derechos Humanos.<sup>14</sup> El Consejo de Derechos Humanos lo aprobó en su primer período de sesiones, celebrado en junio de 2006, con 30 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones.<sup>15</sup>

La aprobación de la Declaración significó la finalización, por más de dos décadas, de negociaciones entre Estados, pueblos indígenas y organizaciones de la sociedad civil. La Declaración es el instrumento internacional en el seno de Naciones Unidas más amplio en lo tocante a los derechos de los pueblos indígenas.<sup>16</sup> Este

<sup>12</sup> Información disponible en: Resolución aprobada por la Asamblea General 49/214, *Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas en el Mundo*, A/RES/49/214, 17 de febrero de 1995, p. 2.

<sup>13</sup> Comisión de Derechos Humanos, Discriminación contra los Pueblos Indígenas, *Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1993/26, 8 de junio de 1993.

<sup>14</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General 49/214, *Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas en el Mundo*, A/RES/49/214, 17 de febrero de 1995, párr. 5 y Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos.

<sup>15</sup> Resolución 2006/2 del Consejo de Derechos Humanos.

<sup>16</sup> Cfr. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Suiza, 2013, p. 6.

instrumento ocupa una posición especial dentro del sistema de la ONU. Esto se debe, en gran parte, al modo en que fue negociada, con sus principales beneficiarios, los pueblos indígenas, directamente implicados en cada etapa del proceso de establecimiento de normas.<sup>17</sup>

Ahora bien, debe destacarse la influencia de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 en la más reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al representar aquella un importante punto de partida para el reconocimiento de los derechos indígenas en este instrumento.<sup>18</sup> Ambas Declaraciones comparten algunos rasgos similares como el derecho a la libre determinación,<sup>19</sup> la plena vigencia de todos los derechos humanos,<sup>20</sup> el reconocimiento de los pueblos indígenas en tanto individuos pero también como sujetos colectivos,<sup>21</sup> el derecho a pertenecer a un pueblo indígena,<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Sambo, Dorough, Dalee, *La significación de la Declaración de los* Transaction Publisher, *Derechos de los Pueblos Indígenas su futura aplicación*, p 285 en Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (ed.), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, Copenhague, 2010.

<sup>18</sup> Cfr. OEA, *Cuadro comparativo entre el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, OEA/Ser.K/XVGTADIN/doc.317/07rev.1, 14 de marzo de 2008. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN\\_doc\\_317-07\\_rev1\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_317-07_rev1_esp.pdf)

<sup>19</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. III y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 3.

<sup>20</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. V y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 1.

<sup>21</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. VI y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 1.

<sup>22</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. VIII y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 9.

el rechazo a la asimilación,<sup>23</sup> la protección contra el genocidio<sup>24</sup> o el derecho a la consulta,<sup>25</sup> entre otros. Sin embargo, la Declaración Americana contempló algunas cuestiones que no se recogieron en la Declaración de la ONU como el hecho de que se reconoce de manera expresa la auto identificación en tanto pueblos indígenas,<sup>26</sup> el derecho a la identidad cultural o a la integridad cultural<sup>27</sup> o el derecho a un medio ambiente sano y su relación con las comunidades indígenas.<sup>28</sup> Así, en la Declaración Americana se recogen importantes aspiraciones para la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales de nuestra región en conjunción con la Declaración Universal.

Como se había mencionado, la Corte IDH hace uso de diferentes fuentes de derecho internacional; en este marco es donde la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha sido utilizada para fundamentar sus decisiones. Por ejemplo, en el caso *Kuna de Mandungandi y Emberá de Bayano vs Panamá*, el Tribunal Interamericano recordó “que los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídica de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas”.<sup>29</sup>

En el caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs Honduras*, la Corte IDH consideró que la Declaración de las Naciones Unidas

<sup>23</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. X y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 8.

<sup>24</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XI y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art. 7.

<sup>25</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 23.2, 28.3 y 29.4 y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas arts. 16, 17, 19, 30, 32, 36 y 38.

<sup>26</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. I.

<sup>27</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas art. XIII.

<sup>28</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XIX.

<sup>29</sup> *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 118.

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica en su artículo 25 que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.<sup>30</sup>

En el mismo sentido, en el caso de la *Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs Honduras* la Corte IDH externó a la luz del artículo 26 de dicha Declaración “el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”, así como el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar esas tierras, por lo que los Estados deben asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esos territorios respetando las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígena”.<sup>31</sup>

Finalmente en el caso *Kaliña y Lokono vs Surinam*, el Tribunal Interamericano expresó —en relación a los derecho políticos— que el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas establece “el derecho [de los pueblos indígenas] a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes”; y el artículo 32, en lo pertinente, dispone el deber de los Estados de “celebrar consultas y cooperación de buena fe [...] antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras [...], particularmente en relación con [la utilización o la explotación de recursos minerales]”.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 136.

<sup>31</sup> *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 174.

<sup>32</sup> *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 202.

Como podemos observar, la Declaración de Naciones Unidas en la materia, ha ayudado a ir consolidando una mayor protección para las comunidades que tienen un especial vínculo ancestral con sus territorios. Sin lugar a dudas la llegada de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en nuestro sistema de protección de derechos humanos, robustecerá todavía más esta protección internacional. Debe precisarse que la Corte IDH ha utilizado esta Declaración en la reciente Opinión Consultiva núm. 23 (2017) sobre *Medio Ambiente y Derechos Humanos* para precisar el reconocimiento expreso de derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo en el art. 19 de esa Declaración.<sup>33</sup>

### III. TEMAS NO VINCULADOS CON LA PROPIEDAD COLECTIVA INDÍGENA

#### 1. *Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas*<sup>34</sup>

En los casos de las comunidades indígenas y tribales, la Corte IDH ha utilizado su jurisprudencia constante relativa a las obligaciones de respeto al derecho a la vida (en el caso de ejecuciones extrajudiciales) y de prohibición de desaparición forzada (violación del

<sup>33</sup> *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal -interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 58.

<sup>34</sup> *Casos de Ejecuciones extrajudiciales: Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam, Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala, Moiwana vs Surinam, Caso Escué Zapata vs Colombia, Masacre de Rio Negro vs Guatemala, Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs Guatemala. Casos de Desaparición Forzada: Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, Caso Caso Tiu Tojín vs Guatemala, Chitay Nech y otros vs Guatemala, Masacre de Rio Negro vs Guatemala y Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs Guatemala.*

derecho a la personalidad jurídica, a la vida, integridad personal, a la personalidad jurídica, garantías judiciales y acceso a la justicia). Lo característico en estos casos han sido *los efectos indirectos que tienen estas violaciones de derechos humanos en las familias o en las comunidades*. Así encontramos, por ejemplo, la imposibilidad de que se les de a las víctimas de desaparición forzada sepultura de acuerdo a las costumbres o bien que las comunidades se vean impedidas de honrar a sus muertos, los efectos amedrentadores por la ejecución o desaparición de líderes indígenas o el desplazamiento forzado, como analizaremos a continuación.

#### Efectos relativos a la imposibilidad de dar sepultura de acuerdo a sus costumbres

Si bien la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales son violaciones graves de derechos humanos en el derecho internacional, y ha empezado a surgir un derecho “a conocer la verdad” de lo ocurrido, en el caso de las comunidades indígenas este derecho tiene especial significación y relevancia dado los aspectos culturales que rodean los ritos de sepultura de los miembros de las comunidades. Los primeros acercamientos de esta cuestión los encontramos en los casos *Bámaca Velásquez* (desaparición forzada) y *Masacre Plan de Sánchez* (ejecución extrajudicial sumaria). En el caso *Bámaca Velásquez* —como medida de reparación— la Corte IDH consideró en cuanto a la violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que el Estado debía localizar y hacer entrega de los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez a sus familiares, *a fin de que reciba sepultura según sus costumbres y creencias religiosas*.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> *Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 79.

En el caso *Masacre Plan de Sánchez*, la Corte IDH externó que la comunidad Plan de Sánchez solo había podido realizar el entierro de algunos de sus familiares conforme a las ceremonias mayas, a sus creencias y la religiosidad a partir del año 1994.<sup>36</sup> En este caso, la Corte IDH tomó en consideración la aceptación de responsabilidad del Estado Guatemalteco en relación a las violaciones relativas a la libertad religiosa (art. 12 de la CADH), por lo que no hizo consideraciones adicionales sobre este punto.<sup>37</sup>

Con posterioridad en el caso *Moiwana vs Suriname* —relacionado con ejecuciones extrajudiciales— la Corte IDH expresó, en relación a la violación del artículo 5 del Pacto de San José de los familiares de las víctimas, que “[era] extremadamente importante tener la posesión de los restos mortales del fallecido, ya que el cadáver debe ser tratado en una forma particular durante las ceremonias mortuorias N’djuka y ser colocado en el lugar adecuado de entierro del grupo familiar. Sólo quienes han sido considerados indignos no reciben un entierro honorable”;<sup>38</sup> de lo contrario

[s]i no se realizan los diferentes rituales mortuorios de conformidad con la tradición N’djuka, esto se considera una transgresión moral profunda, lo cual no sólo provoca el enojo del espíritu de la persona que murió, sino también puede ofender a otros ancestros [...]. Esto tiene como consecuencia una serie de “enfermedades de origen espiritual” que se manifiestan como enfermedades físicas reales y pueden afectar a toda la descendencia [...]. Los N’djuka consideran que tales

<sup>36</sup> *Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 42.30.

<sup>37</sup> *Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 36. 4.: “Reconoc[ió] su responsabilidad internacional por la violación del artículo 12.2, 12.3, 13.2 literal (a) y 13.5 por no garantizar la libertad de manifestar las creencias religiosas, espirituales y culturales de los familiares de las [...] víctimas y miembros de la comunidad”.

<sup>38</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 98.

enfermedades no se curan espontáneamente, sino deben resolverse a través de medios culturales y ceremoniales; si esto no es así, las condiciones persistirían a través de generaciones.<sup>39</sup>

En el caso de las masacres de *Río Negro vs Guatemala* (caso relacionado con ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de los miembros de la comunidad maya) la Corte IDH analizando directamente la violación del art. 12 de la Convención Americana en relación al “*derecho a enterrar a los muertos*”, consideró que:

155. La Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de “enterrar a los muertos”. La Corte Interamericana ha abordado este tema no como un derecho sustantivo, sino en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente, como consecuencia de la vulneración de algún otro derecho que sí esté previsto en la Convención. Así, por ejemplo, el Tribunal ha ordenado que, de encontrarse los restos de una persona desaparecida, éstos sean entregados a sus familiares y que el Estado cubra los gastos funerales o de sepultura.<sup>40</sup>

Particularmente en este caso, la Corte IDH declaró la violación del artículo 5 en relación al artículo 12 del Pacto de San José, al estimar que los miembros de la comunidad de Río Negro no podían realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no había localizado ni identificado a la mayor parte de los restos de personas ejecutadas durante las masacres, ya que 17 personas se encontraban desaparecidas forzosamente. Además, el Tribunal Interamericano constató que los miembros de la comunidad tampoco podían realizar cualquier otro tipo de rituales pues los sitios

<sup>39</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 99.

<sup>40</sup> *Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 155.

sagrados a los cuales solían acudir se encontraban inundados a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy.<sup>41</sup> En cambio, en el *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, la Corte IDH no hizo un pronunciamiento autónomo y declaró la no violación del artículo 12 de la CADH frente a las alegaciones que habían realizado las víctimas, con el argumento de que al haber sido desplazadas de sus territorios no habían podido practicar su cultura.<sup>42</sup>

### Efectos en las comunidades de las ejecuciones y desapariciones forzadas de líderes indígenas

En casos como *Chitay Nech y otros y Escué Zapata*, la ejecución o desaparición forzada de líderes indígenas ha tenido un impacto amedrentador en las comunidades indígenas en relación directa a la participación política. En efecto, en el primero, la Corte IDH externó que

el patrón de hostigamiento contra la población considerada como “enemigo interno” [...], en su mayoría mayas, tuvo como objetivo la vulneración no sólo de sus bases sociales no también de sus líderes, representantes sociales y políticos. El móvil dentro del cual se presenta la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros miembros que ejercían cargos públicos, demuestra la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política que atentara a su política de “Doctrina de Seguridad Nacional”.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> *Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 160.

<sup>42</sup> *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 204.

<sup>43</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 108.

En este sentido, agregó la Corte IDH que “el hostigamiento y la posterior desaparición forzada de Florencio Chitay, no sólo había truncado el ejercicio de su derecho político dentro del periodo comprendido en su cargo, sino que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios. Asimismo, la comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos ámbitos de su estructura social, y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser un prerrequisito necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la auto determinación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático”,<sup>44</sup> lo que también se traducía en la violación de derechos de participación política.<sup>45</sup>

En el caso *Escué Zapata*, pese a que no determinó una violación al artículo 23 de la Convención Americana, la Corte IDH reconoció que “la pérdida de un líder para el Pueblo Paez significó una “desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y, sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyado por su [C]omunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial”.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 113.

<sup>45</sup> *Cfr. Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 104-117 y 121.

<sup>46</sup> *Caso Escué Zapata vs Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 124.

## Desplazamiento forzado

La irrupción de forma violenta por parte de las fuerzas armadas en las comunidades indígenas produce en ocasiones el desplazamiento de comunidades enteras fuera de sus territorio ancestral, lo que provoca el desplazamiento forzado a la luz del artículo 22 del Pacto de San José. Este particular hecho tiene importantes repercusiones en la cosmovisión de las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior debido a que al salir de forma inesperada de sus comunidades y la falta de condiciones de retorno seguras, no pueden darle sepultura a las personas que son ejecutadas en su territorio mediante sus costumbres; además, constituye una ruptura con el territorio ancestral lo que implica que sus valores y costumbres, que se transmiten de generación en generación, no se perpetúen.

En relación al primer punto —imposibilidad de retorno seguro por irrupciones violentas que han causado muertes— en el caso *Moiwana* la Corte IDH externó que la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la comunidad se encuentra limitada por una restricción *de facto* muy precisa, que se origina en el miedo fundado descrito anteriormente, que los aleja de su territorio ancestral.<sup>47</sup> Además, agregó que el Estado no había establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales, con respecto a las cuales tienen una dependencia y apego especiales —dado que objetivamente no hay ninguna garantía de que serán respetados sus derechos humanos, particularmente los derechos a la vida e integridad personal—. Al no establecer tales elementos incluyendo, sobre todo, una investigación penal efectiva para poner fin a la impunidad reinante por el ataque de 1986, Surinam no ha garantizado a los

<sup>47</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párr. 119.

miembros de la comunidad su derecho de circulación y residencia. Asimismo, el Estado ha privado efectivamente a los miembros de la comunidad que todavía se encuentran exiliados en la Guyana Francesa de sus derechos a ingresar a su país y permanecer en él.<sup>48</sup>

En relación al hecho de la imposibilidad de retorno seguro y dar sepultura digna a la personas ejecutadas de la comunidad, la Corte IDH en las reparaciones externó que:

100. *Por esta razón, una de las principales fuentes de sufrimiento para los miembros de la comunidad es que ignoran lo que aconteció con los restos de su seres queridos y, como resultado, no pueden honrarlos y enterrarlos según los principios fundamentales de la cultura N'djuka. Además, la Corte observa que los miembros de la comunidad se han visto afectados emocionalmente por la información de que algunos cadáveres fueron incinerados en una funeraria de Moengo. Tal como lo declaró el señor Willemdam, “esa es una de las peores cosas que nos podría ocurrir, quemar el cuerpo de alguien que murió”<sup>49</sup> [resaltado fuera de texto].*

En relación al segundo punto —la separación del territorio por el desplazamiento forzado derivado de una desaparición forzada y el rompimiento de los valores culturales que se transmiten de generación en generación, en especial a las niñas y los niños de comunidades indígenas—, el caso *Chitay Nech* constató que los familiares de la víctima habían tenido que huir de su comunidad para proteger sus vidas ante las graves amenazas y constantes persecuciones que sufrieron.<sup>50</sup> En este sentido, el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay

<sup>48</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párr. 120.

<sup>49</sup> *Caso de la Comunidad Moiwana vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párr. 100.

<sup>50</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C, No. 212, párr. 143.

Rodríguez por su condición de indígenas mayas, pues el abandono de la comunidad no sólo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual.<sup>51</sup> Así, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral.<sup>52</sup>

El Tribunal Interamericano determinó que si bien no constaba que Guatemala haya restringido de manera formal la libertad de circulación y de residencia de los miembros del núcleo familiar de Florencio Chitay, la Corte IDH estimó que en este caso la libertad se encontraba limitada por una grave restricción de facto por las amenazas u hostigamientos que había provocado su partida.<sup>53</sup> En este caso, se constató que el desplazamiento forzado había tenido un impacto significativo en las niñas y niños, pues se vieron privados de su vida cultural. La Corte IDH consideró que:

169. [...]Adicionalmente, teniendo en cuenta que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social la Corte estima que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 145.

<sup>52</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 146.

<sup>53</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 150.

<sup>54</sup> *Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 169.

En suma, las violaciones como la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales no sólo tienen un impacto directo en relación a las personas que sufren estas violaciones; por el contrario, en el contexto de comunidades indígenas y tribales el impacto repercute en aspectos culturales que forman parte de la intimidad de las familias y de las comunidades y que inclusive se proyectan más allá de la vida “terrenal” pues la imposibilidad de acceder o retonar a sus territorios de forma segura las somete a una especie de “muerte espiritual” conforme a sus creencias.

## 2. *Uso del idioma*

En el caso *López Álvarez*, la Corte IDH, bajo la óptica de los artículos 13 y 24 de la CADH, consideró que la prohibición del Director del Centro Penal de Tela a la población garífuna hablar en su lengua materna constituía una medida injustificada que lesionaba la individualidad de los detenidos y no obedecía a condiciones de seguridad o tratamiento. Así se consideró que la prohibición adquiría una especial gravedad, ya que el idioma materno representaba un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna, de modo que la prohibición afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad.<sup>55</sup>

Siguiendo con su análisis la Corte IDH estimó que

los Estados deben tomar en consideración los datos que diferenciaban a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquellos. La lengua es uno de los

<sup>55</sup> *Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 169.

más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantizar la expresión, difusión y transmisión de su cultura.<sup>56</sup>

### *3. Violaciones sexuales a mujeres indígenas*

La Corte IDH ha considerado que “[e]n particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”<sup>57</sup> y que constituye una forma de tortura.<sup>58</sup> En este sentido cabe destacar también los efectos que acarrearán las violaciones sexuales tanto a nivel de la víctima que las sufre como al interior de las comunidades. Y es que en muchas ocasiones las víctimas de violaciones sexuales son señaladas dentro de sus comunidades, lo que las obliga a abandonar las mismas; por lo que, en general, las consecuencias de violaciones de derechos humanos son desproporcionadamente mayores en el caso de las mujeres indígenas por confluir de forma interseccionada dos circunstancias, ser mujer y ser indígena.<sup>59</sup>

Cabe destacar en este rubro, la especial diligencia que deben tener las autoridades cuando se trata de violaciones que impactan directamente a los derechos de las mujeres indígenas. En este sentido, por ejemplo, en el caso de Inés Fernández Ortega, la Corte IDH constató que la víctima no había contado inicialmente con un

<sup>56</sup> *Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 171.

<sup>57</sup> *Caso Fernández Ortega y otros vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 119.

<sup>58</sup> *Caso Fernández Ortega y otros vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 131 y *Caso Rosendo Cantú y otra vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 121.

<sup>59</sup> *Caso Rosendo Cantú y otra vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 206.

intérprete que le tomara su denuncia en su lengua materna<sup>60</sup> o que no existiera personal médico femenino para realizar un examen ginecológico en los Ministerios Públicos.<sup>61</sup>

### Participación política

El caso *Yatama vs Nicaragua* constituye el más representativo de la participación política de los miembros de pueblos indígenas en el Sistema Interamericano. En este caso, Corte IDH reconoció el derecho de los pueblos indígenas para participar, de manera directa y proporcional a su población, en la dirección de los asuntos públicos del país, sin necesidad de afiliarse a un partido y desde sus propias instituciones, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que éstos sean compatibles con los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.

En este sentido, externó que el Estado debía de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas

puedan participar, 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, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización,

<sup>60</sup> *Caso Fernández Ortega y otros vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 197 y ss.

<sup>61</sup> *Caso Fernández Ortega y otros vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 18. El Estado aceptó su responsabilidad internacional en cuanto a este punto.

siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.<sup>62</sup>

En un caso más reciente, la Corte IDH ha vinculado el derecho de participación política a los procesos de consulta.<sup>63</sup>

#### IV. TEMAS RELACIONADOS CON LOS TERRITORIOS INDÍGENAS

##### *1. Obligaciones de delimitar, demarcar, titular y sanear el territorio ancestral*

La primera ocasión en la que la Corte IDH se enfrentó a la necesidad de interpretar evolutivamente una disposición del Pacto de San José fue en el caso *Mayagna Sumo Awas Tigni*, específicamente por lo que se refiere al “derecho a la propiedad privada” previsto en el artículo 21 de la Convención Americana. En este caso la Corte IDH consideró que era necesario hacer algunas precisiones respecto del concepto de “propiedad” en las comunidades indígenas, ya que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a 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

<sup>62</sup> *Caso Yatama vs Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 225.

<sup>63</sup> *Cfr. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 196 y 203.

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.<sup>64</sup>

La Corte IDH en los casos *Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek* que cuando las tierras han sido ocupadas por terceros y las comunidades carecen de un título de propiedad comunal sobre sus territorios ancestrales, los Estados están obligados a brindar dicho título de propiedad mediante procesos judiciales de delimitación, demarcación y titulación de las tierras.<sup>65</sup>

Por otro lado, en el caso *Garífuna Punta Piedras*, la Corte IDH agregó una nueva obligación a las tres anteriores: *el saneamiento*. En el caso, el Estado hondureño ya había demarcado, delimitado y titulado los territorios ancestrales garífunas; sin embargo, es muy importante hacer notar que dicho territorio había sido invadido por terceros sin título de propiedad, por lo que la obligación del Estado giraba en torno a “remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión”,<sup>66</sup> como garantía del uso y goce de la propiedad. Recientemente la Corte IDH reiteró la existencia de esta obligación en el caso del *Pueblo Indígena Xucurú vs Brasil* y fue de la opinión que

<sup>64</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr.149.

<sup>65</sup> Véase entre otros: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

<sup>66</sup> *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, párr. 181.

el saneamiento no sólo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas. Si lo anterior no se verifica, para la Corte es claro que el derecho de propiedad colectiva no ha sido garantizado por completo. Así, la Corte estima que los procesos administrativos de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de territorios indígenas son mecanismos que garantizan seguridad jurídica y protección a este derecho.<sup>67</sup>

## 2. *Obligación de consulta*

En la sentencia del *Pueblo Saramaka vs Surinam* la Corte IDH se pronunció, por primera vez, sobre el derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales, enmarcándolo dentro del derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana y haciendo una interpretación evolutiva del mismo. En dicho caso, la Corte IDH consideró que Surinam estaba obligado a realizar la consulta, aun cuando éste no hubiera ratificado el Convenio 169 de la OIT, puesto que consideró que la obligación surgía tanto de la Convención Americana como de otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 124.

<sup>68</sup> *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 93 y 94.

Posteriormente, en la sentencia del *Caso Kichecha de Sarayaku vs Ecuador*, la Corte IDH delimitó con mayor claridad los elementos de una consulta:

1. La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no puede delegarse en una empresa privada o en terceros, “mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”.
2. Involucramiento en todas las fases de planeación y desarrollo del proyecto —y no sólo cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad— que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta un pueblo indígena o tribal u otros derechos esenciales para su supervivencia.<sup>69</sup>
3. No debe haber coerción contra el pueblo por parte del Estado o de agentes o terceros que actúen con su autorización o aquiescencia, es decir, no debe haber intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas.
4. La consulta no es un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, “de buena fe”, donde debe haber “confianza mutua” y “con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.
5. Los procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta.
6. El Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con las comunidades, según sus cos-

<sup>69</sup> Cabe destacar que de manera más reciente, en el caso *Kaliña y Lokono vs Surinam*, la Corte IDH externó que la consulta previa se actualiza en las distintas etapas del proyecto (exploración, explotación o extracción). *Cfr. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 206 y 207.

tumbres, tradiciones y métodos tradicionales de toma de decisiones.

7. El Estado debe supervisar los estudios de impacto ambiental, a la luz de su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.
8. Los pueblos deben tener conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.
9. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas.
10. Es deber del Estado —y no de los pueblos indígenas— de mostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.<sup>70</sup>

Como se puede advertir, en el ámbito internacional de los derechos humanos, el derecho a la consulta ha sido ampliamente desarrollado por la Corte IDH, lo cual incluso se ha considerado por la Corte IDH como un *principio del derecho internacional*.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Quintana Osuna, Karla y Góngora Maas, Juan Jesús, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, núm. 6, IJ- UNAM- CNDH, México, 2017, pp. 26-28.

<sup>71</sup> *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 164.

### 3. Discriminación

Si bien en la mayoría de los casos tienen un componente de discriminación hacia la población indígena y tribal, existen algunos pronunciamientos puntuales en los cuales la Corte IDH ha externado consideraciones adicionales en relación a este aspecto. En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, la Corte IDH consideró que el Estado había sometido a sus miembros a discriminación *de facto*,<sup>72</sup> los había marginalizado en el goce de sus derechos y, además, no había adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. En este sentido, la Corte IDH externó que

la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos *que en los hechos* proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física.<sup>73</sup>

### 4. Reconocimiento de la personalidad jurídica

El derecho a la personalidad jurídica en el caso de las comunidades indígenas y tribales se puede analizar desde dos vertientes: *a)* por la falta de actas de nacimiento y defunción de miembros de comunidades indígenas, y *b)* por el reconocimiento de los “pueblos

<sup>72</sup> *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 274.

<sup>73</sup> *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 273.

indígenas y tribales” como sujetos diferenciados de sus miembros. En el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya* se abordó el derecho de la personalidad jurídica en relación a 18 miembros que habían fallecido como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de su deber de prevención respecto a su derecho a la vida, pues no habían contado con registros de su nacimiento o defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad.<sup>74</sup> En similar sentido, en el caso *Xákmok Kásek*<sup>75</sup> el Tribunal Interamericano encontró que algunos miembros de la comunidad Xákmok Kásek no contaban con actas de nacimiento, documentos de identidad, y que no se habían emitido las actas de defunción correspondientes.

En el caso del *Saramaka vs Surinam*,<sup>76</sup> el análisis fue distinto al presentado en los casos *Sawhoyamaya* y *Xákmok Kásek*, pues la Corte IDH reconoció el derecho a la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un conjunto de personas —más allá de la personalidad jurídica de sus miembros y la protección judicial de sus derechos individuales de propiedad— dándoles un reconocimiento que les permitiese elegir a sus propios representantes, sobre quienes recaería la responsabilidad de las decisiones que afectarían a la comunidad en su conjunto.<sup>77</sup>

Adicionalmente, la Corte IDH expresó que el pueblo *Saramaka* era entidad tribal distintiva que se encontraba en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecían de capacidad jurídica

<sup>74</sup> Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 191, 192 y 193.

<sup>75</sup> *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

<sup>76</sup> Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

<sup>77</sup> Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 169.

para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte IDH consideró que el Estado debía reconocer a los integrantes del pueblo *Saramaka* dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva.<sup>78</sup> Criterio que se consolidó tanto en el caso *Kaliña y Lokono vs Surinam* como en la Opinión Consultiva No. 22,<sup>79</sup> en donde se reconocen como sujetos diferenciados a la comunidad (como sujeto colectivo) de la de sus miembros (sujetos individuales).

### 5. Vida digna

En los casos Paraguayos (*Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek*), la Corte IDH, derivado de la situación de exclusión en la que se encontraban comunidades (al borde de carreteras y caminos) la Corte IDH analizó las condiciones en las cuales se encontraban viviendo (aspectos como salud, alimentación, educación, agua, etc.). La Corte IDH declaró una violación al derecho a la vida (en su vertiente de garantía) por la falta de condiciones para desarrollar una “vida digna”.<sup>80</sup> Debe precisarse que si bien se han visto involucra-

<sup>78</sup> *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 174.

<sup>79</sup> *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 114 y *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 74.

<sup>80</sup> *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 217; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr.176 y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay*.

dos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (como la alimentación, salud, agua, educación o cultura), la protección de estos derechos se ha hecho vía indirecta a través de otros derechos civiles y políticos (como el derecho a la vida en su vertiente positiva o bien desde la propiedad colectiva) sin declarar, hasta el momento, la violación de los derechos sociales de manera autónoma.<sup>81</sup>

#### *6. Reparaciones sobre la restitución del territorio ancestral*

Aun cuando se han dictado una gama importante de reparaciones en materia indígena, debe destacarse la reparación relativa a la restitución y entrega de las tierras ancestrales a las comunidades afectadas o en su defecto tierras alternativas de igualdad calidad y cantidad. En este sentido, por ejemplo, en el caso *Xakmók Kasék*, ante un incumplimiento reiterado del Estado Paraguayo por las dos sentencias anteriormente emitidas bajo la misma temática (*Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*) estimó que si en el plazo de tres años fijado en la Sentencia y la prórroga venciera o fuera denegada por el Tribunal, sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, deberá pagar a los líderes de la comunidad en representación de sus miembros, una cantidad determinada por cada mes de retraso.

Además cabe destacar que aquellos casos en los cuales no ha existido un desplazamiento fuera del territorio, pero en el que

---

*Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 166.

<sup>81</sup> Al respecto, véase Juan Jesús Góngora Maas, “Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales vinculados con la propiedad territorial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Karla Quintana y Rogelio Flores (coords.), *Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, pp. 79-142.

existían restricciones de *facto* la Corte IDH ha ordenado sanear el territorio por las afectaciones que existían dentro de dicho territorio. Al respecto, en el caso *Kichwa de Sarayaku* la Corte IDH ordenó neutralizar y retirar los explosivos de la superficie,<sup>82</sup> mientras que en el caso *Kaliña y Lokono* se ordenó rehabilitar la zona afectada en la reserva natural (incluyendo el monitoreo del Estado en la participación de la empresa transnacional).<sup>83</sup>

## V. CONCLUSIONES

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue un importante punto de partida para visibilizar los derechos específicos de las comunidades indígenas y tribales en el mundo. Esta Declaración, ahora debe complementarse con la adopción en nuestra región de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que otorga al Sistema Interamericano de un instrumento más para el vasto *corpus iuris* del cual la Corte IDH se ha venido valiendo para fundamentar sus decisiones. Ambos instrumentos llegan en un momento crucial de la historia de los derechos humanos, ya que en última instancia, estos instrumentos buscan reivindicar los derechos de comunidades que históricamente han sido víctimas de marginación, exclusión y procesos de asimilación.

En sus casi cuarenta años de existencia como tribunal internacional, la Corte IDH ha realizado importantes interpretaciones que tienden a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En ese sentido, como órgano internacional de protección de derechos humanos, ha procurado construir una sólida

<sup>82</sup> *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 295.

<sup>83</sup> *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 290.

línea sobre la base del reconocimiento pleno y amplio de todos los derechos que las comunidades indígenas y tribales tienen tanto como pueblos como sobre su territorio ancestral. Así se advierte, reflejándose en su amplia jurisprudencia internacional que aborda temas sobre desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales (individuales y sumarias), el desplazamiento forzado, entre otras, y cómo estas violaciones de derechos humanos tienen una especial repercusión en la vida cultural de las comunidades. Por otro lado, la jurisprudencia interamericana sobre la propiedad territorial indígena y tribal constituye un referente en la materia a nivel nacional como en el ámbito internacional, en especial en lo relativo a la consulta previa, informada, de buena fe y culturalmente adecuada.

Lo anterior debido a una interpretación dinámica y amplia que ha realizado el Tribunal Interamericano del Pacto de San José, al entender particularmente que la cultura de los integrantes de dichas comunidades indígenas debe apreciarse a la luz de “una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. Y de ahí que se ha protegido la “propiedad colectiva” de dichos pueblos y comunidades, sin que obste que el artículo 21 de la Convención Americana se limite a la “propiedad privada”.<sup>84</sup>

A pesar de los desarrollos normativos y jurisprudenciales en lo nacional e internacional, los retos y desafíos continúan. Persiste la discriminación, inequidad, exclusión social y pobreza.<sup>85</sup> La for-

<sup>84</sup> *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 133 y 137.

<sup>85</sup> Véase *supra*, notas 2 y 3.

ma y el tiempo en el que las sentencias deben cumplirse o bien la necesidad de reconocer de manera integral las violaciones a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que están relacionadas con la propiedad indígena ancestral, sin subsumir el contenido de los derechos sociales dentro del concepto de propiedad colectiva, constituyen algunos de estos retos y deuda que el derecho internacional y el Sistema Interamericano en particular tienen para con todas las comunidades originarias.